

**LA PROTECCIÓN DE LA
PERSONA HUMANA**

PERSONA POR NACER

© CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IIJ)

Alonso y Testanova, Piso 9, Torre Sur. Asunción - Paraguay

Teléfono: +595 21 422 161

DIRECCIÓN EJECUTIVA

JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER, *Ministro Responsable*

CARMEN MONTAÑA CIBILS, *Directora*

COMPILACIÓN

CARMEN MONTAÑA CIBILS, *Investigadora*

GLADYS ASTIGARRAGA PANIAGUA, *Investigadora*

EQUIPO DE EDICIÓN

OVIDIO M. AGUILAR, *Diagramación*

MIGUEL LÓPEZ, *Diseño de tapa*

COLABORACIÓN ESPECIAL

HAYDEÉ CARMAGNOLA DE AQUINO,

Asesora

FELICIANO PEÑA PÁEZ, *Corrector*

ANTONELLA FERNÁNDEZ LIPPMAN,

Asistente jurisdiccional

**D 342 DERECHO CONSTITUCIONAL.
DERECHOS HUMANOS**

**COR CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IIJ)
“La Protección de la Persona Humana.
Persona por Nacer”.**

Asunción – Paraguay

Primera edición. Año 2017. 500 ejemplares, p. 474

ISBN: 978-99953-41-53-4

Las opiniones vertidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de los autores.

DERECHOS RESERVADOS. Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA
Presidente

ANTONIO FRETES
Vicepresidente 1º

MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI
Vicepresidente 2º

ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA
JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSEK
MIRYAM PEÑA
GLADYS ESTER BAREIRO DE MÓDICA
CÉSAR GARAY ZUCCOLILLO
SINDULFO BLANCO
Ministros

Lo Esencial, invisible a los ojos, existe independientemente de que lo veamos o no... de que lo reconozcamos, de que lo deseemos o lo queramos.

Si le damos la posibilidad y le acogemos con el corazón, emergerá con su fuerza perturbadora, silenciosa como una bella flor, traviesa como una colorida mariposa o vivaz como el llanto del máspreciado tesoro.

Si no secundas tu intuición con la simpatía que despierta en tu corazón, aunque las evidencias lo demuestren y la certeza sea clara y manifiesta, el otro no existirá para ti, será solo un montón de células que desechar.

ÍNDICE GENERAL

Siglas y abreviaturas	13
Presentación	15

DOCTRINA

Fundamentación científica del inicio y evolución de la vida humana	21
--	----

Mario Luis Meyer Frutos

El inicio de la vida humana ¿Cómo y cuándo?	37
---	----

Carlos Vera Urdapilleta

La construcción contra el desarrollo: Dos maneras distintas de entender la gestación humana	53
---	----

Richard Stith

Criterios para el reconocimiento jurídico del embrión	69
---	----

P. Rubén Revello

Rechazos fundamentales de la doctrina <i>Roe v. Wade</i>	87
--	----

Richard Stith

Un moderno <i>curator ventris in dubio pro vita</i> para el <i>nasciturus</i>	107
--	-----

Mónica Cáceres La Serna

El derecho a abortar implica la explotación y el abandono de las mujeres 121

Richard Stith

En derecho y en justicia, reflexiones en torno al aborto, el derecho a la vida y a la libertad 129

Jorge E. Traslosheros

Interpretación de los tratados relativos al derecho a la vida del que está por Nacer en América Latina y el Caribe. Un análisis de las obligaciones internacionales, acuerdos regionales y práctica estatal pertinente. 143

Ligia De Jesús Castaldi

El derecho a la vida: Perspectiva internacional 217

Neydy Casillas

ANEXOS

LEYES, DECRETOS Y RESOLUCIONES

Ley N° 5.833/2017..... 231

Que implementa el Libro de Defunciones de Concebidos No Nacidos en el Registro del Estado Civil

Decreto N° 20.846/2003 235

Por el cual se establece el "Día del Niño por Nacer"

Resolución N° 5656/2015..... 237

Resolución N° 6453/2016..... 239

Declaración N° 21 de la Honorable Cámara de Senadores del Congreso Nacional 241

Declaración N° 508 de la Honorable Cámara de Diputados del Congreso Nacional	243
--	-----

FALLOS NACIONALES

Juicio: “F. B. S. F. s/ Medida cautelar de protección”. Juzgado de la Niñez y Adolescencia. Luque.....	249
Juicio: “F. B. S. F. s/ Medida cautelar de protección”. Luque.....	261
“Recurso extraordinario de casación interpuesto por el Abg. B. S. Z. A. en los Autos A. F. y A. M. s/ Homicidio culposo”. Tomás Romero Pereira	271
Juicio: “N. G. C. c/ Centro Materno Infantil Hospital de Clínicas s/ Amparo constitucional”. San Lorenzo	283

FALLOS INTERNACIONALES

Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (<i>fertilización in vitro</i>) vs. Costa Rica.....	303
L. O. A. M. - L. C. c/ Swiss Medical s/ Amparo. Argentina.....	359
B. D., M. c/ O. N, C. M., ASSE. Acción de amparo, y recurso de inconstitucionalidad. Uruguay	395

ANEXO II. DISCURSOS

Palabras de apertura de la Conferencia Central	413
<i>José Raúl Torres Kirmser</i>	
Presentación de la Primera Jornada Preparatoria	415
Presentación de la Segunda Jornada Preparatoria	419
Presentación de la Conferencia Central	423
<i>Carmen Montanía</i>	

Importancia del caso <i>Roe v. Wade</i> en el debate sobre el aborto desde el punto de vista jurídico	425
---	-----

Diego Moreno Rodríguez Alcalá

Discurso de cierre de las Jornadas.....	429
---	-----

Alicia Beatriz Pucheta de Correa

ANEXO III. ENTREVISTAS

Conferencista rechaza aborto en casos de violaciones	435
Hillary o Trump. El tema aborto puede ser crucial	439
Una mirada escéptica al Control de Convencionalidad	445

ANEXO IV.

IMÁGENES SOBRE EL CICLO DE CONFERENCIAS LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA HUMANA. PERSONA POR NACER. EDICIÓN 2016

Afiches.....	459
Cine debate.....	460
Primera Jornada	461
Segunda Jornada.....	462
Jornada Central	463
Entrevista al Dr. Stith en Paraguay TV	467
Datos de los autores	469



SIGLAS Y ABREVIATURAS

Art., Arts.	Artículo, Artículos
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Código Civil
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer
CN	Constitución Nacional
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIM	Comisión Interamericana de la Mujer
CIPD	Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo
CNA	Código de la Niñez y Adolescencia
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
IJ	Instituto de Investigaciones Jurídicas
OEA	Organización de Estados Americanos
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Párr. o Párrs.	Párrafo o párrafos
SNC	Sistema Nervioso Central
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

PRESENTACIÓN

El debate en torno a la vida humana y su protección es y seguirá siendo de actualidad, en atención a las diversas concepciones que se emplean para su abordaje, desde las científicas a las morales, éticas, antropológicas, religiosas, ideológicas y jurídicas.

En este contexto, el Instituto de Investigaciones Jurídicas, ha planteado el Ciclo de Conferencias “*Protección de la Persona Humana. Su relevancia Histórica. Derechos fundamentales y su vinculación con la justicia 2015-2017*”. *El Caso Indígena*, Edición 2015. *Persona por Nacer*, Edición 2016 y *Enfermos Terminales*, Edición 2017. Todo esto al efecto de apoyar la gestión de la Corte Suprema de Justicia en la actualización de los operadores de justicia.

La edición 2016 tuvo como objetivo general reflexionar sobre un tema de gravitante importancia para la sociedad, cuya configuración jurídica tiene una centralidad reconocida en la propia Carta Magna: el derecho a la vida, garantizado desde su concepción como uno de los ejes esenciales para sustentar su espíritu en favor de la dignidad de la persona.

Sus objetivos específicos fueron: *capacitar* a los magistrados en el conocimiento científico, ético-antropológico y jurídico del inicio y evolución de la vida humana; *analizar y debatir* sobre el papel de las cortes internacionales y su incidencia en las decisiones de los tribunales nacionales; *tomar conciencia* de que sólo desde el ejercicio de una justicia abierta a la esperanza es posible encontrar soluciones en bien de la persona por nacer y de sus derechos, así como de los derechos de las demás personas.

La persona no nacida, sin duda alguna es, desde el primer instante, la más débil y vulnerable.

Por el Juramento Hipocrático (siglo V a.C.); los profesionales médicos prometen y juran el absoluto respeto por la vida humana desde el instante de la concepción. Este es un gran compromiso que asumen los mismos.

Desde la perspectiva jurídica, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) es uno de los documentos trascendentales para la protección de la persona y, como tal, por más de medio siglo, según algunos autores, se constituyó en el principal referente para la defensa y promoción de los derechos de las personas y sus libertades fundamentales como condición necesaria para la paz y el desarrollo.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) de la ONU en su Art. 6º, Inc. 1 concibe el derecho a la vida como un bien inherente a la persona humana, en su Inc. 5 dice que no se aplicará la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez; esto por respeto a la vida de la persona por nacer.

Estas mismas ideas han sido recogidas por la OEA en el Pacto de San José de Costa Rica (1969) que en su Art. 4º, Inc. 1 establece el derecho de toda persona a que se respete su vida a partir de su concepción. Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) en su Preámbulo sostiene que “... *el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*”.

La República del Paraguay, ya en la Carta Magna de 1967, que es anterior al Pacto de San José de Costa Rica, disponía en su Art. 85 “*La maternidad será amparada por la ley. Se dictarán las medidas necesarias para asegurar a todo niño, sin discriminación alguna, protección integral desde su concepción*”. Nuestro país suscribió el Pacto en 1971 y lo aprobó y ratificó como Ley N° 1 de 1989. Dicho acto jurídico significó, en la materia que nos ocupa, confirmar un principio

de protección integral de la persona que ya era reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, desde la concepción.

La Constitución de 1992, en su Art. 4, afirma que el fin supremo de la sociedad y del Estado es defender a la persona y respetar su dignidad y, a tal efecto, determina que *el derecho a la vida es inherente a la persona humana y garantiza su protección, en general, desde la concepción*. El Código Penal establece medidas punitivas en casos en los que se incurriere en la falta de protección de la vida del feto y de la madre; y la Ley 1680/01 Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 9° prevé que la protección de la persona por nacer se ejerza mediante la atención a la embarazada desde la concepción.

Hoy sabemos que desde la unión del óvulo con el espermatozoide estamos ante la presencia de una vida humana, con un ADN propio, código irrepetible y original, y es, desde ese momento, cuando entra en consideración la dignidad y la defensa de los derechos de esa persona.

El Estado paraguayo así lo ha entendido, razón por la cual promueve la política de impulsar todo acto que signifique apoyo a la vida por nacer por estar ligada a la filosofía misma de los más preciados e intangibles derechos humanos (Decreto 20841/03. “*Día del niño por nacer*”).

Todos estos aspectos se consideran en esta publicación que contiene, entre otros, los documentos generados durante las actividades desarrolladas en el marco del Ciclo de Conferencias sobre Protección de la Persona Humana, Personas por Nacer. Edición 2016 y que ponemos a disposición de los operadores del derecho y de otros profesionales interesados.

El historiador e investigador mexicano Jorge Traslosheros enriquece nuestra reflexión con el siguiente pensamiento: “el valor que le otorguemos a la vida humana marcará el desarrollo de nuestra cultura... de nuestras formas de convivencia, así como del diseño de nuestra sociedad presente y futura. Si como sociedad

consideramos que todo ser humano es una persona irrepetible, única y portadora de derechos fundamentales, sabremos asumir actitudes más humanas, democráticas, incluyentes, participativas y justas”.

“Sin vida humana no hay ser humano, por tanto, no hay derechos humanos”.



DOCTRINA

FUNDAMENTACIÓN CIENTÍFICA DEL INICIO Y EVOLUCIÓN DE LA VIDA HUMANA*

Mario Luis Meyer Frutos **

Resulta muy importante cuando se trata de asignar derechos a los seres humanos en gestación, durante su desarrollo dentro del vientre materno, comprender a cabalidad en qué momento pueden ser denominados seres vivos humanos, con la dignidad correspondiente a todas las personas humanas.

Los datos científicos embriológicos no dejan lugar a dudas sobre la naturaleza del embrión humano, desde su comienzo mismo como embrión unicelular (cigoto), definido como “Sustancia viviente e individualizada, capaz de llevar a la madurez, desde el momento de la fecundación, una corporeidad que exprese las

* Trabajo presentado en el ciclo de conferencias sobre “Protección de la persona humana, Persona por Nacer”. Palacio de Justicia, 19-20 de octubre de 2016.

** Doctor en Medicina y Cirugía. Director de Posgrado e Investigación Facultad de Ciencias de la Salud. UCA. Especialista en Medicina Interna Danbury Hospital, Yale University Connecticut, USA. Especialista en Oncología Médica. Medical University of South Carolina, South Carolina, USA. Especialista en Bioética. UNA.

grandezas inconmensurables del espíritu humano". No se trata de un ser humano en potencia, lo es ya en acto. Podría definirse como un niño en potencia o un adulto en potencia, pero es un ser humano ya de hecho.

¿Cómo llegamos a la certeza científica de que un embrión humano constituye un ser humano viviente e individualizado? Por el hecho de que posee una identidad genética propia y única que coordina su desarrollo desde que es una célula (cigoto), y que esta identidad no la pierde durante su vida adulta hasta que muere.

Los avances de la biología, la genética molecular, la genómica y proteómica, así como la genética del desarrollo nos han llevado a comprender a cabalidad el proceso que lleva los cambios morfogénéticos que se observan a lo largo de una vida naciente y la importancia de unos genes reguladores que orquestan este proceso. Estos mismos genes han dado lugar a la aparición, a veces en periodos evolutivos relativamente cortos, de formas de vida muy diferentes, en lo que ciertos científicos denominan Macroevolución.

Esta relación entre Macroevolución o Filogénesis (grandes cambios en y por encima de las especies, Theodosius Dobzhansky) y el Desarrollo Morfogénético u Ontogénesis de los seres vivos (desarrollo de un ser vivo desde su concepción hasta su muerte) nos ha llevado a comprender muchos procesos biológicos y genéticos en el comienzo de la vida de los seres humanos mediante el estudio de otras especies.

La Genética del Desarrollo nos demuestra que los grandes saltos de tipos morfológicos que se observan entre grupos de especies diferentes, así como a lo largo del desarrollo de un embrión, son explicables gracias a la existencia de unos genes especiales, bastante similares entre especies diferentes.

Observamos que en los seres vivos existen 2 tipos de genes:

1) *Genes estructurales*: Son los responsables directos de las estructuras morfológicas, que determinan la función específica de cada célula dentro del organismo viviente.

2) *Genes reguladores*: Son los que dirigen la expresión de los genes estructurales, tanto en tiempo como en lugar.

El desarrollo de un ser vivo pluricelular y complejo tras la fecundación, a partir del cigoto, se debe a que las células que van aumentando en número por sucesivas divisiones, aun conteniendo la misma información genética, se diferencian y se especializan como consecuencia de la expresión diferencial de los genes estructurales (activación o silenciamiento) bajo la batuta de los genes reguladores. La variación morfogenética es entonces consecuencia de un programa de actividades genéticas perfectamente establecido desde el momento de la fecundación.

La función de los genes reguladores es similar en distintas especies, con una continuidad en el desarrollo de la evolución de las especies en consonancia con el desarrollo continuo y coordinado de los diferentes seres vivos, a partir de su genotipo propio. Es así que vimos la aparición de nuevos tipos de organismos en tiempos evolutivos relativamente cortos (10 millones de años) en lo que se conoce como la explosión del Cámbrico, hace cerca de 570 millones de años. Lo que diferencia a esta multiplicidad de organismos no son los “ladrillos del edificio” (genes estructurales) que se construye, sino los planos de la obra (genes reguladores).

De ahí que el estudio del desarrollo morfogenético de distintas especies y de los seres humanos nos traen pruebas científicas irrefutables de la vida humana ya presente en el embrión de una célula, el cigoto.

El Dr. Gardner (Oxford, Gran Bretaña) ha demostrado en experimentos en ratones, que desde la fecundación queda marcado el desarrollo del individuo, que sin interrupción se desencadenará desde ese instante a partir de la primera división celular – Revista *Development*, 2001.

La Dra. Zernicka-Goetz (Gran Bretaña) concluyó en sus experimentos que “en la primera división celular ya existe una memoria de nuestra vida”. Utilizó fluorocromos de distintos colores para seguir el desarrollo embrionario, que no dejan lugar a dudas

sobre los diferentes papeles que ya tienen asignados las dos células hijas tras la primera segmentación del cigoto – Revista Development 2002. De las dos células, una se erige en la determinante del desarrollo de las estructuras embrionarias y la otra de su protección.

Dr. Steven Krawetz (Wayne, USA) demostró la existencia de ARN (ácido ribonucleico) mensajero proveniente de genes paternos en ovocitos recién fecundados – Revista Nature 2004. Esto demuestra que la actividad genética tras la fecundación es inmediata y en ella participan los genes heredados del padre y de la madre, no solo de los genes maternos como se argumentaba anteriormente.

Los gametos (óvulo y espermatozoide) poseen 23 pares de cromosomas cada uno, la mitad del patrimonio genético respecto de las células somáticas de los padres. Su finalidad es la del encuentro, para dar lugar a un ser humano vivo genéticamente único. También es importante señalar que la información genética de los gametos es cualitativamente distinta de las células somáticas de los padres.

La unión de los gametos –distintos entre sí, distintos de las células somáticas de los padres, aunque mutuamente complementarios– activa un nuevo proyecto-programa que determina e individualiza al recién concebido. Los 46 cromosomas del cigoto representan una combinación cualitativamente nueva de instrucciones, el genotipo.

Esto podemos ver con la formación de grupos sanguíneos, por ejemplo, donde de padres con grupos A y B, puede resultar un recién concebido con grupo 0.

Los avances de la genética molecular nos han hecho entender que la construcción de la corporeidad de un ser vivo resulta de un código de instrucciones con dos componentes, el genético y el epigenético. Este componente epigenético comprende los fenómenos de interacción entre genes, entre genes y productos génicos, entre productos génicos y el ambiente, de ahí la importancia de la

relación con su madre, quien representa el ambiente donde se desarrolla este nuevo ser vivo.

¿Qué sucede en los primeros días de vida del embrión humano? El cigoto o embrión humano unicelular inicia su existencia con la fusión de los núcleos del espermatozoide y el óvulo (Singamia). Se constituye en un nuevo sistema, opera como una nueva unidad, intrínsecamente determinada, para desarrollar todas sus capacidades si se dan las condiciones necesarias.

El centro biológico o estructura coordinadora del cigoto es el nuevo genoma, el cual posee la información esencial y permanente para su realización gradual y autónoma. Este genoma identifica al embrión unicelular como biológicamente humano y especifica su individualidad.

Luego de la singamia y la primera división celular las 2 células iniciales ya cuentan con 46 pares de cromosomas y existe una polarización física en el sector de la membrana del óvulo penetrada por el espermatozoide, donde la primera célula dará forma al cuerpo del embrión y la 2ª célula en el polo opuesto formará las membranas que envuelven al embrión. En este estadio de 2 células ya se activan los cistrones de rADN y tADN que transmiten información a los rARN y tARN, necesarios para la síntesis y vehiculación de proteínas.

Estas proteínas son nuevas y exclusivas del cigoto, no son producidas por ninguna célula materna, y entran en interacción con las células de las Trompas de Falopio (maternas) para la llamada "inducción de tolerancia". Esta tolerancia permite que el cuerpo de la madre no rechace al nuevo ser vivo evitando una reacción inmunitaria.

Durante el 2º y 3º día luego de la fecundación las células de la blástula se disponen en diferentes regiones del embrión, dirigidas por el programa genético del cigoto y según el eje cabeza-cola dorso -vientre "memorizado" a partir del punto de penetración del espermatozoide en la fecundación. Este proceso se produce dentro del útero como fuera de la madre (*in vitro*), demostrándose con ello

que es un proceso dirigido y desarrollado intrínsecamente por el nuevo ser vivo.

En el 5º día post singamia existe una clara distinción entre las células de la periferia del blastocisto (responsables de la implantación o anidación en el útero materno) y las del interior, que van perdiendo totipotencialidad, se multiplican rápidamente y forman la línea primitiva (futura columna vertebral, visible en el día 15).

Podemos resumir aquí las 3 propiedades biológicas de todo nuevo ser vivo, que se aplica al desarrollo de un nuevo ser humano:

1) *Coordinación*: Desarrollo guiado por la información contenida en el genoma propio y único del embrión.

2) *Continuidad*: El nuevo ciclo vital que se inició con la fecundación, continúa ininterrumpidamente si se dan las condiciones requeridas. La replicación celular, la determinación celular, la diferenciación de tejidos y formación de órganos, son pasos sucesivos en el desarrollo del mismo individuo.

3) *Gradualidad*: Del paso de formas más simples a más complejas, manteniendo la identidad del organismo vivo.

El nuevo ser vivo se autoconstruye imponiéndose la dirección, las estructuras diferenciadas y la calidad de crecimiento según el diseño inscrito en su genoma desde la fecundación – Histogénesis, regionalización, Morfogénesis.

Los estudios en animales (conejos, ratones) y fetos de abortos espontáneos han permitido el seguimiento del desarrollo de los genes de mRNA (ácido ribonucleico mensajero) en diversos distritos (cerebro, hígado) para comprobar cómo el genoma con mecanismos de represión o replicación procede a la construcción de los diversos órganos. En investigaciones con fetos abortados y malformados se rastrearon posiciones precisas de ADN y cromosomas incompletos y aberrantes, causantes de la muerte de dichos fetos.

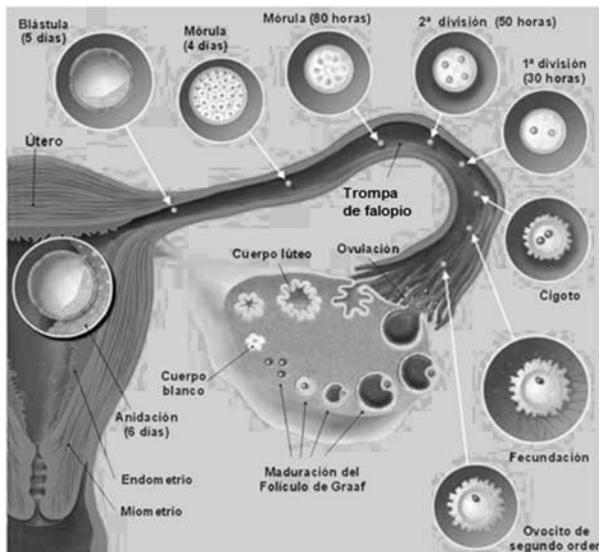


Figura 1. Desarrollo del nuevo ser humano, desde la etapa de cigoto hasta la anidación.

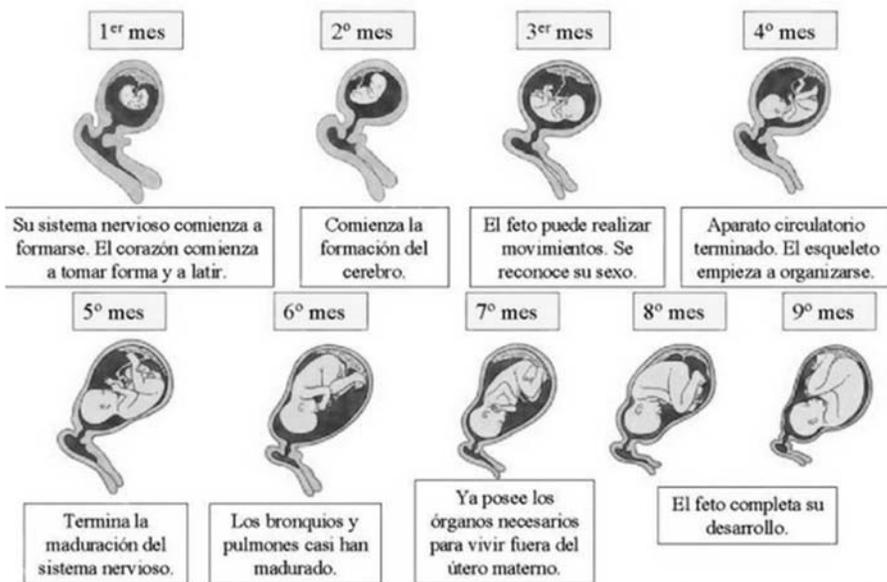


Figura 2. Desarrollo ininterrumpido del embrión y feto humano.

El carácter humano del embrión está dado por el hecho de que es un nuevo individuo humano desde el momento de la concepción, como lo demuestra científicamente su desarrollo biológico ininterrumpido, sin mutaciones cualitativas intrínsecas, sin una ulterior intervención que lo origine. Las fases sucesivas del desarrollo del embrión no eliminan a las anteriores, sino que las absorben y desarrollan según la ley biológica individualizada y controlada – Autogénesis del embrión.

Aquí es importante distinguir entre Ontogénesis (desarrollo de un ser vivo desde su inicio hasta su muerte) y Filogénesis (grandes cambios en y por encima de las especies), donde antiguamente se creía que la humanización del feto humano iba precedida por diversas formas de vida vegetal y animal, dentro del vientre materno. Esto ha sido demostrado ser incorrecto con los avances de la ciencia.

Del germen de una planta surge una planta, del cigoto de un gusano, surge un gusano, y del de un ser humano surge un ser humano. El programa de desarrollo morfogénético está establecido en el ADN (ácido desoxiribonucleico, genotipo), que se constituyó en el momento de la concepción y del que se transmiten réplicas exactas a todas las células de la vida naciente. Con las argumentaciones científicas modernas enunciadas arriba quedan refutadas la “Ley fundamental biogenética”, siglo XIX Ernst Haeckel: “Las etapas del desarrollo del embrión, la ontogénesis, recapitulan la historia evolutiva, la filogénesis” y los principios aristotélicos –De la generación de los animales–: “Primero está lo vivo, luego el animal, y por último el hombre”. Obviamente Aristóteles y Haeckel carecían de las informaciones de la genética moderna.

Al pasar de una célula (cigoto) a billones de células (adulto), el individuo único y singular es el mismo siempre y en cada momento, fruto de la suma de las células que lo constituyen. Todas las células proceden de la división de las preexistentes, todas forman parte del mismo individuo y todas tienen la misma información genética, aunque se exprese de forma diferente en los distintos tejidos, órganos y sistemas a lo largo de la vida.

En cada célula sólo estarán activos aquellos genes necesarios para atender un papel funcional específico (células nerviosas; musculares, hepáticas, etc.), para contribuir a un momento clave del desarrollo (diferenciación de células precursoras de ectodermo; formación del endodermo; diferenciación de tejido nervioso, etc.), o para hacer frente a una necesidad del organismo en relación con su entorno (células T del sistema inmunológico para atender una infección; proliferación de células sanguíneas, etc.).

¿Cuándo se afirma que la “vida” se inicia? Desde el momento en que aflora el nuevo código genético. Desde la aparición del fenotipo cigoto hay una vida en marcha que se auto-construye. En este crecimiento aparece la epigénesis regulativa, donde la determinación y el azar no se oponen, sino que cooperan.

El viviente rige, mediante la afloración en el tiempo y el espacio de su código genético, la auto-construcción, el desarrollo y la conservación de su cuerpo. Los sucesivos y cambiantes fenotipos visibles en el decurso de los años (cigoto, feto, niño, adulto, anciano) nos muestran que la vida tiene un *telos*: está dirigida desde un dinamismo que es interno a ella misma y que la conduce en una dirección y sentido determinados.

Es así que en la antropología biológica del embrión humano hablamos de un “Organismo”, debido a la dinámica de auto-organización de los seres vivos y la dinámica de su funcionamiento unitario. El embrión precoz no es un simple amasijo de células sin organización y sin *telos*, como expresaba el clérigo Ford en siglos anteriores.

Aunque su funcionamiento unitario goza de niveles de indeterminación, como mencionamos anteriormente con la epigenética, no deja de ser verdad que “El viviente sea siempre el mismo, pero no lo mismo”. Aunque el soporte material de la información, las moléculas y otros elementos van cambiando con el tiempo por interacción con el medio: el viviente sigue siempre siendo el mismo.

Llegados a este punto sería interesante hablar sobre ciertas controversias como las que refieren que la vida individual humana no comienza hasta el día 14, unos días luego de la implantación, con la aparición de la línea primitiva, que representa el límite máximo de fenómenos de división gemelar o hibridación. El ser vivo que dio origen al gemelo no es otro que un ser humano vivo, individualizado por su genoma único. Lo mismo se aplica al fenómeno de la hibridación.

Así también hay quienes argumentan que la vida humana individual comienza luego del 6° día después de la concepción donde la blástula pasa del estado de totipotencialidad (células totipotenciales) a unipotencialidad e inicia la anidación en el útero. Esto queda plenamente refutado al referirnos al desarrollo coordinado desde la etapa de cigoto, plenamente demostrado por los estudios científicos mencionados arriba, donde queda claro que la blástula no es un amasijo de células totipotenciales descoordinadas.

Otros indican que la vida humana se inicia con la formación del sistema nervioso e inicio de la vida cerebral (8ª semana de gestación) y termina con la muerte cerebral. Resulta obvio con los datos científicos modernos que la formación del sistema nervioso sigue a un desarrollo continuo, gradual y coordinado desde el momento de la fecundación.

Resulta interesante también la visión subjetivista de los utilitaristas y conductistas como Engelhardt y Peter Singer. Ellos afirman que los seres humanos sin autoconciencia, racionalidad y sentido moral no pueden ser considerados personas – H.T. Engelhardt: “Los fetos, los infantes, los retrasados mentales y los que están en coma irreversible constituyen ejemplos de no-personas humanas”.

P. Singer afirma: “Es persona quien posee autoconciencia, autocontrol, sentido del pasado y el futuro, capacidad de entrar en relación con los demás, comunicación. Algunos seres pertenecientes a otras especies (monos antropomorfos) pueden ser personas y algunos seres humanos no”.

Algunos sociólogos hablan de relación social: La personalidad existe si existe relación social. En el caso del feto humano el único criterio “objetivo” es la actitud de la madre.

A estos argumentos que buscan reducir la dignidad de los seres humanos de acuerdo a su utilidad social, despersonalizándolos con criterios totalmente subjetivos y sin bases científicas ciertas, podemos responder desde el punto de vista científico; del psicoanálisis: *el feto* está en correlación social con la madre, almacenando experiencias, sensaciones, rechazos.; desde el carácter psicofísico: desde los primeros días el embrión establece un diálogo con el organismo materno (hormonas, señales), modificándolo, obligándolo a reconocer su individualidad.

Y si ahondamos profundamente en las razones filosóficas: No es la relación la que establece la realidad del sujeto, sino la realidad del sujeto hace posible la relación interpersonal, “*Operari sequitur esse*”.

Es de fundamental importancia establecer criterios objetivos sobre la dignidad de la persona humana, con los aportes irrefutables de la ciencia, para no caer en manipulaciones de seres humanos como hemos visto suceder en varias etapas de la historia de la humanidad.

Finalmente, quisiera concluir con unas reflexiones sobre el origen de la vida:

- Cuando vemos una semilla de maíz, hay vida en ella. Hay presente, no solo futuro.
- Con la mentalidad fijista, mecanicista que caracteriza al hombre moderno, pensamos que a una semilla inerte la ponemos en tierra y la regamos, le damos luz y calor, y repentinamente empieza a vivir. Todo funciona, no vive.
- *Omne vivum ex vivo* “Toda vida sale de vida”. “Todo ser vivo viene de otro ser vivo”: Todo embrión es engendrado vivo por su progenitor.

- El artesano articula las piezas de una máquina y la echa a andar y luego la detiene. En la naturaleza el viviente desde que vive anda, y si deja de andar muere.
- Un montón de semillas de maíz es una multitud de unidades vivientes, es el maíz en devenir, pero las concebimos como seres inertes. El brotar de una semilla no es magia ni mecánica, es vida. Un modo original de existir.
- Los miles de embriones humanos que se encuentran adormecidos en tubos de nitrógeno líquido no están simplemente congelados o inmovilizados. Son seres humanos confinados a una vida enlentecida en los nuevos Gulags, campos de concentración metálicos.
- Desde el estado cigoto humano (fecundado) es un ser humano en devenir, un viviente humano deviniente, es lo que siempre es. El huevo fecundado humano, el embrión, el feto, el niño, el joven, el adulto, el anciano, el moribundo, son en esencia el mismo: *Viviente humano en devenir*. Esa es su naturaleza profunda, su mismidad *ser deviniente*, mezcla de duración y sucesividad.
- Lo que brota de un cigoto humano es un viviente facultado para ejercer una vida de persona, abierta al conocimiento y al amor, apenas las circunstancias y las condiciones se lo permitan. El viviente humano es una ventana abierta al universo, de sí mismo y de los demás.

Cuando entendemos los procesos de desarrollo de un ser humano en gestación, cuando miramos su rostro en ese ultrasonido moderno y cuando lo amamos por lo que es, una nueva persona humana capaz de amar y digna de ser amada, se desborda con creces el marco limitado de esa realidad corpórea.

Esa desproporción entre el desplegarse de su realidad corpórea y el dilatarse en su realidad espiritual (el lenguaje, la técnica, su vida social, el arte, la cultura, la religión), todo esto está precontenido en el acto inicial del cigoto humano, que desborda la mera naturaleza corpórea.

Esa actualidad que supera y trasciende infinitamente la mera materialidad es lo que la tradición filosófica ha denominado *Persona*. Actualidad personal, originaria y originante, desde donde brota la vida humana, natural y personal a la vez.

Es por eso que junto al desarrollo científico debe crecer la fuerza moral. La libertad en el ámbito científico debe estar respaldada por la ética. No es correcto decir "Si se puede hacer, se debe hacer".

La posibilidad de seleccionar vidas humanas, manipularlas y acabar desechando las que no sirvan, prevaleciendo el derecho del más fuerte, así como la desprotección del ser humano débil e indefenso y la violación de sus derechos fundamentales empezando por el derecho a la vida constituyen riesgos y realidades preocupantes hoy en día.

Como afirmaban en su diálogo Ratzinger y Habermas, se debe proponer un diálogo entre ciencia, filosofía y teología en el ámbito bioético. Debemos reconstruir el concepto de naturaleza y dignidad humana. Que todo ser humano sea considerado como fin en sí mismo y nunca como medio. Por ello es necesario que trabajemos en una síntesis entre ciencia y sabiduría, vinculando la ciencia con la ética.

Es nuestra tarea recomponer la relación del hombre con la naturaleza y reconstruir el concepto de naturaleza humana para superar la crisis de la bioética actual. El ser humano está llamado a adquirir la conciencia de su propia dignidad al percibirse a sí mismo como "alguien" que debe ser protegido y amparado y al otro, como un fin en sí mismo.

Ver en el otro a alguien igual a él, al que debe respetar y proteger, y nunca tratar como un medio o instrumento del que se puede abusar y manipular.

Bibliografía

- Gardner, R. L. *Specification of embryonic axes begins before cleavage in normal mouse development. Development*, Vol. 128, Issue 6 839-847 (2001).

- Zernicka-Goetz, M. Patterning of the embryo: the first spatial decisions in the life of a mouse *Development* 129, 815-829 (2002).

- Ostermeier, G., Krawetz, S., et al. "Delivering spermatozoan RNA to the oocyte". *Nature*, 429:154, (2004).

- Ford, N. (1988). "When did I begin. Conception of the human individual in history", Cambridge.

- Singer, Peter. *Practical Ethics* (CUP, Cambridge 1979); trad. Esp.: *Ética práctica* (Ariel, Barcelona 1995).

- Kischer, C.W. (1997). "The big lie in human embryology: The case of the preembryo", *American Life League*. pp. 71-81.

- Aristóteles (1994). *Reproducción de los animales*. Editorial Gredos. Madrid.

- Dobzhansky, TH. (1951). *Genetics and the origin of species*. Columbia New York.

- García Bellido, A. (1999). *Los genes del Cámbrico*. *Rev.R.Acad.Cienc.Exact.Fis.Nat. (Esp)*. Vol. 93, N° 4: 511-528.

- Mayr, E. (1997). *The establishment of evolutionary biology as a discrete biological discipline*. *BioEssays*, 19 (3): 263-266.

- Natalia López Moratalla, "El embrión humano como individuo: una visión epigenética", en "La Humanidad in vitro", Ballesteros (Coord.), págs., 193-224, Editorial Comares, Granada 2002.

- Angelo Serra y Roberto Colombo. *Identidad y Estatuto del embrión humano: la contribución de la biología*, en *Identidad y estatuto del embrión humano*, págs. 109-152, Ediciones Internacionales Universitarias, 2000.

- Ramón Lucas Lucas. *La naturaleza humana del embrión*, en “Antropología y problemas bioéticos”, pág. 72 y ss., BAC, Madrid 2001.

- Nicolás Jouve de la Barreda. Abril N° 103, 2005.

- Elio Sgreccia, Manual de Bioética I. Fundamentos y ética biomédica. BAC 2007.

- Meyer, M. *Cáncer de Mama Gestacional. Dilemas Éticos*. FCS-UNA Especialización en Bioética. Asunción 2014.

- Ratzinger, J., Habermas, J., “*Las bases prepolíticas del Estado Liberal*”, trad. Manuel Jiménez Redondo, En: Revista Pasajes de Pensamiento Contemporáneo, (2005), 88.



EL INICIO DE LA VIDA HUMANA ¿CÓMO Y CUÁNDO?*

Carlos Vera Urdapilleta **

Dos cuestiones se plantean a modo de discusión sobre el cómo y cuándo del inicio de la vida humana o el status del embrión humano: ¿Qué o quién es el embrión y el feto?, lo que nos lleva a una segunda, tal como lo plantea León Correa ***.

¿Cómo y cuándo comienza la vida humana?

Sobre estas dos cuestiones se encuentran los criterios que desde hace mucho tiempo; por un lado, defienden los científicos: médicos, biólogos, genetistas, y por el otro, especialmente en una época reciente, los religiosos, filósofos y juristas. La cuestión que se

* Trabajo presentado en el ciclo de conferencias sobre “Protección de la persona humana, Persona por Nacer”. Palacio de Justicia, 19-20 de octubre de 2016.

** Doctor en Gineco Obstetricia. Director del Departamento de Aseguramiento de la Calidad Académica. Facultad de Ciencias Médicas y de Enfermería de la UNA. Docente Facultad de Ciencias Médicas y de Enfermería. UNA. Especialista en Gineco-Obstetricia de la Facultad de Ciencias Médicas (México) Especialista en Bioética. Master en Salud Pública. Académico de Número de la Academia de Medicina del Paraguay y de la ACANAPER (Academia Nacional de Perinatología).

*** La redacción del artículo responde a las Normas Vancouver.

suscita es si estas interrogantes debían ser dilucidadas por la filosofía, la religión o la ciencia.

Diferentes Papas salieron al paso y en especial los últimos a partir de Pío XII, Pablo VI, Juan Pablo II y Benedicto XVI, quienes en todo momento afirmaron que era la ciencia la que debía y debe dar la respuesta (2,3). Los que niegan el status moral del feto (algunas confesiones y escuelas teológicas, como también proabortistas) dicen que en la Biblia no se habla ni existe la palabra aborto (4,5) y por ende no se reconocía al nasciturus como una persona humana. Pero Boecio y un versado autor cuyo nombre no se registró, pero dejó su escrito, (6, 7, 8) coincidentemente refutan esto al demostrar que históricamente el mundo cristiano y el judío, han estado en contra del aborto "procurado".

Desde el punto de vista religioso, existe un reconocimiento implícito que la vida humana comienza in útero desde la concepción, pues Dios consideraba a David una persona; el Salmo 139:13-15 dice: *"Porque tu formaste mis entrañas, tú me tejiste en el seno de mi madre. No se te ocultaban mis huesos cuando secretamente era formado y en el misterio era plasmado"*. Y en Isaías (44-2): *"Así dice Jehová el Hacedor, el que te formó desde el vientre materno, el que te ayudará"*. Y Dios habló a Jeremías (1:4-5): *"Vino pues la palabra del Señor a mí, diciendo: antes que te formasen en el vientre te conocí, y antes que nacieses te santifiqué"* (9).

En algún otro momento se quiso resolver el enigma sobre el inicio de la vida diciendo que la misma se formaba en el momento en que la materia era dotada del alma, que según la creencia judía más ortodoxa y también la musulmana ocurría a los 42 días (6 semanas) de gestación en el caso del varón y de 84 días (12 semanas) el de la mujer, creencia que fue aceptada en su inicio por la cristiandad, en tiempos de San Agustín y otros doctores de la Iglesia y que la Iglesia Católica cambió de acuerdo al concepto teológico actual afirmando que es en el momento de la concepción. Pero como bien lo aclararon los diversos pontífices citados *ut supra*, y en especial Juan Pablo II, la cuestión sobre en qué momento la materia es dotada de alma es una cuestión teológica basada en la fe y el

dilucidar en qué momento se inicia la vida es una cuestión científica basada en evidencias (2,3).

A la filosofía también en su momento le tocó dilucidar sobre el inicio de la vida, Aristóteles (10) decía en el siglo IV a.C.: “No sólo es útil conocer la esencia para comprender las causas de las propiedades sino que también –a la inversa– las propiedades contribuyen en buena parte al conocimiento de la esencia; pues si somos capaces de dar razón acerca de las propiedades –todas o en su mayoría –tal como aparecen– seremos capaces también de pronunciarlos con notable exactitud acerca de la esencia de ese sujeto”. Sostuvo, asimismo que las propiedades de un ser humano es lo que nos permite conocerlo en su esencia, pero él no conocer o encontrar algunas de estas propiedades o características, no nos permiten negarle su esencia. En este contexto Martínez de Núñez analiza lo afirmado por Aristóteles hace 2500 años, que son seres vivos aquellos que desde sí mismos y por sí mismos son capaces de desarrollarse desde un estado de potencialidad a un estado de actualidad con todas sus propiedades.

Y así, a lo largo de los siglos otros filósofos seguían aseverando en forma intuitiva lo enunciado por Aristóteles (10). Tertuliano ya afirmaba que: “Es ya hombre aquel que lo será” y no otra cosa, alegando que un embrión o feto ya es persona y seguirá siendo persona (11, 6, 11, 8, 2, 3,5). Boecio decía en el siglo IV d.C. que el ser humano era: “Substancia individual de naturaleza racional”. Pero como afirma Martínez Núñez, no queremos en el día de hoy definir el inicio de la vida con los datos empíricos con los que contaban Aristóteles y otros filósofos como Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino, porque son muy rudimentarios; y concluye diciendo que explicar el inicio de la vida a la luz de la teoría aristotélica-tomista de la humanización o animación retardada es anacrónica, y podemos agregar un despropósito (10). Pero, dejemos de lado lo religioso y filosófico y enfoquémonos en lo que dice la ciencia y examinemos lo que afirman diferentes personalidades del mundo científico acerca del inicio de la vida y que recopiló muy bien Varela (4):

Un grupo de biólogos y genetistas; internacionalmente reconocidos en 1981; afirmaron que la vida comienza con la concepción. Mathew Roth de la escuela de medicina de Harvard dio su testimonio confirmatorio basado en más de 20 tratados de embriología de diferentes autores. Jerome Lejeune (12, 13,14), considerado el padre de la genética por sus descubrimientos dijo a un grupo de legisladores: "Aceptar el hecho de que después de la fertilización en inglés y concepción en francés un nuevo ser cobra vida, ya no es motivo de pruebas u opiniones, es simple evidencia".

Continuó después: "No tengo duda alguna: abortar es matar a un ser humano, aunque el cadáver sea muy pequeño". El mismo Lejeune (13), citado en un artículo llamado: "¿Qué tenemos en la nevera?", refiriéndose al testimonio que dio al Juez W. Dale Young, en un insólito caso sobre la tenencia y resguardo de unos embriones congelados en que el progenitor Junior L. Davis demandó a su ex esposa y madre de estos, Mari David Stowe, afirmó estar muy sorprendido porque unos colegas británicos hablaban de un pre-embrión. El acudió entonces a la Enciclopedia Francesa que había heredado de su abuelo 50 años atrás y encontró que decía del embrión lo siguiente: "Es la forma más joven de un ser". Y prosiguió con su testimonio: antes del embrión hay un espermatozoide y un ovulo y ahí está todo. El espermatozoide y el óvulo no pueden ser un embrión porque no se puede saber que embrión serán, porque no se puede saber que espermatozoide penetrará en qué ovulo, pero cuando penetra se tiene un cigoto, y cuando se divide sigue siendo un embrión, de dos, tres, cuatro células. El pre-embrión no existe, porque antes del embrión no hay nada. Taxativo y concreto es su testimonio, si bien hoy con la técnica del "I.C.S.I."; que es la inyección de un espermatozoide dentro del óvulo; podemos saber cuál espermatozoide ponemos dentro, pero no sabemos qué carga genética llevará.

Con el examen del genoma del 2º corpúsculo polar podemos revisar el genoma del óvulo, pero en última instancia tampoco sabremos cómo se comportará este nuevo ser.

Siguiendo con el testimonio de Lejeune extractamos algunos de ellos que son terminantes y concretos: "Cuando nos dividimos al principio de nuestra vida en dos células y luego una célula de las dos, llegamos a la etapa de las tres células. Probablemente, en este momento sale un mensaje de una célula a las otras dos y que vuelve a la primera, y de repente nos damos cuenta de que no somos una colonia de células. Vamos a ser un individuo". Continúa su argumentación: "Es muy destacable para el genetista que empleamos la misma palabra para una idea que entra en nuestra mente y un nuevo humano que viene a la vida. Empleamos una idea, concebimos un bebé. Y la genética nos dice que no vamos errados al emplear la misma palabra, porque, ¿qué es la concepción? Es en realidad dar información escrita en la materia, de modo que esa materia ya no es más materia, sino un nuevo hombre". Ante la pregunta de uno de los abogados participantes en el proceso si él era ya un ser humano cuando era un embrión en el vientre materno, Lejeune respondió: "Tendrá que excusarme, pero soy muy, pero muy directo. Por lo que toca a la naturaleza de usted, no puedo ver ninguna diferencia entre el ser humano temprano que usted fue y el ser humano tardío que usted es ahora, porque en ambos casos usted era y es un miembro de nuestra especie. Lo que define a un ser humano es esto: Pertenecer a nuestra especie". Y terminó diciendo: "Mi creencia es que no es bueno dar muerte a un miembro de nuestra especie, una creencia muy simple" (12).

Cuando se le preguntó acerca de "los embriones supernumerarios" dijo: "Es un término muy engañoso, exactamente lo mismo que pre-embrión. Se cambia el nombre porque se quiere cambiar de conducta, y esto me desagrada. Me gusta llamar a un gato, gato, y a un hombre, hombre. Es Wendel Holmes quien dijo "que un hombre es un hombre, porque es un hombre". Y ante la pregunta del abogado de si un cigoto debía ser tratado con el mismo respeto que un ser humano adulto, el respondió: "Lo que yo como genetista y biólogo le estoy diciendo es que el cigoto es un ser humano. Ahora un magistrado es quien dirá si este ser humano tiene los mismos derechos humanos que los demás. Si Ud. establece diferencias entre los seres humanos, le toca a usted de-

mostrar esas diferencias". Siguió con su alegato: "No estoy pensando en el derecho de los embriones; estoy pensando en el deber de los padres y de la sociedad. El deber es algo diferente".

Concluyó diciendo: "Diría que el deber es el de no matar, y este deber es universal. Y diría que, si por alguna técnica estuviese contemplando los cromosomas de este bebé y viese, por ejemplo, que tiene la trisomía 21, diría que esto es una enfermedad. Pero si contemplo los otros 46 cromosomas normales, vería la condición humana del bebé. Y yo no condeno a un miembro de mi raza".

Por último, referente al dictamen de la Comisión Nacional de Francia denominada Consejo acerca de la investigación sobre embriones humanos in vitro y su utilización para propósitos clínicos y científicos afirmó: "Nunca he oído a ninguno de mis colegas que un embrión congelado fuese propiedad de alguien, que pudiera ser vendido, que pudiera ser destruido como una propiedad; nunca, nunca he oído tal cosa" (12). Siguiendo con otras opiniones científicas tenemos las siguientes: El Dr. Himie Gordon Caimán (citado por Vázquez) del Departamento de Genética de la Clínica Mayo de EEUU, agregó: basado en todos los criterios de la Biología Molecular, la vida está presente en el momento de la concepción". Y el Dr. Mac Carthy de Mere, médico y abogado de la Universidad de Tennessee testimoniaba: "El momento exacto de los comienzos de la personalidad y del cuerpo humano, es el momento de la concepción". Alfred Bongiovanni, de la escuela de Medicina de Pensilvania, afirmó: "Yo no estoy preparado para decir que esa temprana etapa (de la fecundación) representa un incompleto ser humano, ni para afirmar que el niño antes de los dramáticos efectos de la pubertad, no es un ser humano".

Otros testimonios son igualmente valederos y concluyentes:

El Dr. Richard V. Jaynes afirma: "Decir que el comienzo de la vida humana no puede ser determinado científicamente, es ridículo".

El Prof. Eugene Diamond; "... o las justicias fueron alimentadas de una biología ancestral, o fingían ignorancia sobre una certeza científica".

El Dr. Landrum Shettles, conocido como el "padre de la F.I.V." (fertilización in vitro) refiere: "La concepción confiere vida y esa vida es de un solo tipo: humana". Y agrega: "Negar la verdad sobre cuando comienza la vida humana, nos dan las bases para legalizar el aborto".

Jean Rossland, biólogo y premio Nobel afirma: "En la primera célula constitutiva de la persona humana, es decir en el óvulo fecundado, existe un ser humano, y está todo entero, con todas sus potencialidades (todos citados por Varela) (4).

Pero, es interesante además saber que dicen conocidos miembros de la comunidad científica quienes negaban que el embrión o el feto fueran ya seres humanos y por tanto la dignidad y el status moral eran independientes de los mismos.

Bernard Nathanson, (4, 6,11) conocido en los EEUU, en su momento como el "Rey del aborto", cambió su conducta y hoy es conocido como uno de los arrepentidos afirma: "La ciencia médica me dice ahora que el feto es una persona humana y dramáticamente tengo que reconocer que el feto no es un trozo de carne; es un paciente".

Stojan Adasevic, serbio, conocido en la antigua Yugoslavia también como el rey del aborto, refiere que él personalmente realizó más de 48 mil abortos, un promedio de 35 por día. Los libros de medicina del régimen comunista (sic) decían que abortar era simplemente extirpar un trozo de tejido. Pero un día tuvo una visión en sueños, que se repetía noche a noche, teniendo sudores y males-tares. Su sueño consistía en ver un hermoso campo lleno de niños y jóvenes de 4 a 25 años que jugaban y reían, y un hombre vestido de blanco y negro que calladamente le miraba intensamente. Entonces, una noche en medio de su visión, él le preguntó al hombre quién era el y esos niños. El hombre le respondió yo soy Tomás de Aquino y estos niños y jóvenes son los que tu mataste con el abor-

to, con lo cual quedó muy impresionado y dejó de hacer abortos. Al negarse a esta práctica su salario fue reducido a la mitad, le sacaron ciertos privilegios que tenía, a su hija le echaron del trabajo y a su hijo le negaron el ingreso a la Universidad, pero él volvió a su fe cristiana ortodoxa y publicó su testimonio en libros y revistas de Europa a favor de la vida.

Cabe aclarar que Adasevic era comunista y no tenía ninguna formación cristiana, así que ignoraba quien era el tal Tomás de Aquino.

András Szörenyi, cuenta el mismo que es un doctor ex abortero (rey del aborto en Hungría), ahora convertido, es secretario de la ONG "Obstetras por la vida", reconoció que en un momento su conciencia estaba muerta y operaban en ella fuerzas "diabólicas anti vida" (sic). Pero hoy él afirma contundentemente: "La vida de cada ser humano individual comienza en el momento de la fertilización, y continua en su realidad física hasta su muerte natural. La vida humana es procreada para amar y ser amada, la vida significa amor" (4, 6, 11).

En contraposición ante estas afirmaciones el American College of Obstetrics and Gynecologic (ACOG) asevera que la vida comienza con la formación del blastocisto y la Fundación para Estudios de Población (IPPF) alega que la vida comienza con la implantación del huevo en el endometrio, mientras que otras corrientes sostienen que a la 4ª Semana con la circulación de la sangre y una última que sostiene en la 8ª Semana con la formación del encéfalo y la aparición de ondas cerebrales (4,15,12,13,16,17,18).

Sin embargo, lo afirmado por la ACOG y la IPPF entra en contradicción con una sentencia que la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. dictó en el año 1995 tras llamar a consulta a muchos expertos de varias organizaciones, entre ellas la primera citada, que determinaba que los padres del nasciturus o del neonato eran los que ponían los gametos (espermatozoide y óvulo) cuyos cromosomas con su respectiva carga genética conformaban el nuevo genoma del nasciturus y no la que ponía el nido o lecho, es decir el útero. Esto se dio como consecuencia de los muchos juicios que se

plantearon en ese país y en el mundo entero por demandas de paternidad entre parejas que por algún motivo no podían concebir, ya sean mujeres que no tenían útero o alguna patología que no permitía la nidación del huevo, o varones que no producían espermatozoides, y que en forma personal o por medio de instituciones contrataban a una mujer para desarrollar en su útero el embarazo, conocida por el vulgo como vientres de alquiler o por compra o donación de gametos.

La sentencia más arriba nombrada, que sirvió de base a la jurisprudencia para otros juicios, fue adoptada con aportes científicos que afirman que la vida se inicia con la concepción, coincidiendo con lo expresado por Lejeune y otros científicos citados en este trabajo.

Pero, si vamos a seguir a los que afirman que la vida humana se inicia con el estadio del blastocisto y la nidación o más tardíamente, a contrario sensu entonces se hubieran sentenciado que la madre del nasciturus debería ser la que puso el útero.

El mismo Dr. Illia Kuriak, conocido perinatólogo y asesor ante la Academia Pontificia del Vaticano afirmó en una conferencia en la Academia de Medicina del Paraguay que la vida humana comienza entre el 7° y 8° día con la formación del blastocisto y la implantación. Si bien este y otros alegatos provienen de instituciones y personalidades científicas importantes, los argumentos de Lejeune y los otros autores citados contradicen esta última afirmación.

Ante esto se plantea hacer dos disquisiciones:

1ª. *Disquisición*: En referencia a la Conferencia del Dr. Illia Kuriak ante la Academia de Medicina del Paraguay, él argumentó que la vida humana comienza con la implantación del blastocisto; y en el debate el Prof. Enrique de Mestral hizo esta alusión acerca de que era entonces el cigoto en esos 7 días previos, y habló de la transustanciación que según el diccionario Enciclopédico Espasa 1-7ª Edición 1992 dice: "Convertir totalmente una sustancia en otra" (19). Y el diccionario de la "Real Academia de Lengua Española"

(DRAE) (20) dice en una única acepción: "Conversión del pan y el vino en el cuerpo y la sangre de Cristo". Es decir, la transustanciación es un término latino de uso teológico, que se da solamente en cuestiones que hacen a la religión y en especial con la fe católica.

En la literatura, la transustanciación es usada por diferentes autores como Grimm y otros en los cuentos de hadas en que magos, brujas y hechiceras convertían al príncipe en un sapo o un dragón y princesas en ranas, pero esto no sucede en el mundo de las Ciencias Naturales.

Al igual que la palabra *alquimia* que en su primera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE) dice: "Conjunto de especulaciones y experiencias, generalmente de carácter esotérico, relativas a las trasmutaciones de la materia que influyó en el origen de la ciencia química y tuvo como fines principales la búsqueda de la piedra filosofal y la panacea universal. La segunda acepción es: "Transmutación maravillosa e increíble"; este fenómeno permitiría transformar el plomo en oro, y solo existía en la imaginación de los brujos de la Edad Media y de leyendas como la del Mago Merlín. De acuerdo a la ciencia actual ambos fenómenos no se dan, sin entrar a discutir sobre ciertos milagros acontecidos a algunos fieles incrédulos acerca de la conversión del pan y el vino que registra la historia de la Iglesia Católica.

2^a. *Disquisición*: Si la vida humana recién se inicia al 7° u 8° día con la implantación o nidación y cuando está en estado de blastocisto, ¿entonces que es entre el momento de la concepción y entre la nidación, pasando de un ser unicelular, bicelular, multicelular o mórula hasta convertirse en blastocisto? Pues en ningún momento se habla de que el huevo humano sufra una metamorfosis y que el DRAE (20) dice en su 1^a acepción: "Transformación de algo en otra cosa", y en su 3^a referente a la zoología: "Cambio que experimentan muchos animales durante su desarrollo, y que se manifiestan no solo en la variación de forma, sino también en las funciones y el género de vida". Fenómeno que sí se da en la biología de los animales, pero no en el humano (16). Cito a dos conoci-

dos médicos mexicanos que en su exposición y alegato sobre la vida humana y su inicio ante el Congreso Mexicano resumieron lo que la ciencia mantiene como evidencia:

Pilar Calva, conocida y brillante genetista mexicana aseveró que la vida humana comienza con la fecundación; es decir, la fusión de un gameto masculino y uno femenino y da origen al nacimiento de un nuevo ser (22,23); concretamente por estos tres motivos:

- 1) Individualidad genética
- 2) Continuidad de su desarrollo
- 3) Autonomía de su existencia

El primero, porque se forma un nuevo ser único e irrepetible, pues aun gemelos idénticos monocigóticos tienen en sus genes cromosómicos o mitocondriales algunas diferencias que los hacen biológica y genéticamente diferentes.

El segundo motivo, porque es un ser humano que a través de la continuidad en su evolución, crecimiento y desarrollo va a pasar por las diferentes etapas de la vida de un ser humano: embrión, feto, neonato, niño, adolescente, joven, adulto joven, maduro y mayor, y llegar a su ancianidad. Este ser humano por alguna enfermedad, accidente o por cualquier circunstancia puede dejar de existir en su adultez, juventud o niñez, pero no por eso dejará de ser un ser humano con toda su dignidad. Como también puede sufrir un accidente vascular cerebral que le quite la posibilidad de caminar o la facultad de pensar y razonar, pero no por eso perderá su condición humana. Y se preguntaba en su exposición ante el Parlamento mexicano en ocasión de discutirse sobre la ley de abortos en ese país: ¿Acaso porque un perro deja de ladrar deja de ser un perro?

Esto sirve como respuesta a lo expresado por el teólogo Joseph Fletcher premiado como el humanista del año 1970, que decía que el feto era una vida humana, aunque no tenga todos los 15 indicadores de personalidad humana, una de ellas, la principal, el

cociente de inteligencia. Y a lo expresado por Watson, premio Nobel por su descubrimiento del código genético en el ADN, quien afirmaba que si a un niño con defectos congénitos no se le declaraba vivo hasta el tercer día de nacimiento, esto permitía a los padres tomar una decisión al respecto, comunicar al médico y dejar morir al niño, afirmación que fue rotundamente descartada y negada por Lejeune quien afirmó ante el juez americano que si él veía a un ser viviente con el genoma de un ser humano, es decir con los 46 cromosomas y toda su carga genética, era una persona humana, aunque pudiera tener una anomalía cromosómica o genética, es decir, era una persona enferma, pero finalmente una persona.

El tercer motivo, porque desde el mismo momento de la concepción es una vida autónoma que va a tener su evolución y desarrollo independientemente de cualquier otro organismo, inclusive el materno; no debiendo confundirse la dependencia alimentaria que el embrión-feto pudiera tener de la madre a través de la placenta o durante la lactancia.

Fernández del Castillo (25) enuncia este principio lógico: "La causa de la causa es la causa de lo causado". Es decir que, si un ser humano se inicia con la unión de los gametos humanos, o sea un óvulo con un espermatozoide, de esta unión no puede salir otra cosa u otra especie de ser viviente, que no sea un ser humano, en coincidencia con lo expuesto por W. Holmes quien afirmó que un hombre es un hombre porque es un hombre, porque otra cosa no puede ser.

Como dice León Correa, entonces hoy no queda duda que la vida comienza con la concepción, que si bien para algunas escuelas y autores pudieran no ser sinónimos fecundación y fertilización, en la lengua española la usamos en el sentido de la unión del espermatozoide con el óvulo y sus genomas para formar un nuevo ser, es decir, tienen el mismo significado (1). Hay que reconocer que el debate sobre la vida humana se reinició y se hizo un tema candente con la legalización o despenalización del aborto.

Pero como bien lo plantearon Lejeune, León, Varela y otros autores (1, 4, 10, 13, 14) hoy ya no se puede argumentar que no se

sabe cuándo comienza la vida, pues todas las evidencias científicas muestran que es con la concepción y lo confirman diferentes hombres de ciencia y sus respectivas escuelas con algunas excepciones. Como afirmó tajantemente Lejeune en su exposición en el citado juicio sobre el destino de unos embriones de que no había ninguna duda de que un cigoto unicelular formado por la unión de un espermatozoide con un óvulo, era ya un ser humano único e irrepetible con toda su dignidad y su status moral independiente.

Ahora si hay diferencias o categorías entre los seres humanos o este ser humano en estado de embrión o feto, aun estando enfermo por una anomalía cromosómica, genética o malformación congénita tenga los mismos derechos que un ser humano adulto, sano y con una vida plena y realizada, esa ya es una cuestión que debe ser dilucidada en el campo jurídico, social, filosófico o religioso. Y eso como dice el refrán ya es harina de otro costal.

Referencias bibliográficas

1. León Correa F. El aborto desde la bioética: ¿Autonomía de la mujer y del médico? En Cuadernos de Bioética del Centro de Bioética Facultad de Medicina, Pontificia Universidad Católica de Chile. Cuadernos de Bioética. Vol. XXI, N° 1. Enero-abril, 2010. Pág. 79-93.

2. Discurso del Santo Padre Pío XII al Congreso de la Unión Católica Italiana de Obstetricia con la colaboración de la Federación Nacional de Colegios de Comadronas Católicas. 1951.

http://www.Vatican.Va/Holy_Father/Pius_Xii/Speeches/1951/Documents/Hf_P-Xii_Spe_19511029_Ostetriche_Sp.Html

3. Enciclopedia Católica Online. Papa Pío XII. En EC Wiki. 2014. Página fue modificada por última vez el 31 ene 2013.

http://ec.aciprensa.com/wiki/Papa_P%C3%ADo_XII#.Ut6gPdJaFkg

4. Varela Y. Argumentos a favor y en contra del Aborto Provocado. Monografía. Universidad Nacional de Asunción. Curso de Especialización en Bioética. Asunción, Paraguay. 2008.

5. Ántola E. Carácter Humano del Embrión. En Tupāsy Ñe'ê. La voz de María. Revista. N° 283. Enero/febrero 2014. Año 25. Pág. 26-7.

6. Anónimo. Aborto. El Rincón del Vago. Documentos, trabajos y tareas relacionados con la Antropología. Pág. 9.

http://html.rincondelvago.com/aborto_1.html

7. Besio M., Chomalí F., Neira J., Vivanco A. y Cols, Aborto "terapéutico". Consideraciones médicas, éticas, Jurídicas y del magisterio de la Iglesia Católica. Pontificia Universidad Católica de Chile. Quebecor World Chile. 2008.

8. Besio M. Consideraciones Éticas Sobre El Aborto Terapéutico. En Pontificia Universidad Católica de Chile. Departamento de Obstetricia y Ginecología. Boletín Escuela de Medicina. 1998. Pág. 27; 34-37.

<http://escuela.med.puc.cl/paginas/publicaciones/boletin/html/etica/etica07.html>

9. Antiguo Testamento. La Biblia de Jerusalén-Biblia Católica Online.

www.bibliacatolica.com.br/la-biblia-de-Jerusalén-Génesis.

10. Martínez de Núñez I. "Bioética al inicio de la vida". En Bioética. Nuestra experiencia. Martínez de Núñez I. y cols. En prensa. Asunción. 2016.

11. Jiménez Garrote J. L. Suplemento Aborto en Revista del Centro de Bioética Juan Pablo II. Vol. 6, N° 3, septiembre-diciembre 2006.

http://www.cbioetica.org/suplement/71_sup.pdf

12. Peña A. El aborto y sus consecuencias. Cuestiones de bioética. Imprimatur. Lima Perú. Pág. 67.

http://www.libroscatolicos.org/libros/formacion/aborto_consecuencias.pdf

13. Lejeune J. Conferencia por la vida. Resumen de la conferencia sobre Jerome Lejeune y el evangelio de la vida. 21 de agosto de 1994. http://encuentrodepaz.org.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=222&Itemid=79

14. Lejeune J. ¿Qué tenemos en la nevera? Profesor Jerome Lejeune. Suplemento de Línea sobre Línea. Junio de 1995. Testimonio del Dr. en el caso de "los embriones congelados de Tennessee".

http://www.sedin.org/PDFS/G4_02.pdf

15. Castillo-Vargas R, González-Cárdenas L El aborto: Problema fundamental de la bioética. Archivos de Medicina Familiar. Vol. 6 Núm. 2 mayo- agosto 2004. Pág. 34-35.

<http://www.medigraphic.com/pdfs/medfam/amf-2004/amf042c.pdf>

16. Donahue W. ¿Qué es la cultura de la muerte? 24 octubre de 2011. <http://vidahumana.org/vida-internacional/item/1094-%c2%BFqu%C3%A9-es-la-cultura-de-la-muerte?>

17. Tomás y Garrido G. La Bioética: un compromiso existencial y científico. Tomo I Fundamentación y reflexiones. Universidad Católica San Antonio. Textos de bioética. Quaderna Editorial. Murcia, España. 2005.

18. Rivarola J. Planificación Familiar. Aspectos Científicos y Éticos. En: de Mestral E. Manual de Bioética. Estamos a favor de la vida. EFACIM. 3º Edición. Editorial de la Facultad de Ciencias Médicas-Universidad Nacional de Asunción. Paraguay. 2011. Pág. 111-120.

19. Diccionario Enciclopédico Espasa 1-7ª Edición. Editorial Espasa. Madrid. 1992

20. Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

21. Temas interesantes. Aborto. En Bioética IV. Nivel Jóvenes Formadores.

http://www.reocities.com/temas_de_formacion/jovenformador/tema_aborto.pdf

22. Leret M. Derecho, Biotecnología y Bioética. Exposición y análisis de los principios y conceptos fundamentales para la comprensión de la Bioética. CEC. SA. Caracas-Venezuela. 2005.

23. Calva M. María del Pilar. En Marpia del Pilar Calva, genetista mexicana, exposición ante el parlamento mexicano. 2008.

<https://www.youtube.com/watch?v=GdMGoPCUREE>

24. Calva M. María del Pilar

<https://bibliaytradicion.wordpress.com/2010/05/24/argumentos-cientificos-bioeticos-juridicos-sociales-psicologicos-filosofico-antropologicos-a-favor-de-la-vida-de-los-niños-en-gestacion/>

25. Fernández Del Castillo Carlos. Director del Centro Mexicano de Ginecología y Obstetricia de México. Exposición ante el Parlamento de México. 2008.

<https://www.youtube.com/watch?v=v9qnPxmFhsQ>



LA CONSTRUCCIÓN CONTRA EL DESARROLLO: DOS MANERAS DISTINTAS DE ENTENDER LA GESTACIÓN HUMANA*

Richard Stith **

Mucho apoyo al aborto, sea para el aborto libre o sea para el aborto solo por ciertas causales, se debe no a una desvalorización de la vida humana, sino a una errónea concepción acerca del proceso de gestación. Esta falsa concepción trata a la gestación como un proceso de construcción o fabricación dentro del vientre materno, y no como el proceso de desarrollo conocido por la ciencia moderna. Cómo veremos, un ente en construcción no está presente hasta que su construcción haya sido esencialmente completada, mientras que un ente en desarrollo está presente durante todo el proceso. Por último, atenderemos a la falta de imaginación que causa este error, y a las maneras de superarla.

* Trabajo presentado en el ciclo de conferencias sobre “Protección de la persona humana, Persona por Nacer”. Palacio de Justicia, 19-20 de octubre de 2016.

** Richard Stith, cursó sus estudios de licenciatura y doctorado en Yale. Es Profesor Titular (dedicado a la investigación) en la Facultad de Derecho. Valparaíso University, Indiana, USA.
richard.stith@valpo.edu

El modelo de construcción

En una columna en el *New York Times*, el sociólogo Dalton Conley ha afirmado que “la mayoría de los americanos... considerarán al feto como un individuo en construcción” (1). Pensemos, entonces, en algo que es claramente construido, fabricado, armado, montado, juntado, formado –en fin–, *hecho* por alguien. Pensemos en un coche que se monta en una cadena dentro de una fábrica de automóviles. ¿Cuándo diríamos “ya existe un coche allí”?

Algunas personas dirían que hay un coche cuando tiene aspecto de serlo; es decir, juzgarían sin más por su apariencia exterior (tenemos aquí la analogía con el feto de unas diez semanas). Otros esperarían hasta que tuviera una cierta capacidad para moverse –hasta que tuviera motor–, quizás (analogía con el antiguo supuesto de “animación” del feto a unos cuatro meses). O incluso hasta que pudiera funcionar o estuviera completo (analogía con la llamada viabilidad o el nacimiento, aunque en realidad el recién nacido no es ni viable por sí solo ni cesa de desarrollarse después de nacer).

Aunque serían diversos los juicios sobre cuándo empieza a existir un coche, hay dos puntos en que estaríamos todos de acuerdo. Primero, que no hay una única respuesta verdadera. Todo dependería del concepto de coche que tiene cada observador, y de lo exigente que sea cada observador para que la cosa construida se aproxime a su propio concepto de coche. Bueno, ésta es la posición sobre el inicio de la vida humana que encontramos comúnmente entre la gente que apoya al aborto o a la experimentación con embriones humanos.

Segundo, estaríamos todos de acuerdo en que el coche tarda en aparecer. Si alguien dijera que el coche existe desde el primer

(1) Dalton Conley, “A Man’s Right to Choose”, *The New York Times*, sección “op-ed”, (December 1, 2005). El doctor Conley es Profesor Universitario de Ciencias Sociales y Catedrático de Sociología en la New York University.

momento del proceso de construcción, cuando, digamos, se unen por primera vez dos pedazos de metal, pensaríamos que está loco, que dice algo totalmente absurdo.

Pues esto es exactamente lo que piensa mucha gente cuando los oponentes al aborto temprano, o a la experimentación que mata embriones, dicen que el embrión ya es un ser humano como nosotros. Escuchemos a Michael Kinsley, en el *Washington Post*: “No puedo compartir, ni aún comprender, la convicción de que un punto microscópico –sin más conciencia que una piedra, más primitivo que un gusano– tenga los mismos derechos que tiene el lector de este artículo” (2).

Hay una profunda verdad reflejada en esta crítica del señor Kinsley. Nada puede ser algo hasta que tenga la forma o naturaleza de ese algo. Y ciertamente la forma de una cosa en construcción no está presente en la cosa desde el principio del proceso. Una cosa construida no tiene su forma al comienzo de la construcción porque esta forma se la dará la persona quien construye la cosa. Al principio del proceso, la forma está sólo en la mente del constructor. No estará en la cosa construida hasta que la construcción esté esencialmente completa –lo que requiere un juicio bastante vago y variable–, como hemos visto en nuestro sondeo sobre el coche.

La analogía a la cadena de montaje puede explicar bien la posición de las personas que piensan que el aborto temprano no es asesinato, pero más tarde sí lo es. Por ejemplo, todos los que dan importancia normativa a la presencia de las manos –o a la manifestación de cualquier otra parte del feto– están (quizás inconscientemente) apelando al modelo de construcción. Están diciendo que sólo después de que se acumulen las partes esenciales del cuerpo humano, que puede ser poco a poco, se puede llamar “asesinato” a la destrucción del feto.

(2) Michael Kinsley, “False Dilemma on Stem Cells” *The Washington Post* (July 7, 2006), A17.

Así se entiende muy bien como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso *Artavia contra Costa Rica*, podía afirmar que “la protección del derecho a la vida [...] no es absoluta, sino es gradual e incremental” (3).

En fin, el modelo de construcción nos ayuda a comprender como la postura de los que defienden la destrucción de embriones puede parecer muy razonable, mientras que la postura de los que quieren proteger al embrión desde el momento de la concepción puede parecer completamente irracional.

El modelo de desarrollo

Ahora, en cambio, examinemos algo que no se construye, sino que se desarrolla. Pensemos, por ejemplo, en un naranjo. ¿Cuándo diríamos que una planta llega a ser naranjo, que existe un naranjo? ¿Cuándo brota de la tierra y comienza a crecer? (Analogía con el embrión desarrollándose activamente después de la fecundación) ¿Cuándo parece ya un arbolito? (Analogía con el feto de diez semanas) ¿Cuándo cesa de precisar un cuidado especial? (Situación análoga a la viabilidad) ¿Cuándo por fin puede producir naranjas? (Semejante a la adolescencia humana).

La respuesta más evidente es que la pregunta inicial no fue la adecuada. La planta no llega nunca a ser naranjo porque ha sido siempre naranjo. Se desarrolla, sí. Es verdad que llega a ser árbol, es decir, naranjo adulto o maduro. Pero ser maduro es sólo una etapa posterior de una misma planta, de un mismo organismo. No era, ni podía ser nunca, otra cosa que naranjo. Si alguien preguntara al agricultor “¿Qué tienes en la huerta?”, la respuesta más natural sería simplemente “Tengo naranjos, pero todavía pequeños”.

(3) Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C N° 257, párr. 264. Disponible en web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

No diría “No son más que células ahora, pero llegarán un día a ser naranjos”.

Éste es el modelo de desarrollo. Un ser que se desarrolla desde sí mismo no tiene que esperar para recibir desde fuera la forma que le da su naturaleza (4). Esta forma o diseño está dentro de su ser desde el principio, guiando su progreso hacia su madurez. De modo que su identidad no depende de su apariencia ni de su funcionamiento, como sí depende la identidad de las cosas construidas. Y la conclusión de que algo es naranjo, u otro tipo de ser que se desarrolla, no es ni vaga ni depende de opiniones variables, como la de que un coche exista. Un organismo viviente no se define según nuestros pensamientos porque se define a sí mismo (5).

Si se construyera un árbol todo esto cambiaría. Supongamos que lo que fue originalmente plantado era un limonero, pero que después fue podado y se le injertó el tronco de un naranjo (es decir, fue *construido* por injerto). Ahora dará naranjas y podrá llamarse naranjo. Pero nadie diría que es hoy el mismo organismo que el limonero originalmente plantado. El desarrollo continúa el ser, la construcción lo divide.

La estructura de la palabra “desarrollar” indica esta continuidad del ser. Algo que se desarrolla ha sido previamente enrollado. Su diseño estaba escondido, pero ahora se ve porque está

(4) El desarrollo desde sí mismo, o a sí mismo, es nuestro tema. Se puede utilizar la palabra “desarrollo” también de una manera distinta (por ejemplo, en las frases “desarrollar un país”, o “desarrollar un tema”) que mezcla las concepciones de construcción y desarrollo que figuran en este ensayo. En el caso Artavia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos parece haber usado la palabra “desarrollo” pensando en la construcción del feto. Op. cit. Artavia.

(5) Sobre los “tipos naturales” (“natural kinds”) a los que tienen que conformarse nuestras ideas, véase Kripke, S., *Naming and Necessity*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1980.

desenrollado. Otras lenguas utilizan metáforas semejantes, indicando la revelación de algo ya presente. En inglés, se habla de “*develop*”, que parece lo contrario de “*envelop*” (envolver). En el medio de “*develop*” hay un velo que se saca para *revelar* lo que estaba antes ocultado. La traducción aceptada de “desarrollar” en alemán es “*entwickeln*”, que literalmente vendría a “desenvolver”. En el desarrollo, lo que estaba de alguna manera ya presente pero ocultado, se despliega, se desvela, se desenvuelve, se descubre; en fin, se manifiesta a sí mismo.

El Tribunal Constitucional alemán ha afirmado repetidamente (6) esta manera de entender la gestación. En una sentencia sobre el aborto en 1975, insistió en la protección de “la vida desarrollándose a sí misma” (*sich entwickelnden Lebens*, en alemán) (7). En 1993 escribió que, cuando hablamos del no nacido, tratamos de [...] una vida individual, en el proceso de crecer y desplegarse (*Sich-Entfaltens*) que no se convierte en ser humano, sino que se desarrolla como ser humano. [...] Se trata [...] de las necesarias etapas del desarrollo (*Entwicklung*) de una existencia humana individual. [Y] donde la vida humana existe, a ella le pertenece la dignidad humana. [...] Esta dignidad del ser humano yace también para la vida no nacida en su existencia para sí misma. Respetarla y protegerla requiere que el orden jurídico garantice las condiciones lega-

(6) Véanse Sentencia de 25 February 1975, 39 BVerfGE 1 (Erster Senat) (F.R.G.) y Sentencia de 28 mayo 1993, 88 Entscheidungen des Bundes verfas sungserichts [BVerfGE] 203 (Zweiter Senat), 1993 Europäische Grundrechte Zeitschrift [Eu-GRZ] 229. Traducciones del autor. Para un análisis y comparación de la de 1975 con la sentencia principal del Tribunal Constitucional es pañol sobre el aborto, véase Stith, R., “Nueva teoría constitucional y penal sobre el aborto en el derecho español”, *Revista de Derecho Público*, segunda época, año 15, volumen II, número 115 (1989) 345-393.

(7) 39 BVerfGE 1, 37 (1975)

les para su desarrollo, en el sentido de un derecho a la vida propio (*eigenen*) (8).

Con esta palabra “propio”, el Tribunal indicaría que el embrión ya es persona jurídica, que tiene un derecho subjetivo a la vida. Aclara que este derecho a la vida es “elemental” e “inalienable” (9) durante todas las etapas del embarazo (10). Agrega que estas conclusiones son válidas independientemente de cualquier creencia religiosa, sobre la cual no se puede hacer ningún juicio jurídico (11).

(8) 88 BVerfGE 203, 251-252 (1993).

(9) *Id.* 252.

(10) *Id.* 254. El argumento del tribunal parecería abarcar toda la vida, desde el momento de la concepción. Sin embargo, las leyes impugnadas trataban solamente de la vida después de la implantación del embrión, punto en el cual se puede decir que empieza el estado de embarazo del cuerpo materno. Hay que aclarar también que el tribunal en 1993 permitió la despenalización del aborto para facilitar la consejería obligatoria (que tiene que ser siempre pro vida) y la ayuda positiva a la mujer embarazada, siempre que el aborto fuere entendido como delito (y no como acto jurídicamente justificado) y que el Estado tuviere el deber de proteger eficazmente (*id.*) el derecho a la vida del no nacido, recorriendo a la penalización si fuera necesario. Parte de la presunción de que las mujeres que abortan (en su gran mayoría) no querrían hacerlo si estuvieran plenamente informadas sobre la dignidad del feto y empoderadas frente a las presiones que las rodean. Véase para más detalles Stith, R. “On Death and Dworkin: A Critique of his Theory of Inviolability”, *Maryland Law Review* 56 (1997) 289, 291-296, 367-368, 376-382. Traducido al castellano, pero no revisado por el autor, en “Sobre la muerte y Dworkin” publicada electrónicamente por *Cuadernos de Bioética*, Grupo de Investigación Bioética, gibioetica@edunet.es

(11) *Id.* 252. De hecho la sentencia fue firmada por jueces protestantes y católicos, de izquierdas y de derechas. Donald Kom-

Además, según el Tribunal alemán, si queremos proteger al recién nacido, tenemos que rechazar el construccionismo y amparar toda la “vida que se desarrolla a sí misma”. Eso porque tratamos de “un proceso continuo que [...] no termina ni siquiera con el nacimiento; los fenómenos de la conciencia que son específicos de la personalidad humana, por ejemplo, no aparecen por primera vez hasta bastante tiempo después del nacimiento” (12). Si no existiera el derecho a la vida hasta que la persona humana estuviera “construida” en su esencia (con los fenómenos de la conciencia), este derecho tampoco le pertenecería al recién nacido.

Escogiendo el modelo correcto

¿Cuál de los dos modelos de la gestación se ajusta más a la verdad? El modelo de construcción empieza con una gran ventaja histórica. Ha sido el modelo dominante, aunque no el único, en la Antigüedad y en la Edad Media, para entender las primeras etapas del embarazo (13). Así por ejemplo, aunque rechazaba el aborto,

mers, “The Constitutional Law of Abortion in Germany”, *Journal of Contemporary Health Law & Policy* 10 (1994) 1, 28.

(12) “El proceso de desarrollo [...] es un proceso continuo que no muestra ninguna demarcación pronunciada y que no permite ninguna división precisa de las distintas etapas de desarrollo de la vida humana. El proceso no termina ni siquiera con el nacimiento; los fenómenos de la conciencia que son específicos de la personalidad humana, por ejemplo, no aparecen por primera vez hasta bastante tiempo después del nacimiento. Por lo tanto, la protección [...] de la Ley Fundamental no puede limitarse ni al ser humano “terminado” con del nacimiento ni al niño a punto de nacer que es capaz de vivir independientemente [...] [ni] puede efectuarse aquí ninguna distinción entre las diversas fases antes del nacimiento de esta vida que se desarrolla a sí misma”.

(39) BVerfGE 1, 37 (1975).

(13) Un estudio excelente de las (a menudo construccionistas) ideas de la gestación humana a través de la historia es Jones, D.A., *The Soul of the Embryo*, Continuum, New York, 2004.

Santo Tomás de Aquino, basándose en la obra de Aristóteles, enseñaba que, a través del semen varonil, el alma paterna fabricaba el embrión de la inanimada y pasiva sangre materna, hasta que (en medio del embarazo) tuviera figura apta para recibir un alma humana propia (14). Esta infusión del alma racional era el último acto de construcción, ya que después de tener alma propia, el feto entraba en el auto-desarrollo que caracteriza todo ser viviente, según Santo Tomás.

Sin embargo, esta ventaja histórica que tiene el modelo de construcción no significa mucho en el mundo moderno. Hay muy pocos que confían todavía en el conocimiento biológico de Aristóteles o de Santo Tomás, porque ya desde 1827 (con la nueva evidencia de la existencia del proceso de fertilización o fecundación del óvulo (15)) la ciencia nos ha enseñado que la vida de un animal comienza en el momento de su concepción. Según la biología moderna, el único momento de construcción es la unión de los gametos en una nueva célula (o del núcleo celular con el óvulo vaciado en el caso de la clonación). Después, esta nueva célula se desarrolla activamente por sí misma. No hay nadie, ni el padre ni la madre, que esté construyendo el embrión, imponiéndole su forma esencial y particular desde afuera (16).

(14) *Summa Theológica*, Ia, Q.118, Art. 1 ad 3-4, Art. 2, ad 2.

(15) Karl Ernst von Baer, *Epistola de Ovo Mammalium et Hominis Genesi* (Leipzig, 1827).

(16) Maureen Condic, Profesora de neurobióloga y anatomía de University of Utah School of Medicine, ha publicado un ensayo que explica los detalles biológicos de este contraste. La sección titulada *Does a human being control its own development or is it manufactured?* llama atención al grave error de entender el desarrollo como un proceso de fabricación. Condic, M.L. (2008). "When does human life begin? A scientific perspective" Westchester Institute White Paper. 1(1): 1-

Si ha sido superado el modelo de construcción, ¿por qué hay personas como Kinsley que todavía niegan la identidad del ser que se desarrolla a sí mismo desde la concepción hasta la madurez?

Hay una respuesta común y sencilla: la acusación de mala fe. Se alega que los señores como Kinsley simplemente mienten. Mienten para poder afirmar al mismo tiempo la igual dignidad de los seres humanos y el derecho a destruir embriones y fetos humanos. Si se reconoce una continuidad del ser humano desde la etapa embrionaria hasta la etapa adulta, como enseña el modelo de desarrollo, es mucho más difícil sostener ambas posturas simultáneamente.

Sin embargo, esta acusación común es *demasiado* sencilla porque no reconoce lo atractivo que sigue teniendo el modelo de construcción para muchos de nosotros, a nivel intuitivo. Según algunos estudios psicológicos, los niños pasan naturalmente por una etapa en que creen que los bebés se fabrican en el seno materno (17). Puede influir también la urbanización. La gente de la ciudad sabe mucho de coches y poco de huertas. Michael Kinsley no argumentaría que el embrión humano es "más primitivo que un gusano" si esto no tuviera cierta resonancia aún con personas educadas. Y con un servidor también. El argumento de Kinsley es absurdo y sensato al mismo tiempo. ¿Cómo puede ser eso?

Entra aquí un problema de fondo. Aunque sepamos que el modelo de construcción no es científicamente correcto, aunque

(17) Los niños en la etapa cognitiva que los autores llaman "artificialismo" son "manufacturadores" porque piensan que alguien fabrica el bebé, poniéndole ojos, cabeza, cabello: "You just make the baby first. You put some eyes on it. You put the head on, and hair ..." Bernstein, A.C. y Cowan, P.A., "Children's Conceptions of Birth and Sexuality", *Children's Conceptions of Health Illness, and Bodily Functions*, Jossey-Bass, San Francisco (1981), 14. Véase también Goldman, R. J. y Goldman, J.D.G. "How Children Perceive the Origin of Babies and the Roles of Mothers and Fathers in Procreation: A Cross-National Study", *Child Development* 53 (1982), 491-504.

utilicemos incluso la palabra “desarrollo”, un embrión en una foto puede no *parecernos* un ser humano. Aun no tiene ni manos ni ninguna de las partes que asociamos con el cuerpo humano. Y es muy fácil no tener en cuenta su desarrollo futuro, porque de éste todavía no se ve nada.

Dicho de otra manera, es muy difícil imaginar la *transformación* o *metamorfosis* biológica. Es decir, es difícil reconocer la continuidad de la identidad a través de un cambio futuro aparentemente *sustancial*. Es difícil ver una oruga como una mariposa en desarrollo, por ejemplo.

Hay una dificultad aún más grande. Más allá de los problemas que podemos tener en imaginar la metamorfosis, es casi imposible imaginar una oruga como una mariposa *particular* o *individual* en su proceso de desarrollo. Pero así es como tenemos que imaginar a los embriones humanos para entender plenamente su trayectoria. Habitualmente pensamos en otras criaturas de manera genérica, simplemente como un tipo de insecto, por ejemplo, pero pensamos en los seres humanos como personas, es decir, como individuos específicos, con características particulares y concretas. El hecho científico de que “Este embrión llegará a ser un humano adulto” es demasiado abstracto; apunta solamente al futuro genérico del embrión. Pero esto no basta para nuestra imaginación. Todos nosotros hemos visto muchas mariposas genéricas, pero ninguno de nosotros ha visto nunca un ser humano adulto genérico (es decir, no individualizado).

Sin embargo, hay modos de superar estos límites y aumentar la capacidad imaginativa de nuestro entendimiento. Hay modos de captar algunas capacidades personales de un embrión humano, para entonces concebirlo como compañero nuestro.

El filósofo africano Kwame Anthony Appiah dio un gran paso adelante cuando escribió que quienes debaten sobre el aborto deben tener en cuenta que “esos fetos muertos podrían haber si-

do... amigos de sus hijos" (18). La capacidad de ser amigo es un rasgo genérico de los seres humanos, pero, al mismo tiempo, un rasgo que personaliza, ya que todo amigo es un individuo único. Decir que cada embrión tiene capacidad de llegar a ser amigo permite imaginarlo como compañero en este mundo, aunque todavía no se sabe ninguna de sus características particulares.

Si pudiéramos analizar la estructura genética de un embrión y concluir: "Este embrión tiene capacidad de ser un amigo con ojos negros y considerable talento artístico", la continuidad de la identidad humana podría convertirse en algo todavía más intuitivo, y más aún si una computadora pudiera extraer su imagen de su ADN y mostrarnos su rostro como un bebé recién nacido, un niño pequeño, un adolescente o un adulto.

La posibilidad técnica de dichas imágenes parece estar ya a la puerta. Un reportaje titulado "Construyendo un rostro... con ADN" ("*Building a Face and a Case on DNA*") era el titular en la sección de ciencia del *New York Times* en el año 2015 (19). Los investigadores forenses habían utilizado un "fenotipo extraído del ADN" para desarrollar perfiles visuales de los sospechosos, después de un delito donde se había encontrado restos con ADN.

Si el ADN de un adulto puede lograr la obtención del boceto del rostro de un criminal, seguro que el ADN de un embrión obtenido de un modo no perjudicial; por ejemplo, de la sangre materna podría usarse del mismo modo para hacer un boceto del futuro

(18) Appiah, Kwame Anthony, *Cosmopolitanism: Ethics in a World of Strangers*, Nueva York, W. W. Norton & Co (2006), 82.

(19) 24 de febrero de 2015. Como señala el *New York Times*, este uso del ADN para dibujar rostros tiene sentido porque sabemos todos que los gemelos idénticos son muy similares de cara. Hay ejemplos en el periódico de rostros generados por computadora cuyo parecido con los rostros actuales es impactante, aunque todavía no perfecto. Los investigadores Mark Shriver y Peter Claes siguen aumentando la precisión añadiendo aún más variables genéticas.

rostro de un niño no nacido, porque el contenido del ADN de nuestras células casi no cambia a lo largo de nuestras vidas.

El filósofo Emmanuel Levinás ha sugerido que es precisamente el rostro del *otro* lo que nos obliga (20), y los estudios neurológicos del comportamiento de los niños pequeños apoyan estas observaciones. Las imágenes ultrasónicas de los rostros de fetos (con ojos todavía cerrados) ya han tenido como consecuencia un mayor respeto hacia la vida prenatal, pero mucho más grande podría ser el efecto de ver un rostro con los ojos abiertos. Podemos estar a punto de otro gran avance tecnológico, como el de los ultrasonidos, que nos ayuda a superar la barrera imaginativa que nos impide reconocer a la humanidad de nuestros prójimos en sus primeras etapas de desarrollo.

Mientras tanto, hay otra manera muy eficaz de superar esta barrera imaginativa, una manera que ya está a nuestro alcance. Cuando nos miramos a nosotros mismos, no precisamos ningún esfuerzo imaginativo para reconocernos como personas particulares. Y al mismo tiempo sabemos por la ciencia que todos fuimos antes embriones.

Dicho de otra manera, aunque podemos tener considerable dificultad en reconocer la identidad *futura* de un ser, después de una *transformación*, tenemos poca o ninguna dificultad en reconocer su identidad cuando miramos a su *pasado*. Podríamos dudar de que un nuevo brote, o incluso una parra que todavía no da fruto, fuera realmente una tomatera. Pero desde el momento en que tiene tomates, sabemos que ha sido siempre una tomatera. Podemos dudar de que los embriones sean personas, pero si miramos hacia nuestro pasado o el de nuestros vecinos, nos damos cuenta de que tanto ellos como nosotros una vez fuimos embriones. En un primer momento un embrión en una fotografía puede no parecer más que una minúscula pelotita, pero si la foto del embrión hubiera sido

(20) Levinas, Emmanuel, *Totality and Infinity: An Essay on Exteriority*, Alphonso Lingis (trad.), Pittsburgh, Duquesne University Press, 1969.

tomada hace veinte años, justo después de que nuestra amiga Carolina fuera concebida *in vitro*, podríamos decirle a Carolina con clara razón: “Mira, Carolina, ¡eres tú!”.

El filósofo Jeffrey Reiman, un fuerte defensor del aborto, lamenta esta clara identificación que hacemos con el embrión, señalando con tristeza que “tendemos a entender la identidad personal retrocediendo hasta el feto, y la identidad personal tiene connotaciones de identidad moral más allá de la mera identidad física [...]. Como es muy natural para nosotros pensar de ese modo, esa ‘atribución retroactiva de la personalidad’ es la fuente de confusión más grande en el debate sobre el aborto” (21).

Es decir, para quienes se oponen al aborto, esa “atribución retroactiva de la personalidad” es la fuente más grande no de confusión sino *de apoyo* en su afirmación de la personalidad del no nacido.

Aquellos que quieren proteger a los embriones humanos han sabido utilizar este punto de vista retrospectivo. Hace algunos años la Conferencia de los Obispos Católicos de Estados Unidos difundió un anuncio con la foto de un bebé recién nacido, y con estas palabras: “Hace 270 días Josué era sólo un embrión”. El texto continuaba enfatizando que “las células madre embrionarias [...] tienen un alto precio: se obtienen destruyendo un embrión humano con vida. Un embrión como Josué hace 270 días”. En 2010, un grupo de irlandeses pro-vida colgó carteles con fotos de muchas etapas de la vida, desde la embrionaria hasta la anciana, y estas palabras: “TÚ. YO. TODO EL MUNDO. TODOS NOSOTROS NO SOMOS MÁS QUE EMBRIONES YA CRECIDOS (‘GROWN-UP’)” (22).

Otro ejemplo: Tienen gran impacto los testimonios de personas nacidas después de la violación de sus madres. Favorecer el

(21) Reiman, Jeffrey, *Abortion and the Ways We Value Human Life*, Lanham, Rowman & Littlefield (1999), 92.

(22) Ya en mayúsculas en el original.

aborto después de la violación equivale a decir, a quienes fueron concebidos en una violación, que alguien debía haber puesto fin a su vida. Vemos otra vez que es difícil querer la destrucción de alguien cuyo rostro esté delante de nosotros.

El argumento retrospectivo puede ser útil en la jurisprudencia jurídica. Es fundamentalmente cognitivo, no emocional. Es un intento de captar mentalmente el desarrollo humano tal y como es conocido por la ciencia moderna, en un intento de superar la dificultad en imaginar que un organismo realmente pequeño, y sin forma humana visible, tiene la capacidad de manifestarse como persona humana. Este argumento retrospectivo no sólo es compatible con el conocimiento científico moderno, sino que depende de éste. Sólo a causa de este conocimiento podemos señalar una vieja foto y decir: "Esa eras tú, Carolina, recién concebida". Alguien que todavía pensara como Aristóteles que Carolina comenzó a existir a mitad del embarazo, cuando un alma racional entró en un feto infrahumano previamente construido, no podría apuntar al embrión y decir: "Esa eras tú".

Addendum

Cabe señalar algo más: Un ser vivo no sólo se desarrolla. Durante y después de su desarrollo, tiende a mantenerse. Su forma no es la de una colección de piezas unidas desde fuera, como la de cualquier cosa construida, sino algo cuya unidad e identidad se mantienen internamente. La forma de algo meramente construido no es activa en sí, no tiene poder recuperador. Si alguien le hace un rasguño, no puede repararse. Pero no ocurre así con la vida. Un ser viviente resiste activamente a su descomposición, un coche no.

Este contraste es clave para entender los debates sobre la *terminación* de la vida madura, sobre la *eutanasia*. El modelo de desarrollo insiste en que la naturaleza humana (y así la dignidad humana) no se pierde antes de la muerte, porque la persona anciana menos capacitada retiene este diseño unificador hasta el momento en que muere, aunque su manifestación pueda ser frustrada por enfermedad. El modelo de construcción, en cambio, puede

conducir a un modelo de *de-construcción*, en el cual el ser humano pierde poco a poco sus capacidades, hasta llegar, ya antes de la muerte, a carecer de lo esencial para que se le considere persona.

Referencias bibliográficas

Appiah, Kwame Anthony, *Cosmopolitanism: Ethics in a World of Strangers*, Nueva York, W. W. Norton & Co, 2006.

Kinsley, Michael, "False Dilemma on Stem Cells", *Washington Post*, 7 de julio de 2006. <http://www.washingtonpost.com/wpdyn/content/article/2006/07/06/AR2006070601554>.

Levinas, Emmanuel, *Totality and Infinity: An Essay on Exteriority*, Alphonso Lingis (trad.), Pittsburgh, Duquesne University Press, 1969.

Condic, Maureen L. "¿When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective", *Westchester Institute White Paper Series*, Volume 1, Number 1, 2008.

Reiman, Jeffrey, *Abortion and the Ways We Value Human Life*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1999.

Stith, R., "Nueva teoría constitucional y penal sobre el aborto en el derecho español", *Revista de Derecho Público*, segunda época, año 15, vol. II, núm. 115, 345-393, 1989.

Stith, R. "On Death and Dworkin: A Critique of His Theory of Inviolability", *Maryland Law Review* 56, 289-383, 1997.

Stith, Richard, "Construcción vs. Desarrollo: la raíz de nuestros malentendidos sobre el principio de la vida", *Cuadernos de Bioética* XIX/3^a, 512-523, 2008.

Stith, Richard, "Construction vs. Development: Polarizing Models of Human Gestation", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 24/4, 345-384, 2014.



CRITERIOS PARA EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN *

P. Rubén Revello **

a. Un poco de historia

La condición social propia del ser humano, impone a éste una serie de conductas, tales como la intangibilidad de la vida de los miembros del grupo (ésta característica es propia de todo animal gregario). En el caso particular del hombre se suman a esa conducta, la veracidad en la relación (ya que la confianza refuerza el vínculo entre los integrantes del grupo) y el respeto por los derechos y propiedades de sus miembros (que disminuye la conflictividad social) (1).

* Trabajo presentado en el ciclo de conferencias sobre "Protección de la persona humana, Persona por Nacer". Palacio de Justicia, 19-20 de octubre de 2016.

** Director del Instituto de Bioética, Pontificia Universidad Católica Argentina, Docente de posgrado Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

(1) Es de notar que, desde los primeros códigos legislativos de la antigüedad, hasta los códigos científicos y criterios de publicación de artículos internacionales se sigue sustentando los mismos principios éticos (respeto por la vida humana-respeto por la verdad-respeto por la propiedad privada) aun cuando cambiemos

1) Si la necesidad de formar parte de un grupo es clave para la existencia y necesitamos de un largo proceso de “socialización y aprendizaje” para ser autónomos, entonces, la convivencia social es fundamental para lograr la plenitud personal. Esa necesidad, requiere de ciertas pautas que la regulen de modo que, el ser humano supere la “ley del más fuerte”, propia del resto de los animales. Precisamente para ello, la evolución ha dotado al hombre de la corteza cerebral, último aporte evolutivo, que inhibe las conductas meramente instintivas y de ese modo favorece la racionalidad y la mutua convivencia. Este paso evolutivo nos identifica y permite generar un cierto orden, de modo que podamos compartir un mismo espacio de manera pacífica con relaciones objetivamente pautadas (2). La primera de esas pautas es garantizar la existencia de los miembros del grupo. LA VIDA HUMANA DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO ES UN BIEN INTANGIBLE, PORQUE SU RESPETO REDUNDA EN LA PAZ SOCIAL Y EL ÉXITO DEL GRUPO.

el nombre: “derecho a la existencia y principio de no maleficencia” - “principio de veracidad” - “evitar el plagio”.

(2) Nota bene: es de destacar que el origen de la palabra *Justicia*, hace referencia a la raíz indoeuropea *Ius*, de donde surge el nombre de *Júpiter*, que significa Divino, Cósmico y por lo tanto *ordenado*. La idea hace referencia a que el derecho eleva al hombre a la categoría de lo divino. Así el origen de las leyes está por encima de lo terrenal, como un regalo de los dioses para facilitar la vida social. Esa idea está presente en varios códigos antiguos: el de Ur-Nammu, rey de Ur (ca. 2050 a. C.), el Código de Ešnunna (ca. 1930 a. C.) y el Código de Lipit-Ishtar de Isín (ca. 1870 a. C.) y el Código de Hammurabi, donde aparece en una estela de piedra, el rey Hammurabi recibiendo dicho código de parte del dios Marduk. Otro tanto aparece en la tradición judía con Moisés y las tablas de la Ley. La idea que subyace es que, por las leyes, la vida humana se eleva de la animalidad, a un plano superior de existencia, que lo asemeja a los dioses.

Los alemanes al referirse al término "*respeto*", lo llaman EHRFÜRCHT, que misteriosamente reúne dos expresiones precedentes EHERE (honra) y FÜRCHT (temor). Cuando uno se adentra en la traducción, descubre que se trata de interpretar el **RESPECTO**, como *EL TEMOR DE HERIR LA HONRA DEL OTRO*. El temor mayor, el modo de mayor deshonra es no respetar su existencia, porque la existencia es el primer derecho humano.

Es verdad que la historia abunda en ejemplos que contradicen estos cuidados (vgr. Roca Tarpeya y el Monte Taigeto, desde donde se arrojaban personas, pero debemos considerar que éstas se habían excluido del grupo ya que eran generalmente, traidores y delincuentes, es decir era una forma de defensa social y de eliminación del culpable a quien no se lo consideraba mas parte de esa sociedad). En el caso de los niños deformes o débiles (eugenesia) practicada por Esparta, hay que destacar que siempre fue condenada por las culturas más desarrolladas como Atenas. Precisamente allí es donde el gran médico Hipócrates, agregó en su legendario juramento, explícitamente, toda forma de rechazo al aborto, "*No introduciré a ninguna mujer una prótesis en la vagina para impedir la concepción o el desarrollo del niño*" (3) o "*tener absoluto respeto por la vida humana desde el instante de la concepción*" (4).

Así establecido éste principio y aun reconociendo la existencia del aborto, éste nunca fue considerado una práctica médica, por el contrario, se rechazaba todo uso del mismo. De ese modo se generó un principio médico muy antiguo: el médico que está frente a una embarazada, no tiene un paciente, sino dos a quienes cuidar.

2. Esta idea de distinguir entre la vida de la madre y la vida del niño, tiene su propia versión en la tradición jurídica de posponer la ejecución de mujeres embarazadas.

(3) *Corpus Hippocraticum*, Libros Éticos, siglo IV a. C.

(4) Juramento Hipocrático. (Fórmula de la Convención de Ginebra, 1948).

Ésta costumbre llega, en algunos casos, a suspender la condena capital. Este tipo de práctica, se plasma en textos tan antiguos como Ulpiano (170-228 de nuestra era) o el Digesto de Juliano. Por otro lado no se trata de una praxis que ocurrió en un tiempo o en una cultura determinada y aislada; por el contrario abundan los textos jurídicos a lo largo de las diversas tradiciones internacionales (5) contemporáneas. En la Unión Europea, por ejemplo, las directrices sobre la ejecución lo señalan explícitamente (6). Otros textos no solo posponen, sino que llegan a anular la ejecución de la madre (7).

Cabe entonces hacerse la siguiente pregunta: ¿Por qué, si la madre gestante merece una penalidad tan grave –como es la condena a muerte–, en caso de embarazo, este castigo se pospone o anula? La respuesta es simple: porque la *PRUDENCIA JURIS* tiene en claro que *en esa mujer se gesta una vida distinta de ella, sobre la cual no es justo una condena* y que por lo tanto merece no solo respeto, sino protección de parte de la sociedad toda, aun a

(5) R. Hood, *The death penalty. A world-wide Perspective*, Oxford 1989, 62 y ss. Donde se expone ésta costumbre en el derecho comparado de varios países.

(6) Directrices de la UE sobre la aplicación de la Pena de Muerte señala en su recomendación III: “no podrá imponerse la pena capital a las personas que no hayan cumplido los 18 años en el momento de la comisión del delito, *ni a las mujeres embarazadas o con hijos pequeños*”.

(7) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, en su Art. 6.5 establece: *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*.

[Consulta en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> [4.02.2013].

expensas de mitigar el castigo previsto por la ley para su madre. ÉSTA PRÁCTICA RECONOCE, (COMO YA SEÑALAMOS EN LA MEDICINA), QUE ESTAMOS ANTE DOS PERSONAS DISTINTAS, A SABER: LA MADRE (CULPABLE) Y NASCITURO (INOCENTE), dado a que la vida inocente requiere de la existencia de la madre para completar su desarrollo intrauterino, la ley y la sociedad le deben asegurar las condiciones necesarias para llegar a término. Así, entre ejecutar el castigo de la madre y quitar la vida a un inocente, evitar la muerte del niño, tiene prioridad.

b. Las razones antropológicas y filosóficas

Temas de tanta trascendencia como el que nos reúne, requieren de un estudio profundo que vaya en búsqueda de las razones primeras y anticipe las últimas consecuencias de las cuestiones en juego. De esto, precisamente, trata la filosofía (8). La definición de la Real Academia de la Lengua Española sintetiza así ésta actividad, que reúne en sí misma lo propiamente humano: *racionalidad, percepción de la realidad y sentido del obrar (ética)*. El recurso a la filosofía, entonces, nos sitúa en el centro mismo del problema: la dignidad de la vida humana, su reconocimiento y su defensa.

¿Qué es la dignidad humana? ¿En qué consiste? ¿Quién la asigna? ¿Cuáles son las condiciones para ser considerado digno? ¿Desde cuándo y hasta cuándo se debe respeto? ¿Existen excepciones?

Estas preguntas atraviesan diversas ciencias como el derecho, la medicina, la política, la moral, la antropología, pero existe una ciencia, relativamente reciente, que las reúne transdisciplinariamente: la Bioética. Éste saber ordenado surge como respuesta a la tecnificación de las artes médicas y la complejidad de factores que intervienen al tomar decisiones en el ámbito médico (el dere-

(8) RAE: Filosofía “conjunto de saberes que busca establecer, de manera racional, los principios más generales que organizan y orientan el conocimiento de la realidad, así como el sentido del obrar humano”.

cho, la psicología, las políticas públicas, las diversas corrientes filosóficas, etc.).

La bioética pretende determinar la valoración ética de ciertas decisiones en el campo de la salud, de allí que para hacer bioética se requiera de una determinada ética, es decir, un sistema que juzgue los actos humanos como correctos o incorrectos. Para ello es fundamental el concepto de ser humano del cual partimos, su antropología. Así del concepto de hombre del cual partimos, todo lo que se aleje de eses concepto será éticamente incorrecto y lo que lo perfeccione será correcto. Por ejemplo, en una concepción materialista de tipo histórica, como el Marxismo, el ser humano es mera materialidad y el sentido de la existencia es lograr la utopía social. En ese contexto la libertad individual, la autonomía, la propiedad privada, son valores relativos respecto del bien común o el proyecto social. Por el contrario, en un idealismo radical, todo lo que sea corporal, histórico, coyuntural será postergado al momento de considerar que es lo correcto o incorrecto. La voluntad individual asumirá el comando de la realidad y decidirá autónomamente, convalidando sus actos, solo por haber optado por ellos, cómo una especie de Rey Midas de la ética, solo que aquí, en lugar de convertir en oro todo lo que toca, lo transforma en ético por el solo hecho de optar por dicha acción.

Como ya afirmamos, la valoración ética de los actos humanos, depende de la antropología de base, y ésta a su vez, del sistema filosófico en el cual se funda. Sin embargo, todo sistema ético se puede sintetizar en dos grupos a partir de la ley de Hume: no cognitivistas y cognitivistas.

1) Los **no cognitivistas** afirman que es imposible conocer racionalmente un parámetro objetivo que nos muestre el bien y el mal de los actos humanos. Fundamentalmente niegan la naturaleza humana, de modo que lo único que garantiza la convivencia social es el Pacto o Contrato Social o Ética del Consenso (9). La

(9) Hobbes, Thomas, *"Leviatán"*, Edición de Sergio Sevilla, Universidad de Valencia, 1990.

crítica: no existen verdaderos principios (que por definición deben ser *permanentes*); el bien/mal no son realidades en sí mismas, dependen de la aceptación/rechazo de la mayoría; resulta un sistema débil al momento de defender los DDHH fundamentales y el carácter imprescriptible de los crímenes de lesa humanidad, (basta que la mayoría cambie de opinión). Es propio del Derecho Consuetudinario y de la Common Law de tradición anglo-sajona.

2) Los **cognitivistas** afirman que es posible conocer racionalmente criterios básicos que guíen el obrar ético. Estos principios, que son antropológicos y no religiosos (10), se encuentran en la misma condición humana, racional-volitiva-social. Surgen de lo propiamente humano, su naturaleza gregaria, que le impone, para garantizar la convivencia, ciertos elementos básicos: la intangibilidad de la vida de los iguales (siendo el grupo garante de su integridad y defensa), la fidelidad a la verdad (como elemento aglutinante del grupo social) y el respeto por aquello que le pertenece a cada integrante (como garantía de la paz social), entre otras cuestiones. Es de notar que estas características acompañan al ser humano, desde sus inicios, hasta los grupos de científicos de última generación (los comités de ética en investigación que defienden la **integridad del paciente**; la condena explícita y dura al **plagio**, como robo, y a la **falsedad** de los resultados, como mentira, van en ese sentido).

(10) Nota bene: si bien muchas corrientes religiosas recogen y explicitan estos principios en sus tradiciones (Torá judía, los Evangelios cristianos, el Corán islámico), estas solo son apropiaciones de los principios, siendo éstos anteriores a las mismas religiones (ya he citado códigos legislativos precedentes a todas ellas, donde aparecen los mismos principios). Aún más, en pueblos que no han tenido contacto entre sí por cuestiones geográficas o históricas, emergen los mismos principios antropológicos. Un ejemplo es la cultura precolombina inca, que propone *ama sua* (no seas ladrón), *ama llulla* (no seas mentiroso), *ama wiñuchiy* (no seas asesino).

Es propio del Derecho Romano o Derecho Europeo Continental o Iusnaturalismo y por lo tanto está en consonancia con la tradición Latinoamericana.

La definición de “ser humano” ocupa a la filosofía desde sus inicios. Muchos trataron de definirlo, quizás de las primeras definiciones conocidas se halle la de Platón para quien el ser humano se resumía como “bípedo implume” (11). Por supuesto que tal definición, meramente materialista y descriptiva, rápidamente mostró su fragilidad y fue descartada (12). El error de Platón fue tratar de definir por la forma empírica y, como todos sabemos, el fenómeno humano no puede reducirse a la mera materialidad. Aún un marxista como Morin termina introduciendo un concepto superador del materialismo más cerrado:

“De ahí la necesidad de elaborar un **metasistema de comprensión** en el que el sistema de observación/ percepción/ concepción debe ser a su vez observado, percibido, concebido en la

(11) Matijasevic, E., A The dependent featherless biped, Bogotá, Acta Medica Colombia Vol. 39 N° 2 ~ 2014 “Obviamente Platón no afirmó semejante exabrupto, pero en uno de sus diálogos socráticos, El Político, tratando de definir al Πολιτικός (politikos: político), es decir a quien debe gobernar de manera justa y recta la πολις (polis: ciudad-estado), encuentra que éste se diferencia de manera tajante del sofista y se identifica plenamente con el filósofo; pero en el proceso dialéctico de llegar a esa diferenciación y a esa identificación, el argumento pasa por la idea de que un buen gobernante debe ser algo así como un buen criador de animales, una especie de pastor de hombres, pastor del rebaño humano (...), de donde la idea de que el hombre es un bípedo implume, aunque en realidad habría que decir con Platón que el hombre es un animal doméstico, terrestre, pedestre, sin cuernos, que no admite cruces, bípedo y sin plumas”.

(12) Platón. Político. En: Diálogos V: Parménides, Teeteto, Sofista, Político. 264a-267b. Santacruz, María Isabel (traductora). Madrid: Editorial Gredos; 1988: pp. 514-522.

observación/percepción/concepción del sistema observado. De ahí consecuencias en cadena que llevan a complejizar nuestro propio modo de percepción/concepción del mundo fenoménico. **De ahí la necesidad de proceder a una reforma paradigmática y epistemológica...**" (13).

Es muy interesante la conclusión que propone en su tesis sobre Morín, el Dr. Miguel Soto González de la Universidad de Valladolid, "*ni la riqueza enorme de la physis cabe en los cuadros sistémicos del espíritu humano, ni la riqueza y originalidad del espíritu pueden ser reducidos a los principios físicos o biológicos*" (14).

Afortunadamente, las definiciones sucesivas repararon esa falacia integrando a la evidente materialidad humana, un elemento emergente que lo acompaña: la racionalidad. De hecho, Aristóteles define el ser humano como *animal racional*. Con una nota no menor: la racionalidad acompaña su definición, es parte de su ser, AÚN CUANDO NO LA EJERZA CIRCUNSTANCIALMENTE, O DEFINITIVAMENTE, PORQUE ALGUNA PATOLOGÍA O ACIDENTE SE LO IMPIDA.

La condición racional del hombre, que lo distingue de los animales, sigue intacta, mientras haya vida humana porque es una condición del ser y no solo una actividad. El sujeto con coma profundo, sigue siendo de naturaleza racional, aun cuando no tenga registro ECG, porque sigue siendo humano. El embrión, aún antes de la formación del tubo neural (esbozo primero del sistema nervioso central) es racional. Tan racional como todos los que estamos participando de ésta jornada lo fuimos en esa etapa de nuestro desarrollo embrional. Es la **CONDICIÓN DE "SER HUMANO" LA QUE PERMITE ACCIONES CONGRUENTES, PUES ELLAS SE FUNDAN EN EL SER. POR EL CONTRARIO, UNA PATO-**

(13) Morin, Edgar, *Science avec conscience*, Paris, Fayard, 1982; Coll. Points, 1990 (nueva edición).

(14) Soto González, Mario, *Edgard Morín. Complejidad y sujeto humano*, Tesis de Doctorado en Filosofía, Universidad de Valladolid, España 1999, p. 49.

LOGÍA PODRÍA IMPEDIR EL EJERCICIO DE LA RAZÓN, PERO ELLO NO CAMBIARÍA NUESTRA CONDICIÓN DE SERES HUMANOS: SERÍAMOS SERES HUMANOS ENFERMOS, PERO NO POST-HUMANOS O YA NO MAS HUMANOS. No se pierde la ontología (la condición de SER) porque se pierda la capacidad de obrar.

Existe hoy toda una corriente de bioeticistas de raíz anglosajona, Singer-Engelhardt-Harris, que buscan desanclar el concepto de persona respecto del ser humano, restringiendo éste último a lo ontológico y la idea de *persona*, unida exclusivamente al ejercicio de la razón. Por supuesto que dicha distinción tiene una finalidad pragmática y utilitarista: que un grupo de personas decidan quienes lo son y pertenecen con plenos derechos a esa condición y quienes son excluidos, lo quieran o no, dejándolos expuestos a la manipulación y sin la cobertura infranqueable de los Derechos Humanos (15). En una tal argumentación, se dejan fuera del debate a los propios afectados, siendo otros quienes deciden si respetan o no su condición de persona, prescindiendo de la opinión de los excluidos.

LO QUE ESTÁ EN JUEGO, ES COSA SERIA, NO ESPECULACIONES DE TEÓRICOS, son nuestros hijos y nietos criopreservados, esperando en un eterno y gélido sueño, que alguien, sus padres o eventualmente un juez, recuerden sus rostros y honren el compromiso de haberlos convocado a la vida. Tienen los rasgos de nuestros mayores, que después de habernos cuidado y protegido, quedan ahora expuestos a la degradante condición de "incapaces" "dementes" o (más indigno aún) de "vegetales", para poder desentendernos de ellos afectiva y efectivamente... finalmente, tiene nuestro mismo rostro, el que descubrimos en el espejo cada maña-

(15) Cfr. Burgos Velazco, Juan Manuel, *Persona versus Ser Humano: un análisis del esquema argumentativo básico del debate*, Cuadernos de Bioética, vol. XIX, núm. 3, septiembre-diciembre, 2008, pp. 433-447 Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Murcia, España.

na, y que en un coma diabético o por un accidente vascular, puede dejarnos sin la capacidad que, según éstos “novedosos pensadores” nos define como personas.

Cuando vamos a la motivación profunda de éstas ideologías, la pregunta común que las engendra es siempre la misma: ¿Para qué innovar con esta distinción teórica –siendo que en la realidad se da conjuntamente– entre *ser humano* y *persona*?: Para poder manipular de un modo práctico la vida de otros seres humanos, sin que pese ni la conciencia ni las leyes que nos impiden tales tipos de acciones, por considerarlas ilegales. Y en esto que nadie pretenda distraer esta línea de pensamiento argumentando que son cuestiones religiosas. EMMANUEL KANT, EL MAS RACIONALISTA DE LOS RACIONALISTAS, cansado de las guerras religiosas que lo precedieron, elaboró una ética laicista basada sólo exclusivamente en la razón y desde esa postura filosófica recuerda a todos los hombres: “*Obra de tal modo que pongas a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio*” (16). Dicho en buen romance: todo utilitarismo que instrumente al ser humano, lo degrada. Ningún pragmatismo puede permitirse ignorar el primer derecho humano: la existencia.

Además, a quienes afirmen la condición de persona a partir de las capacidades de obrar tal o cual cosa, quedan en evidencia ante tres simples preguntas: 1) ¿Ud. **es inteligente** o **ejerce la inteligencia**? ¿Podría **ejercer** su inteligencia, si antes no **fuese un ser inteligente**? ¿En caso de pérdida temporal del ejercicio de su inteligencia, su ser se diluiría en la nada, para después volver a la existencia, con la recuperación de la razón?

El mismo informe Warnock -sobre investigación en embriología y fertilización humana de 1984 –citado frecuentemente para justificar una ventana de diferencia (15 días) entre la fecundación y

(16) Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Edición bilingüe de José Mardomingo. Ariel, Barcelona, 1996.

las consecuencias legales de su manipulación– al momento de justificar el porqué de esos quince días donde no lo considera persona solo dice “n° 45. *Deberá ser considerado un delito manejar como objeto de investigación cualquier embrión humano vivo derivado de la fertilización in vitro más allá de ese límite (es decir, catorce días desde la fertilización)*” (17). Sin dar otras razones que la necesidad de fijar un límite arbitrario, a fin de que los investigadores puedan llevar adelante sus estudios sin complicaciones legales ni morales.

Por otro lado, ¿quién otorgó a ese informe, jurisdicción sobre todos los embriones humanos? ¿De dónde le viene la legalidad de tal decisión?

“LA JUSTICIA ES IGUAL PARA TODOS” dice un gran letrado a modo de precepto laico, en cada tribunal italiano. Si empezamos a decidir quiénes son iguales y quienes son desiguales en los derechos, somos tan parciales como los griegos de Esparta que distinguían entre “iguales” (ciudadanos libres), esclavos e ilotas – estos últimos no merecían el menor respeto y se organizaban cacerías anuales (Kripteias) para mantenerlos dominados– (18).

El objetivo de la ley es proteger a todos, aún en aquellos casos en los que se susciten controversias, porque es mejor, ante la duda: proteger, que avasallar los derechos de un solo ser humano... y no hay ley más inhumana que la que desprotege a la vida frágil. Una tal, no merece respeto ni obediencia...

(17) Informe Warnock, REPORT OF THE COMMITTEE OF INQUIRY INTO HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY ISBN 0 10 193140 9. En [http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf].

(18) Jean Ducat, *Les Hilotes*, École française d'Athènes, bulletin de correspondance hellénique, suppl. XX, Atenas, 1990.

c. Las razones biológicas

Si adoptamos como criterio objetivo el ser (criterio ontológico) antes que la función, debemos estar atentos a lo que la biología nos señala, particularmente la embriología humana.

Para que un ser surja a la vida, debe haber una “novedad biológica funcional”. La mínima expresión de ella es la célula (19) que posee: 1) información biológica propia diversa de la madre y del padre; 2) una membrana citoplasmática que le otorgue individualidad y 3) un citoplasma activo que pueda transformar la información en estructuras funcionales. Según indicaba Jaques Monod (20), cada organismo vivo se fija una TELEONOMÍA propia, es decir evoluciona en un determinado sentido prefijado al momento de configurarse su carga genética. Una bellota de roble, tiene pre-fijado un programa genético, que irá expresándose, necesariamente, solo en el sentido de la información que posee y no en otro. Lo que no es al momento inicial, nunca lo será. En el caso del ser humano: si no lo es desde el inicio mismo de su existencia, desde el instante en que los gametos paternos que lo preceden se integran en una novedad biológica funcional, si no es humano en ese momento, jamás lo será.

¿Por qué afirmar que el ser humano comienza con la fusión de los gametos paternos, que llamamos fecundación? Simplemente porque allí irrumpe una novedad, que no es más, ni una célula paterna, ni materna; que tiene una nueva direccionalidad –la capacidad de un plan *continuo, autónomo y progresivo*– que es la mínima expresión material de esa vida humana, que recompone el número de pares de cromosomas propios de su especie, que presenta una identidad propia, única e irrepetible. Esa información del nuevo genoma, guía desde el estadio unicelular *toda posterior*

(19) En el caso del ser humano lo llamamos “blastómero” o “células totipotenciales”.

(20) Cfr. Monod, Jaques, *El azar y la necesidad*, Barcelona, 1971.

estructura y característica de la persona (altura, color, predisposición a enfermedades genéticas, etc.).

Todo esto prescindiendo del lugar donde ocurra la fecundación, dentro o fuera del vientre materno. El ser no se define por el lugar en el que se halla, es precisamente al revés: el lugar es el medio donde acontece el ser. De allí que resulte falaz, pretender que el ser humano debe ser considerado tal, solo después de la implantación. ¿Por qué el lugar donde se encuentre le va a otorgar más derechos o dignidad?

d. Respuesta a los sofismas más frecuentes

1. *“Se trata sólo de un grupo de células, no de un ser humano”*. Respuesta: esta afirmación no es verdad. Todos los estudios de biología humana, saben que desde el primer instante de la fecundación se establece una nueva realidad, que es un ser humano, el cual empieza a desarrollarse de manera autónoma, continua y gradual, de modo tal que, de no mediar ninguna interrupción externa o alguna grave patología, ese desarrollo continuará durante toda la vida. La diferencia entre ese estadio primero y nuestros días, serán sólo tiempo y alimentación. Afirmar que no es un ser humano, no es verdad desde el punto de vista biológico: si es un ser humano, en un determinado estadio evolutivo normal y esperable para su especie.

2. *“Antes del día 14 no se ha formado el “pliegue neural”, no hay ni pequeño un esbozo de SNC, por lo tanto, si no hay razón: no hay persona”*. Respuesta: como ya dije, el ser humano no es solo su Sistema Nervioso Central o el ejercicio de la razón. Este argumento es mucho menos válido cuando se atraviesa la etapa embrional, donde es parte del desarrollo esperable y normal de una persona, que sus estructuras se estén constituyendo. De hecho, todos nosotros –personas instruidas, que pertenecemos al ámbito académico– pasamos por esa etapa, pero nuestro desarrollo no se detuvo allí, sino que prosiguió autónomamente hasta éste momento. Es más, aún si una patología temprana impidiese la constitución de nuestro SNC, seríamos “personas enfermas” y por lo tanto,

merecedores de mayor cuidado y protección, por parte del resto de los humanos.

3. *“En un período inicial el macizo embrionario puede dar lugar a la formación de gemelos, de modo que no podemos hablar de individuo, cuando existe la posibilidad de que se formen más de un embrión”*. Respuesta: es verdad que, en una etapa muy inicial, un embrión compuesto por hasta 32 células totipotenciales, puede formar gemelos; esto ocurre porque en ese breve período del desarrollo embrional, el contacto membrana-membrana es fundamental para que cada célula del macizo reciba información de sus células vecinas. Como aún son células totipotentes, –es decir con gran plasticidad para formar todo tipo de tejidos, y aún un ser humano completo–, si algunas células se desprenden del macizo embrional, retoman el proyecto desde cero y forman un nuevo individuo. Esto no significa que la individualidad primera desaparezca, por el contrario, el “individuo originante” (que llamaremos gemelo A) continúa solo que se suma ahora un segundo “proyecto originado” (que llamaremos gemelo B). Para evitar estas circunstancias la membrana pelúcida una vez perforada por el espermatozoide fecundante, comienza a condensarse y hace de receptáculo, dentro del cual, las sucesivas divisiones de los blastómeros comienzan a compactarse por falta de espacio. Esto impide desprendimientos de grupos de blastómeros y conformará la mórula. De todos modos, uno o dos, siempre serán humanos y por lo tanto personas, de modo que más allá de la cantidad, la cualidad de humano, permanece indemne.

4. *“La mujer, con su cuerpo puede hacer lo que quiera”*. Respuesta: Este tipo de afirmaciones, encierra varios errores. Lo primero es que el cuerpo no es una posesión de la persona, la persona es también su cuerpo. Afirmar el propio cuerpo como una posesión, en el fondo manifiesta una especie de idealismo donde lo importante es el alma, dejando el cuerpo un segundo lugar, respecto del verdadero Señor, que es el alma. Por otro lado, la voluntad humana, es una voluntad delimitada. Uno no puede hacer lo que quiere, sino lo que puede. Factores como la muerte, la enfermedad, el desconocimiento, y las limitaciones físicas; hacen que

nuestra libertad sea limitada. De allí que, en principio, “cada uno con su cuerpo hace lo que quiere” no es una verdad absoluta. El llegar a las auto-mutilaciones y al suicidio, son una muestra del rechazo a disponer de manera absoluta del propio cuerpo. Pero aun concediendo una tal libertad, no aplica para el caso del aborto, donde como ya explicamos, se trata de dos realidades individuales: la madre gestante y el niño por nacer. Se trata entonces, de dos personas distintas, con distinto patrimonio genético, con diversas autonomías, que interactúan de manera vital, conservando cada uno su propia Teleonomía. De manera que la mujer gestante, no puede decidir la muerte de un individuo distinto de sí misma, mucho menos cuando se trata de su propio hijo, ya que es de esperar, sea ella la primera en defenderlo. Además, desde el análisis estrictamente jurídico, el derecho a la existencia es el derecho primerísimo y fundamental del ser humano, todo otro derecho, es posterior a este. En el caso en que la madre, no protege este derecho del hijo gestado, debiera ser la sociedad toda quién salga en su ayuda, protegiendo así la vida más débil.

5. *“No podemos hablar de persona hasta que el embrión no esté implantado, porque los índices de pérdida de embriones que ocurren en la naturaleza también son muy altos”*. Respuesta: la teleonomía humana –direccionalidad que se asigna a sí mismo el embrión– prevé una etapa de consolidación del macizo embrional que ocurre durante su traslado tubárico, dentro de la cápsula que ofrece la zona pelúcida antes de su implantación y que es clave para evitar la dispersión de las células totipotenciales. Con esto quiero significar que el periodo de migración hacia el útero es una etapa más del desarrollo iniciado con la fecundación. Es verdad que son muchos los embriones que se pierden espontáneamente, pero su incidencia no es un argumento válido para compararlo con un aborto procurado. La medicina distingue bien entre “aborto espontáneo” –el cual por su condición prescinde de toda deliberación y conciencia humana– del “aborto provocado” donde la voluntad humana y la conciencia, son claras y abren a la posibilidad de una valoración ética. En este sentido, aceptar que se es persona desde la implantación supone explicar cómo un organismo vivo,

formado a partir de dos gametos de la especie humana y por lo tanto humano también, es considerado persona o no, dependiendo de algo externo al mismo ser como es el lugar donde se halle ubicado.

e. A modo de conclusión

El feminismo de género, ha tratado de implantar una política, que evite lo que llaman "patriarcado", es decir, un modelo social, por el que la mujer, al quedar embarazada, posterga sus estudios, su economía y su ascenso social. De este modo, (según este grupo ideológico), el varón somete a la mujer y la posterga socialmente, para que dependa de él (21). De allí que luchen contra toda forma de embarazo, que es percibido como un instrumento de postergación femenina (22). Así surgen campañas, a nivel mun-

(21) Engels, Frederick, "The Origin of the Family, Property and the State", International Publishers, New York, 1972, pp. 65-66. "El primer antagonismo de clases de la historia coincide con el desarrollo del antagonismo entre el hombre y la mujer unidos en matrimonio monógamo, y la primera opresión de una clase por otra, con la del sexo femenino por el masculino".

(22) Firestone, Shulamith, "The Dialectic of Sex", Bantam Books, New York, 1970, p. 12. "... asegurar la eliminación de las clases sexuales requiere que la clase subyugada (las mujeres) se alce en revolución y se apodere del control de la reproducción; se restaure a la mujer la propiedad sobre sus propios cuerpos, como también el control femenino de la fertilidad humana, incluyendo tanto las nuevas tecnologías como todas las instituciones sociales de nacimiento y cuidado de niños. Y así como la meta final de la revolución socialista era no sólo acabar con el privilegio de la clase económica, sino con la distinción misma entre clases económicas, la meta definitiva de la revolución feminista debe ser igualmente – a diferencia del primer movimiento feminista– no simplemente acabar con el privilegio masculino sino con la distinción de sexos misma: las diferencias genitales entre los seres humanos ya no importarían culturalmente".

dial, copiadas casi textualmente aun cuando los datos estadísticos no corresponden a la realidad de los países. Por ejemplo, siempre se habla, de 500.000 abortos por año, sin tener en cuenta, si se trata de una población en edad de fecundación de cinco millones o de 45 millones.

Si bien debemos reconocer, que en países mayoritariamente machistas, los embarazos terminan siendo, de hecho, un instrumento para la postergación social, fundamentalmente de la mujer, esto no justifica, la legalización o despenalización del aborto, que seguirá siendo siempre un crimen.

Como siempre, la verdadera solución al problema, pasa por la educación de las personas, por las mejoras sociales, habitacionales y acceso a la salud, todo lo cual redundará en una disminución del índice de embarazos no deseados.

Por el contrario, el escaso o nulo nivel de formación de las personas, el arraigo social de actitudes deplorables como son el machismo, las violaciones, la falta de castigo al violador y el abandono y la condena de la mujer embarazada por parte de toda la sociedad, serán elementos que contribuirán a la mayor incidencia de embarazos no deseados. La falta de políticas que asistan a las mujeres, garantizándole instrucción escolar, la escasez de viviendas dignas que impidan toda forma de promiscuidad intrafamiliar, la dificultad en el acceso a información y a medios que eviten el embarazo, serán, por el contrario, elementos que incidan en el aumento de embarazos no deseados, muchos de los cuales se expondrán a concluir en nuevos abortos.

El aborto, despenalizado o legalizado, seguirá siendo siempre un fracaso. Fracaso de la mujer y del varón, de la sociedad, que condenó y no asistió a esa mujer, del Estado que no proveyó los medios para impedir llegar a esa situación. La aceptación del aborto es un modo de "maquillar" una realidad social, de negarse a ver lo que sucede solo eliminando las consecuencias de una situación injusta, de la cual nadie quiere hacerse cargo, que seguirá estando presente, recordándonos en el rostro de cada niño abortado, uno de los aspectos más injustos nuestra sociedad.



RECHAZOS FUNDAMENTALES DE LA DOCTRINA *ROE V. WADE**

Richard Stith **

La jurisprudencia constitucional estadounidense suele tener considerable influencia en los grandes tribunales de otros países. Así la sentencia *Roe v. Wade* de la Corte Suprema norteamericana puede conducir a la legalización mundial del aborto a petición. Pero antes de andar el surco abierto por esta corte, esos otros tribunales deben saber que esta sentencia ha sido rotundamente rechazada por fuentes bastante sorprendentes. El razonamiento de *Roe* ha sido rechazado por el Tribunal Constitucional alemán, rechazado por peritos académicos y feministas estadounidenses personalmente a favor del aborto, rechazado por la legislación estatal y federal norteamericana que alcanza a proteger al no nacido a pesar de *Roe*, y rechazado por la misma Corte Suprema que no ha reafirmado ni extendido el razonamiento de la sentencia y la ha

* Trabajo presentado en el ciclo de conferencias sobre “Protección de la persona humana, Persona por Nacer”. Palacio de Justicia, 19-20 de octubre de 2016. Revisión de una conferencia pronunciada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 25 de agosto de 2008.

** J. D. (Yale Law School), Ph.D. D. (Yale University), Profesor titular (dedicado a la investigación), Valparaiso University Law School, Valparaiso, Indiana, USA. Presentación para el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte Suprema de Justicia, Asunción, Paraguay, 20 de octubre de 2016.

dejado sobrevivir a causa de la doctrina anglosajona del precedente vinculante. Posiblemente lo más sorprendente de todo, lo que se conoce como la doctrina de *Roe* –la despersonalización del feto y el consiguiente derecho al aborto a petición– fue rechazado por los jueces autores originales de la sentencia, quienes en sus papeles privados (reveladas décadas después de esa sentencia) indican que no apoyaban el significado de lo que decretaron.

En 1973, basándose en un derecho constitucional a la “privacidad”, un derecho no textual pero supuestamente “fundamental”, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su sentencia *Roe v. Wade*, declaró que el no nacido no disfruta de ninguna protección constitucional antes de salir del vientre materno. Aún más: La Corte dijo que antes de la edad en que el feto podría sobrevivir independientemente de su madre, *ni por ley* puede el Estado restringir el aborto para el bien del feto. Es decir, antes de que el feto esté “viable”, a las 28 semanas de edad, *Roe* prohíbe que la ley exija justificación alguna para que haya un aborto (1). E incluso cuando ya ha llegado a esa llamada “viabilidad”, durante las últimas 12 semanas, el feto en útero cuenta sólo como una vida humana *en potencia* (2). Por lo tanto, existe un derecho constitucional a abortarlo hasta *el nacimiento mismo* (véase la cita cuatro abajo) (3), no solo

(1) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, pp. 162, 164-65 (1973). Por ejemplo, *Roe* afirma que la ley no puede exigir una razón de salud materna, ni siquiera una muy amplia, para que se lleve a cabo el aborto antes de esta llamada “viabilidad”.

(2) *Roe* llama al feto “vida en potencia” *ídem* pp. 150, 154, “vida prenatal” *ídem*, pp. 151, 155, “vida fetal” *ídem* p. 163, y “potencialidad de la vida humana” *ídem* pp. 162, 164, refiriéndose aquí a los últimos meses del embarazo. Es decir, en esta sentencia, a veces parece que hay “vida” antes del parto, pero no se llama nunca “vida humana” sino solamente su mera “potencialidad” (hasta que pase por el canal del parto).

(3) *Roe*, *supra*, nota 2, p. 164. “Para la etapa *subsiguiente a la viabilidad*, el Estado en función de promover su interés en la *poten-*

para salvar la vida de la madre sino por razones extremadamente amplias de “salud” (véase la cita cinco abajo) (4). *Roe* promulgó un derecho de abortar casi absoluto durante todos los nueve meses del embarazo, una postura compartida con sólo tres otros países del mundo (China, Corea del Norte, y Canadá) (5).

Solo dos años después de *Roe*, en 1975, el Tribunal Constitucional alemán (el tribunal nacional más destacado de Europa) rechazó la doctrina norteamericana de que el feto es solamente una potencia de vida humana. Rehusando a seguir *Roe v. Wade*, el Tribunal afirmó que el niño no nacido está constitucionalmente protegido durante todo el embarazo, diciendo que “El proceso de desarrollo... es un proceso continuo que no muestra ninguna demarcación pronunciada y que no permite ninguna división precisa de las distintas etapas de desarrollo de la vida humana. El proceso no termina ni siquiera con el nacimiento; los fenómenos de la conciencia que son específicos de la personalidad humana, por ejemplo, no aparecen por primera vez hasta bastante tiempo después del nacimiento. Por lo tanto, la protección... de la Ley Fundamental no puede limitarse ni al ser humano “terminado” con el nacimiento ni al niño a punto de nacer que es capaz de vivir independientemente... (ni) puede efectuarse aquí ninguna distinción entre las diversas etapas antes del nacimiento de esta vida que se desa-

cialidad de la vida humana, puede, *si lo desea*, regular e incluso prohibir el aborto, *excepto* cuando éste sea necesario, según un dictamen médico apropiado, para preservar la vida o la salud de la madre”. Énfasis añadido.

(4) *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, p. 192 (1973): La “salud” incluye: “todos los factores –físicos, emocionales, psicológicos, familiares, y la edad de la mujer– que tienen que ver con el bienestar del paciente”. (*Doe* es la sentencia que acompaña a *Roe*; *Roe* indica qué hay que leer las dos sentencias en conjunto. *Roe*, *supra*, nota 2, p. 165).

(5) Clarke D. Forsythe, *Abuse of Discretion: The Inside Story of Roe v. Wade*, p. 126, notas 4-5. (New York-London: Encounter Books, 2013).

rolla a sí misma...” (6). Nuestra experiencia con el nazismo, indica el Tribunal alemán, nos empuja a evitar cualquier sendero hacia la negación de la inviolabilidad del individuo (7). Posteriormente, en 1993, el Tribunal alemán explicó simplemente que donde hay vida humana hay siempre dignidad humana, y donde hay dignidad humana hay siempre un derecho “*propio*” (“*eigenes*”, en alemán) (8) a la vida, que indicaría un derecho subjetivo (9).

(6) Sentencia del 25 de febrero de 1975, 39 BVerfGE 1, p. 37.

(7) (1975) 39 BVerfGE 1, p. 67. Para un análisis y comparación de la de 1975 con *Roe v. Wade* y con la sentencia principal del Tribunal Constitucional español sobre el aborto, criticando especialmente la excesiva ampliación española de la doctrina de inexigibilidad, véase R. Stith, “Nueva teoría constitucional y penal sobre el aborto en el derecho español”, *Revista de Derecho Público*, segunda época, año 15, volumen II, número 115 (1989), pp. 345-393.

(8) Sentencia del 28 de mayo de 1993, 88 BVerfGE 203, pp. 251-252.

(9) *Id.* Hay que aclarar que el tribunal alemán en 1993 permitió la despenalización del aborto para facilitar la consejería obligatoria (que tiene que ser siempre pro-vida) y la ayuda positiva a la mujer embarazada, siempre que el aborto fuere entendido como delito (y no como acto jurídicamente justificado) y que el Estado tuviere el deber de proteger eficazmente (*id.*) el derecho a la vida del no nacido, recorriendo a la penalización si fuera necesario. Parte de la presunción de que las mujeres que abortan (en su gran mayoría) no querrían abortar si estuvieran plenamente informadas sobre la dignidad del feto y empoderadas frente a las presiones que las rodean (de las cuales se tratarán en el texto abajo). Aún la opinión disidente llama al aborto una “auto-herida” de la mujer embarazada. *Id.*, p. 350. Véase para más detalles Stith, R. “On Death and Dworkin: A Critique of His Theory of Inviolability”, 56 *Maryland Law Review* 289 (1997), pp. 291-296, 367-368, 376-382. Traducido al castellano, pero no revisado por el autor, en “Sobre la

A nivel popular estadounidense, el rechazo de la doctrina de *Roe* es profundo (10). A una mayoría mínima las palabras "*Roe v. Wade*" le suenan bien, pero esto puede atribuirse directamente a la falta de información en los periódicos sobre el enorme alcance de esa sentencia. En 2009 un sondeo reveló que solamente un siete por ciento (7%) creían que se debe permitir el aborto en todas las circunstancias durante los nueve meses del embarazo, que es la clara enseñanza de *Roe* (11).

muerte y Dworkin" publicada electrónicamente por Cuadernos de Bioética, Grupo de Investigación Bioética, gibioetica@edunet.es

(10) Jean Bethke Elshtain, difunta profesora de ciencia política de la Universidad de Chicago, ha escrito que "la disputa parece posiblemente menos resuelta que nunca", preface, *The Cost of "Choice": Las Mujeres Evalúan el Impacto del Aborto*, editado por Erika Bachiochi, p. IX (San Francisco: Encounter Books, 2004).

(11) Forsythe, *supra*, nota 6, p. 295. Una encuesta de Gallup publicado el 8 de agosto de 2011, encontró incluso que una mayoría (52%) de los respondientes auto-denominados "pro-aborto" o "pro-elección" ("pro-choice") estaban a favor de hacer el aborto ilegal en el segundo trimestre el embarazo, y 79% lo prohibirían en el último trimestre. Saad, Lydia, "Plenty of Common Ground Found in Abortion Debate", Gallup Politics (8 August 2011). Disponible en web: http://www.gallup.com/poll/148880/plenty-common-ground-found-abortion-debate.aspx?utm_source=email-friend&utm_medium=email&utm_campaign=sharing&utm_content=more-link. Un sondeo sobre *Roe* de Harris Poll el 3 de marzo de 2005 mostró "La oposición está al nivel más alto en 20 años". (Harris anunció también que "una pequeña mayoría todavía apoya a *Roe*", pero esto es engañoso. La mayoría aprueba a *Roe* solamente cuando el sondeo no indica su alcance increíble. Véase el reportaje de David Savage: "En una encuesta Gallup en mayo [de 2005] solamente 23% de los cuestionados dijeron que el aborto debe ser 'legal en todas las circunstancias', la regla impuesta por *Roe vs. Wade*". "Roe Ruling: More Than Its Author Intended", Los Angeles Times, 14 de septiembre de 2005. Si la encuesta hubiera

Muchos académicos norteamericanos de derecho constitucional, estando tanto a favor como en contra del aborto, criticaron en seguida el fallo *Roe* por no estar fundamentado en nuestra Constitución (12). La Corte Suprema, dijeron ellos, simplemente inventó el derecho al aborto en un acto de activismo judicial. Estas críticas siguen. En 2003 el muy respetado profesor de derecho constitucional Michael Stokes Paulsen escribió, "No conozco a ningún erudito, juez, o abogado serio que intente defender el aná-

añadido "durante todo el embarazo", el apoyo habría sido aún menos de 23%).

Por más de una década, los jóvenes han parecido más anti-aborto que sus mayores. Un sondeo de Harris en septiembre de 2007 reveló que los que tienen 30 años o menos son un 10% menos pro-aborto que los de 31 a 42 años. El apoyo para la re-penalización del aborto se incrementa más rápido entre los jóvenes, según una encuesta de Gallup en 2010. Aparte de la juventud, la otra minoría en los EE.UU. más pro-vida es la de los Latinos. Véase Profesor Charles C. Camosy, "Millennials will change abortion conversation" (*USA Today*, 23 March 2015). Véase también "Surprise, Mom: I'm Anti-Abortion" (*New York Times*, 30 March 2003), "The Mysterious Disappearance of Young Pro-Choice Women" (*Glamour*, 2005).

(12) Desde el bando que defiende el aborto, véase, por ejemplo, estas fuertes críticas de *Roe* por conocidos profesores juristas: John Hart Ely, "The Wages of Crying Wolf", 83 *Yale Law Journal* 920 (1973), Edward Lazarus, "The Lingering Problems of *Roe v. Wade*", *FindLaw's Writ*, 3 de October de 2002, disponible en writ.findlaw.com/lazarus/20021003.html, Laurence H. Tribe, "Foreword: Toward a Model of Roles in the Due Process of Life and Law", 87 *Harvard Law Review* 1 (1973), Alexander M. Bickel, *The Morality of Consent* (New Haven: Yale, 1975) pp. 27-29, Archibald Cox, *The Role of the Supreme Court in American Government* (New York: Oxford, 1976), pág. 53, Richard A. Epstein, "Substantive Due Process by Any Other Name: The Abortion Cases", 1973 *Supreme Court Review* 159, pág. 167.

lisis de *Roe* en terreno textual o histórico” (13). Es verdaderamente extraordinario que los peritos de los dos bandos, pro y anti-aborto, de derechas y de izquierdas, estén de acuerdo en afirmar la ausencia de fundamento constitucional en el razonamiento de *Roe* (14).

(13) Michael Stokes Paulsen, “The Worst Constitutional Decision of All Time”, 78 *Notre Dame Law Review* 995, p. 1007 (2003) (El artículo del Profesor Paulsen critica principalmente la sentencia *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), que reafirmó el resultado de *Roe*. Véase la discusión de fallo *Casey* abajo).

(14) Puede influir aquí el hecho de que, por razones democráticas, se ha disminuido el apoyo para “la supremacía judicial”, especialmente entre los profesores de izquierda, que implicaría un rechazo de la autocracia de la Corte en *Roe*. En recientes décadas, la Izquierda ha atacado frecuentemente la supremacía judicial centralizada, a pesar de que sigan en su gran mayoría a favor del resultado de *Roe* (el aborto libre). Los ataques suelen ocurrir bajo los títulos “departamentalismo” (separación de poderes, frenos y contrapesos) y “constitucionalismo popular” (trasferencia al Pueblo mismo el poder de la Corte Suprema de interpretar la Constitución). Véanse especialmente los libros por dos destacados profesores de Derecho: Mark Tushnet, ex-presidente de la American Association of Law Schools ataca fuertemente el activismo judicial en *Taking the Constitution Away From the Courts* (1999), así como hace Larry D. Kramer, en ese tiempo decano de Stanford Law School, en su libro, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (2004). Véase también Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale Law Journal* 1346 (2006). Para la opinión de un servidor, véase “Securing the Rule of Law through Interpretive Pluralism: An Argument from Comparative Law”, 35 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 401 (2008), especialmente notas 6 & 7, alcanzable también en <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/07/070101.html>

Una voz importante contra *Roe*, desde la Izquierda, ha sido la de la feminista Profesora Catherine MacKinnon. En su ensayo "La privacidad contra la igualdad" (15) arguye que el aborto facilita la disponibilidad heterosexual de la mujer. En otras palabras, bajo condiciones de no igualdad de género, [el aborto] no libera a las mujeres; libera la agresión sexual varonil. El acceso al aborto elimina la única excusa que quedaba para que las mujeres rehusaran el sexo, más allá del dolor de cabeza.

... La Fundación Playboy ha apoyado los derechos de abortar desde el primer día; sigue haciéndolo... (16).

Refiriéndose específicamente a la sentencia *Roe*, MacKinnon concluye que "el derecho a la privacidad tiene aspecto de agresión presentada como regalo ...

Virtualmente cada pizca de control que las mujeres ganaron [en *Roe*] ha ido directamente en manos de los varones..." (17). En fin, ella retoma el argumento izquierdista de siempre en contra de los derechos liberales: Los que toman las decisiones fácticas son los que de veras poseen los derechos, no las que jurídicamente sean sus titulares formales.

Por lo tanto, el derecho de abortar expande, pero a la vez *esconde*, la opresión de la mujer por el padre, el marido, el amante, el empleador, e incluso el proxeneta. Si la mujer aborta, el varón se ve liberado de cualquier responsabilidad, y a la vez conserva a la mujer como objeto de explotación. Este aumento de dominación causado por el aborto resulta más grande en cuanto que la mujer sea más vulnerable (a causa del machismo cultural, o de la pobreza u otra debilidad de ella).

(15) *Feminism Unmodified*, 93-102, (1987).

(16) *Id.*, 99.

(17) *Id.*, 99-101. La postura de MacKinnon es sutil. Dice que *Roe* daña a la mujer en las condiciones actuales de desigualdad, pero parece que ella prefiere luchar sólo para que se cambien estas condiciones y no luchar también para que se cambie a *Roe*.

Los economistas han comprobado el efecto reconocido por MacKinnon. El acceso al aborto ha servido como un seguro, alentando los actos sexuales que arriesgan el embarazo, y así incrementan los embarazos (y las enfermedades sexuales (18) también).

Más sorprendentemente: Si ella rechaza el aborto y da a luz a su hijo también puede perder. Ya que la decisión de no abortar ha sido de ella sola, y sobre todo si él ha ofrecido pagar los costos de la terminación del embarazo, el padre pensará que el nacimiento de la niña o niño es responsabilidad de ella sola. Así también, el cuidado y la formación le pertenecerán a ella sola. A consecuencia de esto, se ha incrementado significativamente el número de familias encabezadas por una madre soltera. (La actual directora del Federal Reserve Bank de los Estados Unidos, Janet Yellen, es coautora del estudio más importante sobre este efecto (19).

Peor aún si se descubre durante el embarazo que el niño es discapacitado: Si no lo aborta, ella será considerada la responsable del costo y de las llamadas "molestias" que este niño trae consigo para el padre y para el sistema de seguridad social. Es posible que hasta los médicos (20) y sus conocidos la hagan sentirse culpable por no haberlo abortado.

(18) Véase por ejemplo Jonathan Klick y Thomas Stratmann, "The Effect of Abortion Legalization on Sexual Behavior: Evidence from Sexually Transmitted Diseases", *Journal of Legal Studies* (2003). Véase también Forsythe, *supra*, nota 6, pp. 328-329 (citando más estudios que demuestran que la existencia de la opción del aborto opera como un "seguro", alentando los actos sexuales riesgosos, y así aumenta el número de enfermedades sexuales y de embarazos).

(19) George A. Akerlof, Janet L. Yellen, y Michael L. Katz, "An Analysis of Out-of-Wedlock Childbearing in the United States", 111 *Quarterly Journal of Economics* 277 (1996).

(20) The Cost of Choice, *supra*, nota 11, pp. 46-47.

No debe sorprendernos que a través de las décadas, haya consistentemente un porcentaje más alto de mujeres en contra del aborto que de hombres (21).

El legislador estadounidense, también ha rechazado la doctrina de *Roe v. Wade* según la cual la ubicación de la criatura (dentro o fuera del vientre materno) puede determinar si se trata o no de una vida humana actual. En una creciente mayoría de los estados norteamericanos, ahora 34 de los 50, la muerte de un niño no nacido puede calificarse como un tipo de homicidio (un acto de matar a un ser humano actual, no sólo potencial) si este se mata *sin* permiso de su madre (22). Aún más significativo: Antes de *Roe*, ningún estado reconocía el homicidio prenatal durante *todo* el embarazo. Pero hoy en día, a pesar de *Roe*, 28 de los 50 estados protegen al no nacido durante todas las etapas de su desarrollo, desde la concepción (23). En Minnesota, por ejemplo, una persona que mate intencionalmente a un embrión humano recién concebido, al atacar a su madre, puede ser condenada a cadena perpetua por el

(21) Forsythe, *supra*, nota 6, pp. 74, 305 (citando encuestas desde 1962 hasta 2010). Pero la experiencia de un servidor es que en los estratos más altos de la sociedad es al revés: las mujeres son más pro-aborto que los hombres.

(22) Ninguna de tales leyes ha sido derogada por los tribunales. Forsythe intenta explicar lo que él llama esta “esquizofrenia” en el derecho estadounidense (que el niño no nacido no es persona jurídica cuando se trata del aborto, pero si la es en muchísimos otros contextos jurídicos). *Id.*, nota 6, pp. 278-282. Fundamentalmente, no se puede deshumanizar a los niños no nacidos mientras que la gran mayoría de ellos son deseados por sus padres, quienes entonces querrán protegerlos y hasta fotografiarlos durante todo el embarazo. Por eso, los que luchan contra el aborto pueden no ganar su guerra, porque la guerra puede seguir por un tiempo indefinido. Pero no la pueden perder.

(23) Forsythe, *supra*, nota 6, at 149, 284-285.

“asesinato de un niño no nacido” (24). Y en 2004, se agregó al código federal una ley muy similar: la *Ley de las víctimas de violencia prenatal* (25). En un ataque contra su madre, esta ley otorga al niño no nacido, en *todo* momento de su desarrollo prenatal, la misma protección que la ley federal contempla para ella. En este y en muchos otros campos jurídicos (26), el no nacido se respeta como persona humana actual, no solamente “potencial”, como lo llamaba *Roe v. Wade*.

En el fondo, la explicación de esta contradicción en el derecho norteamericano puede ser ésta: No se puede deshumanizar a los niños no nacidos mientras que la gran mayoría de ellos son deseados por sus padres, quienes entonces querrán protegerlos y hasta fotografiarlos durante todo el embarazo. Por eso, los que luchan contra el aborto pueden no ganar su guerra, porque la guerra puede seguir por un tiempo indefinido. Pero no la pueden perder.

La Corte Suprema estadounidense misma ha rechazado muchas oportunidades de reafirmar el razonamiento de *Roe v. Wade*. En 1992, en la sentencia *Planned Parenthood v. Casey*, la Corte dejó de caracterizar el derecho al aborto como algo “fundamental” y de basarlo en la “privacidad”. Toda la doctrina de la privacidad, que se resaltó tanto en *Roe*, se ha abandonado en la jurisprudencia constitucional (hoy en día, la Corte habla solamente de la protec-

(24) *State v. Merrill*, 450 N.W.2d 318, 321 n.1 (Minn. 1990), cert. denied 496 U.S. 931 (1990).

(25) *Unborn Victims of Violence Act of 2004* (Public Law 108-212), codified en dos secciones del United States Code: Title 18, Chapter 1 (Crimes), §1841 (18 USC 1841) y Title 10, Chapter 22 (Uniform Code of Military Justice) §919a (Article 119 a). Section 1841(d) indica que “... the term “unborn child” means a child in utero, and the term “child in utero” or “child, who is in utero” means a member of the species homo sapiens, at any stage of development, who is carried in the womb”. Énfasis añadido.

(26) Forsythe, *supra*, nota 6, at 149, 282-286.

ción de la “libertad”, no de la “privacidad”). Además, en *Casey*, la Corte por primera vez indicó que se puede reconocer al no nacido como un “hijo” que está presente y vivo durante todo el embarazo: “Aún en las etapas más tempranas del embarazo” el Estado puede... alentar a [la madre] a que sepa que hay argumentos filosóficos y sociales de gran peso... a favor de la continuación del embarazo... y a que [su] decisión contemple las consecuencias [de un aborto] para el feto” (27). Agrega que el Estado mismo “puede expresar respeto profundo por la vida del no nacido” (28) y habla de “la *vida del hijo* que [ella] lleva” (29). (Fijémonos en que la Corte no alega nunca que haya fundamento religioso debajo de los argumentos en contra del aborto).

¿Por qué, entonces, si ya en el caso *Casey* se abandonaron las premisas principales de la sentencia de *Roe*, no se ha abandonado su conclusión de que hay un derecho constitucional a abortar? La Corte responde en el mismo fallo *Casey* que la doctrina del precedente vinculante (*stare decisis*) prohíbe que se revoque el resultado de una sentencia simplemente porque ha sido “decidido erróneamente” (30). Admitir grandes errores puede ser especialmente peligroso para la Corte: “Hay un límite a la cantidad de error que

(27) *Planned Parenthood. Casey*, 505 U.S. 833, 872-873 (plurality opinion) (1992).

(28) *Id.*, pág. 877.

(29) *Id.*, pág. 898. Énfasis añadido.

(30) *Id.*, pág. 864. En la decisión *Casey* (resumiendo de manera breve) hubo dos jueces de la Corte que querían reafirmar casi toda la sentencia de *Roe*, y cuatro que querían anular por completo la sentencia *Roe*. Las citas en este ensayo son de la opinión de los tres jueces en el medio, quienes querían reafirmar solamente la conclusión de *Roe*, que hay un derecho a abortar, y no su razonamiento.

Esta opinión representa una concurrente mayoría en general, aunque no en todos sus puntos, y es la opinión que ha tenido más impacto jurídico (más que las opiniones de los votos particulares concurrentes y disidentes).

puede ser convincentemente imputada a las Cortes previas” (31). Exceder este límite haría que “la legitimidad de la Corte se debilitara” (32). Incluso, si una sentencia ha sido de gran controversia pública, ésta adquiere *más* fuerza vinculante, según la Corte en su fallo *Casey*, porque anularla podría parecer rendirse ante la presión política. Por lo tanto, “una decisión de anular el juicio esencial de *Roe* en las circunstancias actuales trataría de error, si es que hubo error, al costo de daño profundo e innecesario a la legitimidad de la Corte” (33).

Es decir, admitir que la aprobación del aborto libre durante todo el embarazo fue un gran error implicaría, según estos jueces de la Corte Suprema, una inaceptable pérdida de prestigio para dicho tribunal (Así somos todos. Sentimos la tentación de no admitir nuestros errores, especialmente los errores grandes. Por eso es de suma importancia hacer un gran esfuerzo de no emprender un camino equivocado).

A pesar de que el fallo *Casey* se basó en el carácter vinculante del precedente *Roe*, *Roe* no ha podido vincular casi nada más en áreas jurídicas cercanas, que tratan también de un derecho a terminar una vida. Por ejemplo, la Corte Suprema no aprobó el argumento que venía del Noveno Circuito según el cual la gente enferma “no viable” (es decir, los que no pueden vivir independientemente, como el feto “no viable”) perdería la absoluta inviolabilidad jurídica de su vida (34).

(31) *Id.*, pág. 866.

(32) *Id.*

(33) *Id.*, pág. 869.

(34) Fue el argumento tocado por el juez Beezer en *Compassion in Dying v. State of Washington*, 79 F.3d 790, 851 (1996). La Corte no mencionó este argumento directamente cuando el caso le llegó *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) (donde la Corte decidió unánimemente en contra de un derecho constitucional de suicidio asistido).

Y la mayoría de la Corte, después de unos siete años de batalla judicial, rechazó el argumento de dos jueces de la Corte Suprema de que el precedente vinculante de *Roe* conlleva la aprobación de un derecho constitucional a succionar el cerebro del feto hasta durante el parto mismo (35). El razonamiento de ambos jueces (en sus propias palabras) era que tal acto no es ni más “brutal”, ni más “truculento”, ni más “cruel”, ni más “doloroso”, que los actos ya aprobado por *Roe*, en los cuales el feto (todavía escondido dentro de su madre) es desmembrado vivo. Sus miembros y luego su tronco son extraídos pedazo a pedazo, antes de que la cabeza sea finalmente aplastada. Esos dos jueces de la Corte Suprema también citaron con aprobación estas palabras de un muy destacado juez de segunda instancia federal:

“Desde el punto de vista del feto y, pensaría yo, de cualquier persona racional, no hay ninguna diferencia, cuando el cráneo es aplastado, si el feto está enteramente dentro del útero o sus pies están fuera del útero. Ninguna razón de política o moralidad que permita lo uno puede prohibir lo otro” (36). Afortunadamente, como hemos dicho, la mayoría de la Corte negó a seguir la lógica de *Roe* que la hubiera llevado a esta conclusión.

Quizás lo más sorprendente de todo ha sido la revelación, más de tres décadas después de *Roe*, de que el redactor mismo de ese fallo no quiso aprobar el aborto libre. La correspondencia privada del autor de la sentencia, Justice Harry Blackmun, que se pudo ver por primera vez en 2005, revela que Blackmun verdaderamente no pensaba que había dejado el aborto al libre albedrío de

(35) Este argumento de vinculación y consistencia de Stevens y Ginsburg por fin fue rechazado por la mayoría de la Corte en *Gonzales v. Carhart*, 127 S.Ct. 1610 (2007).

(36) Citaron el juez Richard Posner. Justice John Paul Stevens y Justice Ruth Bader Ginsburgson los dos que propusieron este argumento. Lo hicieron en dos opiniones concurrentes personales; cada juez adoptó la opinión del otro. *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914, 924-26, 938-46, 95 (2000).

nadie (37). El creía, como muchos o todos los jueces de la mayoría en *Roe*, que la sentencia solamente liberaba al médico de la mujer para seguir su propio juicio profesional sobre si el aborto era necesario para la salud de su paciente (38). El presidente de la Corte, Warren Burger, anunció en el mismo día en que se publicó la sentencia, "Claro que la Corte hoy rechaza cualquier pretensión de que la Constitución requiera el aborto a petición" (39).

El texto mismo de *Roe* indicaría que sus redactores no pensaban que promulgaban un derecho al aborto a petición de la madre. Este texto declara que no será la mujer quien decide sino que "sin control por el Estado [...] la decisión sobre el aborto... tiene que dejarse al *juicio profesional* del médico que atiende a la mujer embarazada" porque esa decisión "en todos sus aspectos es inherentemente, y primariamente, una decisión médica" (40). Parece que no se les ocurrió a los jueces de la mayoría pensar bien en las consecuencias de esta entrega absoluta de poder al abortista. De hecho había una cantidad de médicos irresponsables dispuestos a hacer abortos rápidos a la simple petición de clientes antes desconocidas, como advirtió la opinión disidente de Byron White (41) y que ocurrió a corto plazo después de *Roe* (42). Así es que los mismos autores de

(37) Forsythe, *supra*, nota 6, pp. 220-226.

(38) Savage, "Roe Ruling: More Than Its Author Intended", *supra*, nota 12.

(39) *Id.* En inglés, "Plainly, the court today rejects any claim that the Constitution requires abortion on demand".

(40) Énfasis añadido. Hablando del primer trimestre, *Roe* insiste que "without regulation by the State ... the abortion decision ... must be left to the medical judgment of the pregnant woman's attending physician" because "the abortion decision in all its aspects is inherently, and primarily, a medical decision", *supra*, nota 2, pp. 163, 164, 166.

(41) La decisión, según White en su voto disidente, "values the convenience, whim or caprice of the putative mother more than the life or potential life of the fetus".

(42) Por lo común, los médicos que hacen los abortos se especializan en abortar. Durante los años inmediatamente después

la sentencia *Roe* fueron los primeros en huir de su impacto real y evidente.

La verdad es que la mayoría de la Corte nunca tomó en serio lo que hacían en todo el proceso del litigio. En *Roe*, los jueces simplemente agarraron una disputa sobre el derecho penal procesal para decidir una gran cuestión sustantiva. Así es como en *Roe v. Wade* no hubo nunca una confrontación a primera instancia acerca de los hechos sustantivos, ni los hechos sobre el desarrollo de la vida humana ni tampoco los hechos sobre los peligros del aborto para la salud de la madre (43). Los borradores de la sentencia de la Corte máxima cambiaron casi al azar, según la política interna de los jueces (44). Por ejemplo, la división “no viable” contra “viable” se introdujo al último momento sin argumentos orales o escritos previos, ni advertencia alguna a los abogados de las dos partes(45)

de *Roe v. Wade*, el número de abortos se alzó tremendamente, alcanzando su máximo de más de un millón y medio en 1990. Desde ese año el número ha disminuido más o menos continuamente, y siguió haciéndolo en el último año de que hay datos (2011). Véase Jones RK and Jerman J., “*Abortion incidence and service availability in the United States, 2011*”, *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, 2014, 46(1):3-14, doi: 10.1363/46e 0414.

(43) Forsythe, Clarke D., “*The Medical Assumption at the Foundation of Roe v. Wade & Its Implications for Women’s Health*”, 71 *Washington & Lee Law Review* 827, 836-837 (2014). Además, “*The factual records, que llegaron a la Corte Suprema, consisted merely of a complaint, an affidavit, and motions to dismiss that addressed legal, not factual, issues*”. *Id.*, at 840. No hubo tampoco una revisión de segunda instancia, sino sólo recurso directo a la Corte Suprema.

(44) Forsythe, *supra* note 6, at 125-153. El juez Blackmun, quien redactaba los borradores, dijo (en un memorándum dos meses antes de la publicación de la sentencia) que quizás cualquier punto límite para el aborto es “arbitrario”, mencionando (como posibles puntos) el fin el primer trimestre, la animación, y la viabilidad. *Id.*, at 50.

(45) *Id.*, at 133-140.

Incluso un integrante de la Corte, el juez William Douglas, escribió en su concurrencia que la sentencia trazaba una línea en la llamada “animación”, una sensación que ocurre a mediados del embarazo, en vez de la llamada “viabilidad” y el nacimiento, que eran las líneas escogidas por la mayoría de la Corte (46).

La única mujer embarazada demandante en *Roe v. Wade*, cuyo nombre verdadero es Norma McCorvey, años después se arrepintió de su rol en el caso (47) e intentó llenar este hueco de información fáctica, introduciendo evidencia de los grandes riesgos del aborto para la salud materna (48). Pero las cortes no han podido acoger su pleito en gran parte a causa de la doctrina del preceden-

(46) Douglas escribió en su concurrencia a *Doe v. Bolton* que “voluntary abortion at any time and place regardless of medical standards would impinge on a rightful concern of society”. The woman’s health is part of that concern; as is the life of the fetus after quickening”. *Supra*, nota 5, p. 215.

(47) La demandante McCorvey tenía el pseudónimo de “Jane Roe” durante el pleito. Confesó después ante un comité del Senado federal que había mentido: “No pasó como dije en el affidavit sometido a la Corte Suprema.... ¡Mentí! [Las abogadas] precisaban un caso extremo para que las cortes se apiadaran de su cliente. Una violación parecía buena idea. ¿Y qué hace de la violación algo todavía peor? ¡Una violación por una pandilla!”. Testimonio ante el Senate Subcommittee on the Constitution, 21 de enero de 1998. Véase también su libro que justifica su nueva postura en contra del aborto, *Won by Love: Norma McCorvey, Jane Roe of Roe v. Wade, Speaks Out for the Unborn* (Thomas Nelson, 1998).

(48) En 2016 la fuente de información médica más completa y más puesta al día es probablemente Forsythe, *supra*, nota 44, secciones III y IV, pp. 852-869. Sus apéndices listan un gran número de estudios médicos, nacionales e internacionales, de los cuales 140 indican un aumentado riesgo de parto prematuro después del aborto, 99 indican un aumentado riesgo de trauma mental después del aborto, y 33 indican un mayor riesgo de cáncer de mama después del aborto.

te vinculante. La jueza federal Edith Jones ha protestado: “En esta manera de entender el poder vinculante de *Roe*, la Corte no podrá nunca revisar los supuestos fácticos [de decisiones como la del aborto] con datos comprobados en una corte”. Este problema judicial-estructural nos deja en un estado de “ceguera intencional” sobre los daños de aborto legal, según la jueza (49).

¿Qué se puede hacer frente a esta ceguera intencional del alto tribunal federal estadounidense? En la política actual, probablemente muy poco. Pero el Tribunal Constitucional Alemán ha liderado una salida teórica. Ha mostrado con un razonamiento bien fundado que es posible rechazar directamente tal tipo de vinculación absoluta y ciega a una corte federal. En 1993, el mismo año en que reafirmó el derecho a la vida durante todo el embarazo, ese tribunal reanudó su desacuerdo con el “control de convencionalidad” absoluto que quería imponer el Tribunal de Justicia Europeo, el tribunal más alto de la Unión Europea (que no tiene nada que ver con la Corte Europea de Derechos Humanos frecuentemente citada en América Latina).

Ya en 1974 el Tribunal Constitucional Alemán había determinado que los derechos fundamentales que se encuentran en la Constitución Alemana tienen prioridad sobre cualquier doctrina conflictiva desarrollada por el Tribunal de Justicia Europeo. La razón básica propuesta por el tribunal alemán fue que el gobierno de la República Federal de Alemania nunca tuvo el poder de anu-

(49) *McCorvey v. Hill*, 385 F.3d 846, 852-853 (5th Circuit, 2004). Véase también *Forsythe*, supra, nota 6, pp. 267-268. Uno de los principales médicos en el movimiento a favor del aborto antes de la sentencia *Roe v. Wade* confesó después que ellos regularmente enfatizaban estadísticas que sabían que eran “totalmente falsas”, como la de que 5.000 a 10.000 mujeres morían cada año por el aborto ilegal. Bernard Nathanson, *Aborting América*, pág. 193 (New York: Pinnacle Books, 1981). El número verdadero era 40 muertos por abortos ilegales en el año antes de *Roe*, 1972, según el National Center for Health Statistics.

lar los derechos constitucionales inalienables, por lo cual no podría haber transferido (alienado) tal poder a cualquier institución europea a través de un tratado (50). En el caso posterior, de 1993, el alto tribunal alemán sostuvo que una interpretación del Tratado de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia Europeo, que fuera significativamente más allá de cualquier interpretación razonable del lenguaje del tratado sería *ultra vires*, sería una enmienda disfrazada como interpretación. Ya que esa enmienda carecería de la legitimidad democrática que apoyaría la modificación de los tratados aprobados por los países miembros de la Unión Europea, no podría tener efectos dentro de Alemania, según el tribunal alemán (51).

Bibliografía parcial de importantes críticas académicas de *Roe v. Wade*:

BACHIOCHI, Erika, "Embodied Equality: Debunking Equal Protection Arguments for Abortion Rights" 34 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 889 (2011).

DELLAPENNA, Joseph W., *Dispelling the Myths of Abortion History*. Durham: Carolina Academic Press, 2006.

ELY, John Hart, "The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe vs. Wade*", *Yale Law Journal* 82 (1973): 920-49.

EPSTEIN, Richard A., "Substantive Due Process by Any Other Name: The Abortion Cases", *Supreme Court Review* (1973): 159-95.

FORSYTHE, Clarke D., *Abuse of Discretion: The Inside Story of *Roe vs. Wade**. New York-London: Encounter Books, 2013.

(50) Ents cheidungen des Bundes verfas sungserichts [BVERFG] 29 de mayo de 974, 37, 271.

(51) 89 Ents cheidungen des Bundes verfas sungserichts [BVERFGE] 12 de octubre de 1993, 155 (F.R.G.), 2 BvR 2134/92 & 2159/92, 1 C.M.L.R. 57, 105 (1994), 1993 WL 965303, 105.

FORSYTHE, Clarke D., "The Medical Assumption at the Foundation of *Roe vs. Wade* & Its Implications for Women's Health", 71 *Washington & Lee Law Review* 827 (2014)

GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York: The Free Press, 1991.

KING, Patricia A., "The Juridical Status of the Fetus: A Proposal for Legal Protection of the Unborn", *Michigan Law Review* 77 (1979): 1647-87.

LAZARUS, Edward. "The Lingering Problems with *Roe v. Wade*, and Why the Recent Senate Hearings on Michael McConnell's Nomination Only Underlined Them", 3 Oct. 2002. Find Law's Legal Commentary. *Find Law*. 7 April 2004, <http://writ.findlaw.com/lazarus/20021003.html>.

PAULSEN, Michael Stokes, "The Worst Constitutional Decision of All Time", 78 *Notre Dame Law Review* 995 (2003).



UN MODERNO *CURATOR VENTRIS IN DUBIO PRO VITA PARA EL NASCITURUS**

Mónica Cáceres La Serna **

El tema que da título a este trabajo, quizá algo absurda dirán, deviene de una interrogante que me hiciera en el contexto del trabajo de investigación para mi tesis, sobre el sistema de protección establecido para las personas denominadas incapaces jurídicos por el derecho; sistema en el que se observa que quienes más desprotegidos se encuentran, son las personas por nacer, el concebido no nacido.

Cuando en las clases iniciamos el estudio de la defensa de los derechos, expresamos que todos los seres humanos gozamos de prerrogativas, privilegios propios de nuestra naturaleza humana y de la convivencia comunitaria, que denominamos "Derechos". Las disposiciones constitucionales, legales, que expresan estos derechos (tales como "derecho a la vida", "derecho a la libertad", "al tránsito", "a la propiedad", etc.), no tendrían sentido si no podemos defenderlos. Estos derechos, si no pueden defenderse, quedarían simplemente como bellas expresiones de deseos. Es

* Trabajo presentado en el ciclo de conferencias sobre "Protección de la persona humana, Persona por Nacer". Palacio de Justicia, 19-20 de octubre de 2016.

** Abogada. Docente en la cátedra de Derecho Romano. Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica Ntra. Sra. de la Asunción.

necesario, entonces, que existan mecanismos que permitan defenderlos.

Una breve pesquisa que se inicia en el derecho romano nos ilustra que desde hace unos dos mil años atrás ya se viene discutiendo los derechos que tiene el *nasciturus*. Hoy, en plena era de reconocimiento internacional y universal de los derechos de los que gozamos todos los seres humanos –junto con evidencias científicas tales como que el corazón empieza a latir desde el décimo sexto día de la concepción–, el *nasciturus* sigue siendo objeto de polémica respecto a sus derechos, sobre todo a su derecho a nacer.

Para el derecho romano el término *Persona* no era sinónimo de ser humano. Sujeto de derecho era el hombre, pero no todo hombre, sino solamente aquel a quien la ley le reconocía capacidad jurídica (libres, ciudadanos y *sui iuris*). *Persona* era la denominación legal que recibían todos aquellos seres humanos, sujetos del derecho, a quienes las normas le otorgaban ese status en razón de las distintas actividades y roles que pudieran ejercer en la sociedad (padre de familia, hijo, comprador, vendedor, testigo, propietario, etc.) y el *nasciturus* ocupó una posición importante respecto al reconocimiento de su condición de Persona.

Investigaciones modernas de las fuentes del derecho romano admiten que al *concebido no nacido* se le reconoció entre otros derechos, el derecho a la vida. De ahí que los códigos actuales no hicieron más que adoptar la solución más fiel al espíritu de las fuentes clásicas.

Para Roma, la protección del nuevo ser era de sumo interés social, pues se consideraba fundamental para lograr la perpetuidad del grupo. El nacimiento se consideraba el punto de partida de la individualidad jurídica, por lo que al concebido no nacido se le dotó de una amplia protección dentro del ordenamiento jurídico romano.

A lo largo de toda la compilación justiniana es posible dar lectura a todo un sistema normativo de protección según la varie-

dad de situaciones que se presentaban en la sociedad romana de aquel entonces.

En el Digesto, Libro I, Título V, sobre el *statu hominum* se registraban las respuestas de los jurisconsultos Paulo y Juliano, quienes afirmaban en relación al concebido no nacido: “*el que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviese entre las cosas humanas, siempre que se trata de las conveniencias de su propio parto* (1)...” y luego también “*Los que están en el útero se reputa en casi todo el derecho civil que son como nacidos*” (2).

La libertad era un atributo para la consideración de persona, por lo tanto, quienes estaban sometidos a esclavitud no eran personas. Sorprende sin embargo que se hayan tomado el trabajo de establecer en qué situación se encontraba quien era concebido por mujer esclava. Así es que disponían que naciera libre quien, habiendo sido concebido por esclava, esta hubiera gozado un momento de libertad durante la gestación o habiendo sido libre fuese esclava al momento del parto, “*porque la calamidad de la madre no debe perjudicar al que está en el vientre*” (D.1.5.5.2-3).

Respecto al aborto, refiere Ulpiano “*si constare que una mujer se hizo violencia en sus entrañas para abortar, el Presidente de la provincia la mandará a destierro*” (D.48.8.8). En el mismo sentido dice Marciano en D.47.11.4.

El castigo no se refería solo a la mujer sino también a quienes la ayudaren a abortar. Así, se lee en las Sentencias de Paulo (Libro I) “*Los que dan bebida para abortar o amatoria, aunque no lo hagan con dolo malo, son, sin embargo, porque la cosa es de mal ejemplo, condenados a las minas, si son de baja clase, y relegados a una isla con confiscación de la mitad de sus bienes los de otra más elevada. Pero si por ella hubiere muerto la mujer o el hombre, serán condenados al sumo suplicio*”.

(1) D.1, 5, 7.- *Qui in utero est, perinde ac si rebus humanis esset ...*

(2) D.1, 5, 26.- *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse.*

Decidir sobre la vida y muerte de los hijos, era una potestad dada al Pater, pero, sin embargo, en cuanto se trataba del *nasciturus*, ese poder era limitado, puesto que la acusación de adulterio y la ejecución de pena capital eran suspendidas al igual que la tortura y la muerte a la mujer embarazada, porque se debía “evitar causar perjuicios al nacido” (3).

Aunque la mujer esclava no era considerada *persona*, Papiiano mencionaba en Dig. 35.2.9.1 “*En cuanto a lo que está en el vientre de una esclava no se admitió ninguna distinción de tiempo; y no sin razón, porque el parto que aún no ha sido dado a luz no se dice con razón que sea un hombre*”.

La figura del *Curator Ventris* aparece en materia sucesoria, previéndose la tutela del concebido para el caso de padre fallecido previamente y dice Ulpiano en comentarios al Edicto: *Mas el que está en el claustro materno es puesto en posesión siempre que no fue desheredado, y lo que hubiere en el claustro materno habrá de ser considerado entre los herederos suyos...* (Dig. 37.9.1.2).

Si bien el *Curator Ventris* pareciera que solo se otorgaba para cuidar de los bienes del concebido, a través del Edicto “*carbonianum*” atribuido al Pretor Censo Carbio, que otorgaba la “*Bonorum Possessio*” al impúber, por lo que el Pretor utilizaba también este edicto para amparar al que va a nacer “*ya que se debía proteger más al que no ha nacido para que llegue a nacer, y al ya nacido para que sea reconocido en la familia*” (Dig. 37.9.15).

Esta postura se reafirma al leer a Ulpiano quien expresaba en D.37.9.17 “*Más siempre que el que está en el claustro materno es puesto en posesión suele pedir la mujer un curador para él (curator ventris) y también para los bienes (curator bonis), pero si el curador hubiera sido dado ciertamente sólo para el que está en el claustro materno, se les ha de permitir a los acreedores que custodien los bienes, más si el curador fue nombrado no solamente para el que está en el claustro materno, sino también para los bienes, pueden estar seguros los acreedores porque la res-*

(3) D.1.5.18; 48.19.3; 37.9.8.

ponsabilidad le corresponde al curador. Por lo tanto, es conveniente que cuiden los acreedores u otro cualquiera que espere la sucesión no habiendo sido dado luz al parto, de que se dé en virtud de información de curador, por supuesto, abonado para los bienes”.

Pero posteriormente el propio Ulpiano afirmaba en el párrafo 18: *“Más observamos este derecho, que se dé al curador así para los bienes como para el que está en el claustro materno”*, lo que lleva entonces a suponer que el Curador era uno solo, tanto para los bienes como para el cuidado del concebido, como luego se sigue expresando en los párrafos 19 y 20 que refieren las atribuciones del Curador de proporcionar a la mujer comida, bebida, vestido y habitación digna. De la misma manera refería Gayo en Dig. 37.9.5 *“El Curador del que está en el claustro materno debe fijar alimentos para la mujer y no hace al caso que tenga dote con la que ella pueda sustentarse, porque se considera que los que en este caso se le prestan al mismo que está en el claustro materno. Párrafo 1. El Curador nombrado para el que está en el claustro materno debe tener cuidado de pagar las deudas, especialmente aquella que se debe bajo pena o mediante prendas de precio”*.

Si el difunto no tenía casa, el *Curator* debía arrendar una para la mujer y sus esclavos (Dig. 37.9.4). En definitiva, el rol del *Curator* era llevar la administración y cuidado del *nasciturus*, con el mismo celo que los curadores de menores de edad y los tutores de los impúberes (Dig. 37.9.22).

El *Curator Ventrís* protegía no solo los bienes, sino también la propia vida del concebido hasta el momento de su nacimiento, por lo que, si fuera entendido que era solo una “cosa”, no tendría sentido la designación de un curador; de ahí que los estudiosos del Derecho Romano hablan de una paridad entre el concebido y el nacido a la luz de todas las disposiciones anteriormente citadas.

Todas estas citas y pasajes y muchas más encontradas en las fuentes romanas, apuntaban a la protección del derecho a la vida del *nasciturus*, puesto que la persona por nacer, aún sin todos los avances médicos de la actualidad, para Roma, no era considerada una persona “futura”, sino que ya existía en el vientre de la madre,

razón por la cual crearon disposiciones normativas para la protección del más débil que sirviera de escudo para la defensa del concebido en la sociedad romana.

En la actualidad, y sobre todo en nuestro orden jurídico, existen distintas y variadas normas que tienden a proteger al concebido no nacido desde la garantía constitucional del Art. 4 (4) al reconocimiento de su capacidad de derecho desde su concepción... para adquirir bienes por donación, herencia o legado, como lo dispone el Art. 28 del Código Civil.

Sin embargo, la normativa revisada (no todas citadas por su extensión), carece de un mecanismo procesal y de un agente legal concreto encargado de defender el derecho a la vida del *nasciturus*; que como una maquinaria en serie se pueda poner en marcha, apenas se noticie la necesidad de defender al *nasciturus*; como por ejemplo, frente a la siguiente norma del Código Penal a fin de evitar que ocurra (5):

Artículo 109.- Aborto. 1º.- El que matare a un feto será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años. Se castigará también la tentativa. 2º.- La pena podrá ser aumentada hasta ocho años, cuando el autor: 1. Obrara sin consentimiento de la embarazada; 2. Con su intervención causara el peligro serio de que la embarazada muera o sufra una lesión grave.

3º.- Cuando el hecho se realizare por la embarazada, actuando ella sola o facilitando la intervención de un tercero, la pena privativa de libertad será de hasta dos años. En este caso no se castigará la tentativa. En la medición de la pena se considerará, especialmente, si el hecho haya sido motivado por **la falta del apoyo** garantizado al niño en la Constitución.

(4) El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción.

(5) Ley N° 3.440/08 que modifica varias disposiciones de la Ley N° 1.160/97, Código Penal.

La omisión de los legisladores en la Ley N° 1680/2001 Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), respecto a la inclusión de la protección de la persona por nacer, fue salvada mediante una ley complementaria, la N° 2169/2003, “Que establece la mayoría de edad”. Esta ley determina que el alcance del término “niño” es: “toda persona humana desde la concepción”. Por consiguiente, cuando cualquier código menciona dicho término, la lectura que debe darse es comprensiva tanto del que está por nacer, como del ya nacido.

Paralelamente a lo dispuesto en el segundo párrafo del Art. 9° y del Art. 4°, la Ley N° 1680/2001 también obliga al Estado a proteger a la persona por nacer concebida en mujer indígena, mujer insolvente, adolescente, aunque el niño nazca muerto o muriese durante el embarazo. Esta protección comprende alojamiento, alimentos, medicamentos e incluso contra el abandono de manera subsidiaria de acuerdo al alcance del término “niño”, interpretando el Art. 4° de la Constitución.

El concebido no nacido, rechazado por su progenitora, independientemente de la causa que lo impulsa (ya sea por lo mencionado en el último párrafo del inc. 3 Art. 109 de la Ley N° 3.440/08, modificatoria del Código Penal o por esgrimir el “derecho a decidir” sobre su cuerpo), o porque existe una sospecha médica de inviabilidad, se encuentra, según la disposición del Art. 4° de la Ley 1680/01 CNA, en una situación de abandono, amenazado de violencia y debe ser protegido mediante la figura de la representación.

Está claro que los enunciados citados precedentemente reafirman que el ordenamiento jurídico nacional reconoce plenamente la existencia y capacidad jurídica de la persona por nacer, así como el derecho a ser protegido. Sin embargo, frente a un conflicto de intereses entre el *nasciturus* y sus representantes legales, ¿quién asume o cómo se asume esta protección? ¿Quién lo representa?

Las personas por nacer, según el Art. 37 del Código Civil, son consideradas incapaces absolutos de hecho (6) y la representación de los mismos se otorga a los padres y en caso de incapacidad de los mismos se nombra *un curador*.

El Art. 40 del CC dice: "*Son representantes necesarios de los incapaces de hecho absolutos y relativos: a) de las personas por nacer, los padres y por incapacidad de estos, los curadores que se les nombren*". Y en el párrafo final del artículo se agrega "...estas representaciones son extensivas a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este Código". Posteriormente el Art. 41 aclara: "*En caso de oposición de intereses entre los del incapaz y los de su representante necesario, este será substituido por un **curador especial para el caso de que se trate***". Esta es la única norma que considero eficaz y que más se acerca a una definición de causal de intervención representativa del concebido que, fuera del procedimiento de pérdida de la patria potestad, permite precautelar todos sus intereses.

Cuando el mismo Código establece la necesidad de la declaración de incapacidad, omite citar lo establecido en el inc. a) del Art. 40 y tampoco lo menciona cuando dispone sobre el nombramiento de la curatela (7), remitiendo al Código del Menor, hoy Código de la Niñez y Adolescencia, en cuanto a curatela, todo lo relativo a la tutela que este ordenamiento legisla.

(6) Art. 37 CC.- Son absolutamente incapaces de hecho: a) Las personas por nacer.

(7) Art. 73 CC.- Serán declarados incapaces y quedarán sujetos a curatela los mayores de edad y los menores emancipados que por causa de enfermedad mental no tengan aptitud para cuidar de su persona o administrar sus bienes, así como los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito u otros medios, que se hallen en las mismas circunstancias. Art. 266.- Se nombrará judicialmente curador a las personas interdictas o inhabilitadas. Son aplicables a la curatela, las disposiciones del Código del Menor relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo.

Si el término “niño” comprende también a la persona por nacer, entonces todo lo preceptuado en la Ley N° 1680/2001 le es aplicable. En este sentido, revisado el tema de la representación, se encuentra que al concebido lo representa además de las personas citadas en el Art. 4° (padres biológicos, adoptivos, guardadores y parientes consanguíneos), el Estado de manera subsidiaria y de manera directa de acuerdo a la interpretación del Art. 162 (8) del citado Código que en su segundo apartado dispone que la Defensoría de la Niñez y de la Adolescencia “*será parte esencial y legítima en los juicios de patria potestad, tutela y adopción*”. No menciona el caso de “oposición de intereses” y tampoco ésta es una causal que se menciona entre los casos previstos en el Art. 73 CNA. “De la pérdida de la patria potestad”, salvo que se lo asimile a lo expresado en los incs. a, c, d (9), para lo cual se exige un procedimiento previo.

Lo anecdótico del Art. 162 de la Ley N° 1680/2001 es la afirmación que fuera de los casos de patria potestad, tutela y adopción, solo interviene la Defensoría de la Niñez *cuando el niño/a no tiene defensor particular*. Y si se revisa la Ley N° 4423/11 del Ministerio de la Defensa Pública, se lee en el Título II “Funciones del

(8) Artículo 162 CNA.- De la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia. Créase la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, dependiente del Ministerio de la Defensa Pública.

Será parte esencial y legítima en los juicios de patria potestad, tutela y de adopción. En los demás procesos judiciales en que hubiese que precautelar intereses del niño o adolescente, deberá intervenir cuando éste no tuviese defensor particular.

(9) Artículo 73 CNA.- De la Pérdida de la Patria Potestad. La patria potestad se perderá por declaración judicial en los siguientes casos: a) por haber sido condenado por la comisión de un hecho punible en perjuicio de su hijo; b) por haber fracasado el proceso de adaptación a la convivencia, en los casos en que se trate de hijos adoptivos; c) por acciones que causen grave daño físico, psíquico o mental a su hijo; y, d) por omisiones que, por su gravedad, pongan a su hijo en estado de abandono y peligro.

Ministerio de la Defensa Pública”, Art. 9, Inc. 3 (10), que el alcance de las funciones de *asesorar, asistir, representar y defender gratuitamente* de la Defensoría Pública se limita a las personas físicas, aunque, lógicamente dentro de la interpretación amplia y a la luz del Art. 28 del CC y el Art. 1 de la Ley N° 2169/2003, las funciones del Defensor Público comprende también la defensa de las personas por nacer, aunque en ninguna parte del Código de la Niñez y de la Adolescencia y tampoco de la Ley del Ministerio de la Defensa Pública se mencione la **defensa de la vida y la continuidad de la vida del concebido no nacido**.

El CNA habla de una “tutela especial”, Art. 125, “cuando los intereses del niño o adolescente estén en oposición con los de su padre o madre, bajo cuya patria potestad se encuentre” y concluye el capítulo V, diciendo en el Art. 126, “solo podrá intervenir en el negocio o gestión para el cual ha sido designado. Su designación no modifica el ejercicio de la patria potestad ni las funciones del tutor general”. Tampoco esta norma menciona al concebido no nacido como sujeto de dicha “tutela especial”.

Se puede afirmar que existen cientos de normas que defienden casi todos los derechos y para los cuales se han creado mecanismos procesales y agentes legales encargados de defenderlos, pero cuando se trata del *nasciturus*, ¿quién defiende su derecho a la vida? ¿Y máxime aún, cuando el mismo entra en conflicto con los intereses de sus representantes necesarios o estos son incapaces o incluso contra la sabiduría médica? ¿Es la curatela especial del Art. 41 del Código Civil o la tutela especial del Art. 125 del CNA la institución que debe representar al *Nasciturus*? ¿O es el defensor/a

(10) Artículo 9°.- Funciones Principales. La Defensa Pública tendrá las siguientes funciones principales: 3. Asesorar, asistir, representar y defender gratuitamente a las personas físicas que carecen de recursos suficientes para el acceso a la jurisdicción. Ejercerá así la tutela judicial efectiva de sus derechos en condiciones de igualdad.

de la Niñez y Adolescencia quien se convierte en “curador especial” para la defensa de la vida del Concebido no nacido?

Si en el Sistema de Justicia Nacional se han incorporado las figuras del Defensor del Pueblo, del Defensor de incapaces, del Defensor de la niñez, la Secretaría de la Niñez y Adolescencia, los Consejos municipales de la niñez, etc., es posible pensar en crear la figura de quien se ocupe de cuidar la continuidad de la vida, independientemente de que esa vida esté en oposición a otros intereses. ¿Acaso un moderno Curator Ventrís pro vita?

Como puede observarse entonces, tanto en Roma como hoy, las normas destinadas a proteger indirecta o directamente al *nasciturus* siguen estando dispersas. No existe la figura de un único defensor integral y la prohibición del aborto en nuestro país, no impide que el mismo se realice. Por lo tanto, ¿no es ya tiempo de empezar a diseñar un sistema de protección, donde en caso de duda, prevalece la vida, para la persona por nacer?

Lo primero es no hacer daño, *primum non nocere*, principio que se recoge en materia de protección al ambiente. Y si la vida humana es un fin, superior a cualquier otro bien, por lo tanto, si tanto se cuida, se protege y se lucha por la conservación del medio ambiente, ¿acaso no se debe proteger integralmente también al que va a nacer? Y rescatando el principio penal, aplicar “en caso de duda, a favor de la vida”, dice Pedro Montano en su artículo “*El principio in dubio pro vita*” (11).

Finalmente, esta ponencia lo que pretende es ir más allá del derecho romano, de nuestro derecho vigente, para que frente a las situaciones que atraviesa la sociedad actual, el *nasciturus* pueda contar con un sistema más integral de protección; que ese derecho a la vida consagrado en nuestras leyes y convenciones internacionales se anteponga firmemente bajo el principio “en caso de duda, a favor de la vida”, a cargo de un defensor del *nasciturus*.

(11) *El principio in dubio pro vita*. Revista Universitas. Instituto Tomás Moro. FCHD-UCNSA. Año 8. N° 8, 2006-2007.

Bibliografía

Cuerpo del Derecho Civil Romano. D. Ildefonso García Del Corral. Barcelona 1897. Editorial Lex Nova S.A. Valladolid. ISBN 84-7557-275-8 (obra completa).

Reglas de Ulpiano. Nina Ponssa de la Vega de Miguens. Ediciones Lerner. 1970. Buenos Aires.

Gayo. Institutas. Alfredo Di Prieto. Quinta edición. 1997. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires.

La persona humana antes del nacimiento. Olsen A. Ghirardi. 1991. Editorial El Copista. Córdoba.

“Siete notas por la vida y algunas observaciones sobre la condición de la mujer en el derecho Romano”. Universitas. Revista del Instituto Tomás Moro. N° 7. Año 7. 2005. Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas. Universidad Católica Nuestra Sra. de la Asunción.

La persona en el Derecho Romano y su influencia en el sistema jurídico de la América Latina. Joaquín Alvarado Chacón. Docente Facultad de derecho de la Universidad de Carabobo. Publicado en el Anuario Vol. 25 del Instituto de Derecho Comparado.

Situación jurídica del Nasciturus: en el Derecho Romano y en la legislación argentina. Ponencia presentada por los profesores Mirta N. Keegan y Andrés E. Guillen en el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano.

D.48.8.8. Un caso particular de límite temporal a la Vitae Necessitudo Potestas. Prof. Luis Martin Poehls. Ponencia presentada en el XXI Encuentro de Profesores de Derecho Romano ADRA. La Plata 2013.

Curator Ventris. Voz en Enciclopedia di Bioética e Scienza Giuridica (a cura di E. Sgreccia e A. Tarantino) III, Nápoli 2010. Pp. 764 y sgtes. Prof. María Pía Baccari.

La Persona Por Nacer en las Fuentes Romanas y su Proyección a la Legislación Argentina. Abog. Susana Estrada, Prof. Universidad Católica de Santiago del Estero y Universidad Nacional

de Tucumán. Ponencia presentada en el XX Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano 2011.

Roma. Derecho e Historia. Augusto Jordán Quiroga. 1998. ODEC. Cochabamba.

Constitución Nacional del Paraguay de 1992.

Código Civil Paraguayo (Ley 1183/85).

Código de la Niñez y de la Adolescencia (Ley 1680/2001).

Ley 2.169/2003 que modifica la Ley 1680/2001).

Ley 3.440/08 que modifica varias disposiciones de la Ley N° 1.160/97, Código Penal.

Ley 4423/11 Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública.



EL DERECHO A ABORTAR IMPLICA LA EXPLOTACIÓN Y EL ABANDONO DE LAS MUJERES *

Richard Stith

No cabe duda de que, en los últimos siglos, la Derecha liberal ha sido defensora de la libertad individual, y que esta lucha ha liberado a la humanidad del feudalismo y de los ciegos tradicionalismos que acotaban las posibilidades humanas. La Izquierda comunitaria e igualitaria ha sido fundamental para el desarrollo de la sociedad por otra razón: Ha llamado la atención sobre el hecho de que la pura libertad nos lleva a la ley de la selva, a la guerra hobbesiana de todos contra todos, y de que hemos de cuidar que los débiles no pierdan su vida a causa de una libertad incontrolada.

Por mucho tiempo, los liberales han dominado los debates sobre el aborto. La Izquierda ha de asumir el papel que siempre ha desempeñado en la vida pública: desenmascarar una vez más el modo en que los derechos particulares e individualistas –como el del aborto– terminan explotando a los más débiles. Detrás de mu-

* Presentada el 21 de octubre de 2016 para la Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, Universidad Católica de Asunción. Revisión de una conferencia pronunciada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 25 de agosto de 2008.

chos derechos del sujeto, encontramos estructuras de poder e inequidad.

Esta presentación se centra en el Derecho, no en la Medicina. Las consecuencias médicas del aborto para el feto, y también para la mujer, han sido ya frecuentemente tratadas. Examinamos hoy, en cambio, otras consecuencias perjudiciales para la mujer. El derecho a abortar empodera a los opresores de ella: primero antes del embarazo, luego durante el embarazo, y finalmente después del nacimiento de una hija o un hijo. Es decir, el derecho al aborto daña a las mujeres mucho tiempo antes de que ellas lo elijan, y también mucho tiempo después de que lo rechacen.

I. El aborto libre aumenta el poder de los hombres sobre las mujeres antes y durante del embarazo

En Estados Unidos se levantó una voz importante desde la Izquierda después de que el aborto a petición se legalizó en 1973 – en la famosa sentencia *Roe v. Wade*– como defensa de “la privacidad”. La voz fue la de la feminista radical Catherine MacKinnon. En su ensayo “La privacidad contra la igualdad” (en FEMINISM UNMODIFIED 93-102, 1987) explica que “los que proponen y los que se oponen al aborto comparten tácitamente un supuesto, que las mujeres controlan de manera significativa el acto sexual. Investigaciones feministas sugieren lo contrario. El coito... no puede ser asumido simplemente determinado de manera co-igual”. Agrega que “los hombres controlan la sexualidad...*Roe* no contradice este hecho”.

MacKinnon sigue argumentando:

Mientras las mujeres no controlemos el acceso a nuestra sexualidad, el aborto facilita la disponibilidad heterosexual de la mujer. En otras palabras, bajo condiciones de no igualdad de género, la liberación sexual en este sentido no libera a las mujeres; libera la agresión sexual varonil. El acceso al aborto elimina la única excusa que quedaba para que las mujeres rehusaran el sexo, más allá del dolor de cabeza. ... La Fundación Playboy ha apoyado los derechos de abortar desde el primer día; sigue haciéndolo....

Refiriéndose específicamente a la sentencia *Roe*, MacKinnon concluye: “La doctrina de la privacidad es un transmisor ideal para este proceso...[Pues] afirma que, siempre que la sociedad no interfiera, los individuos autónomos se relacionan de manera libre e igual. ... Bajo esta luz, el derecho a la privacidad tiene aspecto de agresión presentada como regalo. ... Virtualmente cada pizca de control que las mujeres ganaron [en *Roe*] ha ido directamente a manos de los varones...”.

Los economistas han comprobado el efecto reconocido por MacKinnon. El acceso al aborto ha servido como seguro, aumentando la expectativa y la frecuencia del acto sexual entre jóvenes, haciendo más difícil que la joven lo niegue al varón, y así incrementando los embarazos y las enfermedades sexuales (Véase por ejemplo *Jonathan Klick y Thomas Stratmann, The Effect of Abortion Legalization on Sexual Behavior: Evidence from Sexually Transmitted Diseases*, JOURNAL OF LEGAL STUDIES (2003)). Me acuerdo de un joven universitario estudiante de derecho quien decía “Estoy a favor del aborto porque no me gusta usar un condón”. En la misma línea, le pregunté a una universitaria de buena posición económica, que vivía con su novio, si estaba a favor o en contra del aborto. Me respondió “Estoy a favor, ¡pero nunca se lo digo a él!” Si el amante piensa que el aborto es una opción, cuidará menos que su compañera no termine embarazada.

Si el derecho de abortar se expande, pero a la vez se esconde, la explotación de la mujer estadounidense, quien es relativamente más libre y “empoderada” en comparación con la de los países en desarrollo, ¿Qué pasaría en un país con más pobreza y posiblemente con mayor tendencia al machismo?

Quizá se pueda pensar que el libre acceso al aborto sería liberador de mujeres independientes –en el sentido económico, social, y psicológico– pero ellas no representan la mayoría de las mujeres ni en los EE.UU. ni menos aún en los países en desarrollo. No debe sorprender que, en las encuestas estadounidenses a través de las décadas, más mujeres suelen estar en contra del aborto que hombres (Clarke D. Forsythe, ABUSE OF DISCRETION: THE IN-

SIDE STORY OF ROE V. WADE, pp. 74, 305 (New York-London: Encounter Books, 2013)), salvo entre la gente de más altos ingresos, donde es al revés, donde hay más mujeres pro-aborto que hombres. La división principal sobre el aborto no se encuentra entre hombres y mujeres, sino entre las mujeres de estos estratos altos que se creen libres, y así ven el aborto como una opción propia, y las masas de mujeres que entienden que ese derecho solamente permite que el padre, el marido, el amante, o el empleador – incluso el proxeneta– pueda más fácilmente quitarles una de las pocas satisfacciones de sus vidas: El amor de un hijo o hija.

Aún en los EE.UU., un 64% de mujeres que abortan se sienten presionadas por otras personas. (Vincent M. Rue et al., *Induced abortion and traumatic stress*, MEDICAL SCIENCE MONITOR 10(10): SR5-16 (2004). Muchísimas mujeres abortan para satisfacer los deseos de personas que no quieren acoger a sus hijos (Frederica Matthews-Green, REAL CHOICES (1994).

El peligro para la salud mental de la madre de la legalización del aborto en general es muy controvertido, pero todos parecen estar de acuerdo en que el aborto de una mujer presionada a hacerlo puede terminar en un daño psíquico. El Dr. David Fergusson (quien se describe a sí mismo como “ateo y en pro-choice”) de Nueva Zelanda ha mostrado la alta incidencia de depresión tras un aborto legal, y la necesidad de que las clientes lo sepan antes y que reciban después la ayuda médica apropiada. (Fergusson, D. M., Boden, J. M., & Horwood, L. J. (2007), *Abortion among young women and subsequent life outcomes*, *Perspectives on Sexual and Reproductive Health*, 39(1), 6-12; y Fergusson, D. M., Horwood, L. J., & Ridder, E. M. (2006), *Abortion in young women and subsequent mental health*, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 47, 16-24.) O el aborto en sí tiende a deprimir a la mujer, o esta alta incidencia de depresión indica que muchas mujeres han sido presionadas a abortar.

En los países del tercer mundo, la situación de la mujer puede ser mucho peor. El aborto libre aumenta el poder de opresión de los hombres y así daña a las mujeres, con la posible excepción

del pequeñísimo porcentaje de mujeres de la alta sociedad, de quienes desgraciadamente en ocasiones proviene la única voz femenina que se escucha en los altos organismos nacionales e internacionales. Proclamar por el mundo entero el derecho al aborto es adoptar como el único modelo válido de ser mujer solamente el de las clases sociales acomodadas de los países ricos, o de sus equivalentes en los países en desarrollo. Para no ser cómplices en la desventura de las mujeres no-ricas, habría que liberarlas y empoderarlas frente al sexismo cotidiano y al machismo, como quiere Mac Kinnon.

En el fondo, el problema no es tan complicado. La Izquierda siempre nos ha advertido del gran peligro de los derechos individualistas: Los que toman las decisiones fácticas son los que de verdad poseen los derechos, sin que importe quienes son jurídicamente sus titulares formales.

Quizá alguien diga que aquí se pinta a las mujeres en los países en desarrollo con colores demasiado grises. Las mujeres embarazadas no son niñas. Son adultas y pueden tomar sus propias decisiones; decir lo contrario sería una especie de paternalismo. A esto, se puede responder que la Derecha liberal suele responder así a toda crítica al sistema *laissez faire*. En cambio, la Izquierda comunitaria no ha estado nunca de acuerdo con eliminar todo *maternalismo* de la ley mientras que haya grandes diferencias de poder entre clases, o entre hombre y mujer. Es importante que la ley nos prohíba vender nuestro derecho a la vida a un cazador rico, o nuestro derecho a la integridad personal a un sadista y mutilador, o nuestro trabajo a una empresa que prohíbe todo derecho sindical a sus obreros o que paga menos del salario mínimo. Si fueran legales tales actos, se facilitarían. La libertad puede perjudicar a la persona que la posea. Quien limpia el banco durante la noche, agradece no tener la llave de la caja fuerte. Su falta de poder de abrir la caja es una protección contra la violencia.

II. La opción de abortar aumenta el abandono de las mujeres quienes *no* deciden abortar

Es cierto que algunas mujeres pueden resistir presiones y negarse a abortar durante embarazos deseados por ellas. Sin embargo, la legalización del aborto a quien lo pida hace que ellas también sufran, como veremos a continuación. El derecho al aborto es aún más peligroso que muchos otros derechos individualistas, porque este derecho genera un círculo vicioso del cual muchas mujeres no tienen salida, independientemente de su decisión personal.

Si la mujer aborta, el varón se ve liberado de cualquier responsabilidad como padre, y a la vez conserva a la mujer como objeto sexual, tal y como ya se ha señalado en esta presentación. Más sorprendentemente, si ella rechaza el aborto y da a luz a su hijo o hija también puede perder. Ya que la decisión de no abortar ha sido de ella sola, y sobre todo si él ha ofrecido pagar los costos de la terminación del embarazo, el padre pensará que el nacimiento de la niña o el niño es responsabilidad de ella sola. Así también, el cuidado y la formación le pertenecerán a ella sola. A consecuencia de esto, se ha incrementado significativamente el número de familias encabezadas por una madre soltera. La actual directora del Federal Reserve Bank de los Estados Unidos, Janet Yellen, es coautora del estudio económico más importante sobre este efecto. (George A. Akerlof, Janet L. Yellen, y Michael L. Katz, *An Analysis of Out-of-Wedlock Childbearing in the United States*, 111 QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 277 (1996)) (La economista Janet L. Yellen es la actual Directora del Federal Reserve Bank de los Estados Unidos).

Peor aún si se descubre durante el embarazo que el niño es discapacitado: Si ella no aborta, ella será la culpable del costo y de las “molestias” que ese tipo de niño trae consigo para el padre y para el sistema de seguridad social. Es posible que hasta los médicos (THE COST OF “CHOICE” 46-47, 2004) y sus conocidos la hagan sentirse culpable por no haber abortado.

Un empleador puede reaccionar de manera igual. Si él (o el Estado) paga los abortos, se va a sentir menos obligado a adecuar sus prácticas laborales para la mujer embarazada o para la mujer que cuida a su hijo. Si a causa de la maternidad la mujer tiene problemas con las condiciones de trabajo, o con el horario, la situación se puede considerar como un problema “privado” que ella pudo haber evitado, como advertiría Catherine MacKinnon. La mujer pierde legitimidad para reivindicar mejores condiciones laborales y familiares.

Al nivel superficial de la teoría se entiende por qué el aborto parece ofrecer una liberación, pero al nivel real e individual abre la caja de Pandora. A lo largo de la historia humana, los hijos e hijas han sido una consecuencia inevitable de las relaciones naturales entre varones y mujeres. Por lo tanto, los dos sexos se sabían igualmente responsables por ellos, y la sociedad no tenía otra posibilidad que adecuarse y ayudar en su formación. La anticoncepción disminuye, pero no elimina estas conexiones y responsabilidades; pues nunca evita todo nacimiento. A pesar de los anticonceptivos, los nacimientos siguen sucediendo, y hay que cuidar a los hijos.

Esto no sucede con el aborto por libre elección. El aborto previene de manera absoluta el nacimiento de un hijo. Por lo tanto, la decisión libre sobre el aborto desvincula el nacimiento de las causantes del embarazo. No importa que la cultura haya favorecido el sexo libre, por ejemplo, o que el marido haya insistido en el acto sexual cuando su esposa no lo quería. Es ella y sólo ella la que decide si el niño entra al mundo. Por primera vez en la historia, el marido, el amante, y el patrón –y la seguridad social– pueden apuntar con el dedo hacia la mujer como la persona concreta que permitió el nacimiento de un ser humano no querido por ellos. Pueden decir entonces que ella es la única persona responsable por la crianza de la criatura.



EN DERECHO Y EN JUSTICIA, REFLEXIONES EN TORNO AL ABORTO, EL DERECHO A LA VIDA Y A LA LIBERTAD

Jorge E. Traslosheros *

En meses pasados la Asamblea de Representantes del Distrito Federal aprobó una reforma del Código Penal de la ciudad cuya principal consecuencia fue la despenalización indiscriminada del aborto hasta los tres meses de embarazo de la mujer, es decir, hasta las doce semanas de desarrollo del ser humano en el vientre materno. Me parece que no se ha analizado con serenidad las materias del debate y que este ha sido dominado por posiciones extremas e irreductibles. Con la firme intención de buscar caminos racionales y razonables de solución al problema, en este breve ensayo compartimos una serie de comentarios con el fin de aclarar: primero, cuál es su realidad y la materia del debate; segundo, su dimensión jurídica y social, o de sociología jurídica como se prefiera y; tercero, abonar en beneficio de soluciones justas, es decir, que den a cada parte lo que por derecho le corresponde.

* Doctor en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Tulane, Nueva Orleans, Luisiana, Estados Unidos. Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

En el debate en curso es conveniente partir del reconocimiento de que, más allá de números y estadísticas, él es una tragedia objetiva que involucra por lo menos a la mujer embarazada, al ser humano en desarrollo que se encuentra en su vientre, al hombre que participó del embarazo, a los profesionales de la salud, y al Estado. Un asunto de justicia ante el cual no podemos permanecer indiferentes.

1. La materia de debate

El centro del debate sobre el aborto es la mujer embarazada que NO quiere ser madre. El escenario en el que nos movemos es el seno materno por ser éste el lugar físico, individual, social, cultural en el que se encuentran dos personas que parecen estar en contradicción: la libertad de la una y la vida de la otra. No debemos llamarnos a engaño. Cualquier otra razón que se esgrima para justificar o para negar el aborto se subordina al problema aquí expuesto. Es claro que si la mujer decide ser madre el debate se vacía de contenido, el dilema deja de existir. Sin embargo, no podemos pasar por alto que las condiciones existenciales o sociológicas en que viva o que rodeen a una mujer podrán ser agravantes o atenuantes para tomar ciertas decisiones. Estamos ante un asunto de derechos humanos con implicancias éticas, jurídicas, sociales y culturales de la mayor importancia en el cual se involucran, por igual, el derecho innegable de la mujer a la libertad y el derecho también innegable a la vida de un ser humano, en este caso del niño por nacer.

Aclarado la sustancia misma del problema y el dilema que implica, es posible comprender la existencia de tres grandes posiciones al respecto. Estas son:

1. Lo que hay en el vientre materno NO es –o parece no ser– un ser humano por lo que es legítimo matarlo en beneficio de la libertad de la mujer, del derecho a su autodeterminación.

2. Lo que hay en el vientre materno SI es un ser humano y su derecho a la vida es el único a considerarse, por lo que la mujer NO tiene derecho a la libertad bajo estas circunstancias.

3. En el vientre materno SI hay un ser humano en desarrollo y la mujer SI tiene derecho a decidir sobre su maternidad.

Las dos primeras son excluyentes y pretende, según la virulencia con que se enarbolan, disminuir o negar los derechos del niño por nacer o de la mujer. En ambos casos se procede a negar parte esencial, parte constitutiva de toda persona. Su extremismo lleva a la confrontación y al desprecio de la otra parte generando un “diálogo” de sordos. Provoca división y enemistad ahí donde el debate se plantea en estos términos. Estamos ante extremismos que NO resuelven el problema pues pretenden hacerlo eliminando a alguna de las partes. Son propuestas injustas en su origen pues se niegan a dar a cada quien lo que por derecho le corresponde: a una la vida y a otra la libertad.

Solo la tercera parte propuesta arriba indicada considera los derechos de ambas personas y, en consecuencia, logra un equilibrio (equidad) que puede ser enunciado de la siguiente manera: si bien la vida es el primero de todos los derechos, por el hecho de no poder separar a la mujer del niño concebido de momento, también es nuestro deber ético, social y jurídico considerar la libertad de la mujer. Por dar a cada quien lo que por derecho le corresponde resulta ser la única solución justa, lo que nos pone de frente a la dimensión social y jurídica del debate.

2. La dimensión social y jurídica del debate

2.1. De los derechos fundamentales y el diseño sociológico

Sabemos que la construcción de una sociedad democrática, progresista, incluyente, justa y participativa no tiene fin, que constituye un proyecto histórico al mismo tiempo en proceso y en acto, que siempre podemos ser mejores como personas y como sociedad a condición de que estemos dispuestos a lograr las mejores condiciones para su realización dentro de circunstancias concretas, sin regatear esfuerzos. Por lo mismo, es necesario revisar nuestras formas de convivencia para mejor ajustar nuestra cultura a esta deseable forma de relacionarnos los seres humanos, máxime cuando nuevos retos han de ser enfrentados. Un “ajuste” perma-

nente que, para ser tal, requiere del respeto a los mínimos de convivencia necesarios, de suerte que todos obtengan el mayor beneficio posible y razonable en respeto a los derechos de los demás. Estos mínimos son lo que llamamos jurídica y socialmente “derechos fundamentales”. Tres son los derechos fundamentales, capitales, cabeza y origen de todos los demás en grado tal que, de faltar uno, afectamos seriamente a los demás. Estos son la vida, la libertad y la justicia. Deben potenciarse entre sí para ser efectivos. Son condición jurídica y sociológica necesaria para armonizar las relaciones entre los seres humanos. Son parte constitutiva de la persona y por su naturaleza son generales y no son renunciables. Nadie puede derogarlos, ni la persona titular de los derechos, como tampoco una mayoría de votos por amplia que sea pues son condición del respeto a la dignidad humana.

No deben ser confundidos con los derechos patrimoniales que por definición son particulares, renunciables, enajenables y prescindibles por estar referidos y ejercerse sobre las cosas. En otras palabras, un ser humano no es una cosa y no podemos reducirlo a tal sin dañar seriamente su dignidad. Por ejemplo, nadie puede renunciar a su libertad y venderse como esclavo pues no sólo afectaría su libertad, también la de los demás en grave daño a la dignidad de todos. Ni siquiera podría hacerlo por causa aparentemente justa como sería liberar a su familia de una pesada deuda, como tampoco en el supuesto ejercicio de su independencia y autonomía. Tan es así que el orden constitucional del Estado mexicano prohíbe la esclavitud y el tráfico de seres humanos y ha separado tajantemente los problemas civiles de los criminales por lo que nadie puede ser sometido por deudas ni a pena de cárcel, ni a la pérdida de su libertad. Los derechos fundamentales son el sustento del sistema de protección de las personas que hoy denominamos “derechos humanos”.

Si observamos con atención, el respeto a los derechos fundamentales implica construir las relaciones humanas desde los más débiles dentro del ordenamiento sociológico, es decir, desde la atención a los desprotegidos, a los que no tienen voz, a los que carecen de medios de defensa. Se basan y dan forma, a la **ley del**

más débil. Lo contrario es conducir a la sociedad a la ley de la selva, según la cual sólo los más fuertes tienen derecho a sobrevivir, a dominar, en donde por un asunto patrimonial, por ejemplo, una deuda, alguien podría someter y esclavizar a los demás. Sólo cuando construimos el sistema de protección de la persona a partir del más débil y en razón de garantizar sus derechos fundamentales es que podemos asegurar con eficacia los derechos de todos sin distinción y, sobre esta base construir una sociedad justa que permita el desarrollo de una democracia incluyente y participativa.

Podemos afirmar, acorde a lo anterior, que el legislador obligado por ética jurídica a elaborar leyes que cumplan con los siguientes requisitos, sobre todo en situaciones tan dramáticas como el aborto: el mayor bien posible a todas las partes involucradas, procurando armonizar los intereses en conflicto, sobre la base del respeto irrestricto a los derechos fundamentales (vida, libertad y justicia), distribuyendo derechos y obligaciones. Estamos ciertos que la ley aprobada por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal y promulgada por el Gobierno de la Ciudad es violatoria de derechos fundamentales, es injusta y perjudica a la mujer y al ser humano en su vientre, así como al diseño de nuestra democracia y cultura.

2.2. De la ley del distrito federal sobre el aborto

Las reformas al Código Penal y a la ley de Salud del Distrito Federal tienen tres consecuencias principales:

1. Se despenaliza el aborto sin limitante alguna, por la razón que sea, por el motivo que se quiera, hasta la semana doce del desarrollo del ser humano en su vientre, es decir, hasta los tres meses de embarazo.

2. Se obliga al gobierno del DF a realizar los abortos sin limitante alguna.

3. Se extiende la práctica del aborto a los hospitales del gobierno y a cualquier hospital privado.

Para aquilatar esta legislación es necesario recordar que, para hacer o reformar una ley en el Distrito Federal se tienen que cumplir cuatro pasos que son:

1. Que alguna instancia competente presente una iniciativa de ley o de reforma a alguna ley.

2. Que se discuta en las comisiones de la Asamblea de Representantes del distrito Federal (ARDF) cercanas al tema hasta lograr un DICTAMEN. El dictamen debe explicar las razones y el sentido de ser de la reforma de la ley o de la nueva ley.

3. Que el dictamen y la reforma a la ley se discutan en el pleno con suficiencia hasta su aprobación o rechazo.

4. Que sea promulgada por el poder ejecutivo del Distrito Federal, en este caso el jefe de gobierno, para que la ley entre en vigor.

Es muy importante señalar que, según nuestras leyes –más concretamente la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación– el dictamen, la ley y sus artículos transitorios son igualmente válidos y deben ser considerados en cualquier disputa o interpretación: el primero, porque explica las razones de la reforma y el objetivo de su aplicación; la segunda, porque trata de la ley o su reforma cuyos contenidos deben ser claros, precisos y coherentes y; lo tercero, porque indica las particularidades de su aplicación.

El dictamen de la ley que comentamos reconoce de manera **explícita e inequívoca** que en el vientre materno lo que hay es vida humana en gestación, vida humana en desarrollo y que es un bien titulado por la Constitución Mexicana. El dictamen también reconoce que la mujer tiene derecho a decidir libremente sobre su maternidad y que ambos derechos, vida y libertad, están confrontados.

Después, a lo largo de sus muchas páginas vuelve sobre estos argumentos centrales. En otras palabras, tal es la hipótesis que guía su argumentación. Y, sin embargo, la reforma **despenaliza el**

aborto voluntario hasta la semana doce de gestación, hasta los tres meses de embarazo.

Considerada en sus propios términos la ley aprobada por la ARDF resulta contradictoria, inequitativa y por lo mismo injusta con consecuencias graves para el ejercicio de los derechos fundamentales que están en el origen y son el sustento de toda democracia que, como la mexicana, pretende ser incluyente, participativa y capaz de garantizar un desarrollo armónico de la sociedad. Entre sus principales problemas encontramos los siguientes.

Primero. En el argumento central de la reforma los legisladores reconocen que la tercera de las posiciones indicadas al inicio de este ensayo es la que promueve nuestra Constitución y, con ello, también parecen reconocer que es la correcta y justa (garantizar la libertad de la madre y la vida del niño por nacer). Sin embargo, de manera sorpresiva, prefirieron ubicarse en la posición extrema de la primera postura, es decir, negarle el derecho a la vida al concebido. Reconocen que se trata de un ser humano en desarrollo cuya vida está protegida por las leyes mexicanas, pero legalizan que se le de muerte.

Segundo. Esta forma favorece la ley del más fuerte por exentar al gobierno de la ciudad de México de su obligación primera que es la de ser gestor del bien común sobre la base de la protección y promoción de los derechos fundamentales. En este caso, le exime de proveer a una mujer que no quiere ser madre y al ser humano en su vientre de todo lo necesario para su buen desarrollo durante el embarazo y después del alumbramiento, estableciendo las políticas públicas y gubernamentales necesarias al efecto, ya sea que el Estado actúe por sí mismo o bien y sobre todo facilitando las iniciativas de la sociedad civil. Lejos de obligar al gobierno al cumplimiento de sus obligaciones con los más débiles, le convierte en un simple ejecutor de la muerte de un ser humano.

Por lo mismo, transfiere todo el peso de la decisión y la responsabilidad a la mujer, lo que resulta más grave cuando esta se encuentra en estado de indefensión, cuando está más necesitada de apoyo y protección. El gobierno se transforma tan sólo en el

operador de una decisión siempre dramática y terrible y no en el protector del más débil y sus derechos: la mujer y el concebido.

Tercero. La ley es injusta con el concebido y con la mujer. Con el concebido pues considera que su vida tiene menos valor que la libertad de la mujer, siendo que ambos derechos, como apuntamos, son necesarios e irrenunciables, y con la mujer pues considera que ella es la única culpable de su embarazo, ella es la única responsable de querer seguir embarazada pues el aborto ya es legal y bien podría practicarlos para no tener problemas ni “sufrir la pesada carga del embarazo y la maternidad”, según afirma el mismo dictamen.

Cuarto. Si observamos con cuidado, la ley es terriblemente injusta con la mujer, por ser MACHISTA. Exenta de toda responsabilidad al hombre que participó del embarazo a grado tal que ni siquiera se le menciona en el dictamen y mucho menos en las leyes reformadas. Hasta donde tenemos noticia, no puede haber embarazo sin la participación de un hombre con total independencia del método que se use para provocarlo. Con esto se favorece el machismo que se nutre precisamente de la irresponsabilidad del hombre con sus actos. No se trata de un asunto menor pues el machismo es una cultura de violencia contra la mujer, de violencia física y moral, individual y colectiva. El legislador, al cometer semejante injusticia incluso ignoró el reciente mandato (jurisprudencia) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el cual se obliga al padre biológico a responder por su paternidad con todas las consecuencias legales. Es una ley que fomenta, consiente y favorece el machismo en perjuicio directo de la mujer y la vida del concebido, que ejerce violencia contra los dos.

Quinto. Los graves defectos de la ley ahora en vigor en el Distrito Federal resultan todavía más sorprendentes cuando caemos en la cuenta de que, los mismos legisladores y autoridades de la ciudad que la promovieron y aprobaron reconocen en el mismo dictamen que existen otras alternativas de solución al aborto y que estas pueden ser aplicadas como son: la educación sexual, las campañas de prevención, el fortalecimiento del sistema de seguri-

dad social y la adopción. Sin embargo, la desdeñan. Por lógica y por ética jurídica nunca se debe elegir el mal, ni siquiera el mal menor, cuando se tienen alternativas que implican un bien para todas las partes. La dificultad en la implantación y desarrollo de políticas públicas en beneficio de los más, sobre todo de los débiles, no puede ser pretexto para esquivarlas.

2.3. Ante la duda, dos razones por la justicia

En el debate que aquí nos ocupa se han enarbolado ciertos argumentos con los que se pretende poner en duda así la condición humana del embrión, como la libertad de la mujer para elegir sobre su maternidad. De lo segundo podemos decir que, si una mujer, por la razón que sea, no quiere ser madre al momento de saberse embarazada tiene derecho a elegir no serlo, el mismo que le asiste a la madre de criaturas ya nacidas y que acude al sistema de seguridad social para dar a sus hijos en adopción.

Estoy cierto que, ante el ejercicio de esta libertad no debemos constituirnos en jueces, ni mucho menos en fariseos de dedo flamígero. En todo caso, nuestra responsabilidad como sociedad radica en procurar los medios para que la renuncia a la maternidad no implique la muerte de un ser humano.

Por lo que toca a la condición humana del embrión me parece necesario poner mucha atención a los últimos descubrimientos de la embriología y la genética. Según los últimos conocimientos al respecto ha quedado claro, y es difícil encontrar algún científico serio que lo niegue, que desde la fecundación estamos ante la presencia de vida humana, de un organismo con sus propias estructuras y funciones, auto-programado, que sus cambios morfológicos demuestran que se encuentra en pleno desarrollo y que pasará por ulteriores etapas como la fetal, la infancia, la adolescencia, la juventud, la madurez y la senectud.

Un desarrollo sostenido que sólo la muerte puede suspender, cuando esta ocurra, ya sea un minuto o cien años después. El embrión es un organismo estructurado, funcional, con desarrollo

autónomo orientado a fines previsibles que pertenece a la especie humana.

No obstante, lo anterior, hay quienes regatean o de plano lo niegan la condición humana al embrión bajo pretendidos argumentos de "objetividad científica". Así, en opinión de algunos especialistas, antes del tercer mes de embarazo no hay presencia de un humano en el vientre de la mujer. Afirman que tal existencia se verificaría en etapas posteriores del desarrollo de la vida humana. Sobre esta base aseguran la legitimidad del aborto pues no estaría matando a un miembro de nuestra especie.

Además de la violencia que tal opinión ejerce contra la evidencia que aporta la ciencia, quienes tal afirman en defensa del aborto tampoco se ponen de acuerdo sobre el momento del desarrollo de la vida humana en el cual se podría hablar propiamente de un ser humano.

Por sorprendente que resulte, el hecho es que entre quienes ponen en duda la condición humana del embrión y del feto humano no hay consenso alguno, no existe una sola opinión ni coherencia entre las mismas. Lo mismo encontramos quienes afirman que la humanidad depende de la aparición del corazón (semana cuarta o quinta del desarrollo de la vida humana), los que se centran en la definición del sistema nervioso central, postura hoy de moda (semana doce del desarrollo), los que dicen que de eso depende de la posibilidad de que el feto sustente la vida por sí mismo fuera del seno materno (séptimo mes de desarrollo), e incluso aquellos que afirman que no hay ser humano hasta el momento mismo del nacimiento, como los partidarios del aborto por nacimiento parcial, método recientemente considerado como infanticidio por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Ante tales inconsistencias, ¿cómo se pretende sostener una mínima opinión a ser considerada con seriedad? La condición humana de quien sea no puede estar sujeta a la simple opinión orientada por el gusto o la conveniencia. Una afirmación de tan graves consecuencias exige, como mínimo lógica y coherencia en los argumentos.

Sin embargo, supongamos sin conceder por un momento que tuvieran algunas razones más o menos suficientes para poner en cuestión la condición humana del embrión. En cualquier hipótesis, lo más que podrían lograr sería sembrar algunos cuestionamientos, pero de ninguna manera probar más allá de toda duda que no se trata de un embrión de la especie humana. Así, ubicándonos en el peor de los escenarios estaríamos en el terreno de la duda y ante la duda hay dos principios, dos razones de conocido Derecho que aplican para tomar decisiones justas. El primero de ellos indica que, bajo cualquier circunstancia, en caso de duda debe favorecer a quién sufriría las consecuencias negativas de determinada decisión. El segundo principio nos dice que toda interpretación sobre derechos humanos debe realizarse en función del mayor beneficio posible, de manera especial cuando estamos en el terreno de la duda. En otras palabras, acorde a los criterios más elementales del ejercicio de la justicia y que son principios de conocido Derecho, se deben conceder todos los beneficios de duda y de la interpretación de los derechos humanos a la protección de la vida del embrión humano. Es también claro que las mismas razones deben aplicarse en la defensa de la libertad de una mujer que no quiere ser madre.

3. Reflexiones y posibles soluciones

La solución al dilema que hoy parece abrirse entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad requiere excluir los extremismos que niegan alguno de estos derechos para, en justicia, dar a cada quien lo que por derecho le corresponde: a unas personas su vida, a otras su libertad. La decisión que al respecto tomemos afecta de manera directa nuestro diseño social, nuestra democracia y desarrollo cultural, pues tiene la fuerza de orientar las formas de nuestra convivencia.

Lo que pensemos y hagamos con un ser humano, quien sea, donde se encuentre, sin importar su aspecto, tamaño condición, tiene consecuencias para la formación y desarrollo de nuestra cultura. Si le consideramos una cosa, si confundimos sus derechos fundamentales a la vida, la libertad y la justicia con un patrimonio

disponible haremos de nuestra convivencia una contienda en la cual vencerá el más fuerte, en la cual sólo éstos tendrán derecho a vivir. Si, por el contrario, consideramos que todo ser humano es una persona irrepetible, única, portadora de derechos fundamentales, construiremos formas de convivencia democrática, incluyente, participativa y justas, una sociedad en la que todos encontremos un lugar para desarrollarnos. Las dificultades para lograrlo no excluyen de la responsabilidad de llevarlo a cabo, si tal fuera el criterio los seres humanos nunca habríamos salido de la edad de piedra.

Para lograr conciliar en justicia el derecho a la vida y a la libertad, considero necesario implantar y desarrollar por lo menos seis medidas que involucran así a la sociedad civil como al Estado y sus distintas instancias de gobierno. Les considero medidas mínimas por lo que se podrán sumar tantas como fueran necesarias, tantas como nuestra imaginación sociológica lo permita. Estas son:

1. Programas de prevención, muy en especial de educación sexual integral que va mucho más allá de la simple información.

2. Ampliar los servicios de seguridad social para las mujeres embarazadas ganando eficacia en el cumplimiento de las garantías constitucionales y sociales según los Artículos 4° y 123 de nuestra constitución, por lo menos.

3. Ampliar y favorecer políticas de adopción de niños por matrimonios establecidos y en posibilidades de educarles en ambiente de afecto, amor y responsabilidad.

4. Fortalecer los esfuerzos de grupos de la sociedad civil que ya se ocupan de la atención a la mujer embarazada y de los niños para adopción en coordinación con las oficinas del Desarrollo Integral de la Familia (DIF) en sus niveles federal, estatal y municipal.

5. Responsabilizar al varón de todos sus actos como medida directa e inmediata de combate al machismo, en el caso concreto haciendo valer las disposiciones de la suprema Corte de Justicia de la Nación.

6. Todo lo anterior supone desarrollar una cultura centrada en la dignidad de la persona humana sustentada en el ejercicio efectivo de tres derechos fundamentales: la vida, la libertad y la justicia. Y hacerlo sin regateos, sin ahorros de esfuerzos.

Cuando ponemos el debate sobre la vida del niño por nacer y la libertad de la mujer en perspectiva histórica, caemos en la cuenta de que estamos ante un nuevo capítulo de la muy vieja historia de la protección de la persona humana. Esta historia, que es motivo del especial interés profesional de quien esto escribe, nos revela que de tiempo en tiempo una sociedad, una cultura debate en torno a la condición humana de determinado sujeto, por ejemplo, el enfermo, el esclavo, el niño, la mujer, el indio, el migrante, el judío y un largo etcétera.

Estos debates toman la forma de fuertes discusiones antropológicas en las cuales participan todas las formas de conocimiento de una época determinada. Conforme avanza el debate, que no está sujeto a plazos ya que pueden durar varias generaciones e incluso cientos de años, se van definiendo formas jurídicas por las cuales se reconocen o se privan de derechos a esas personas.

Al mismo tiempo se crean mecanismos sociales, especialmente judiciales, para hacer valer estos derechos, o se desactivan otros si el caso es desconocerlos. Hoy, en nuestra cultura y sociedad se debate sobre el derecho a la vida del concebido y la libertad de la mujer para elegir su maternidad. Es de elemental justicia garantizar ambos derechos si queremos construir una cultura más humana.

La historia de la protección de la persona humana no sigue un orden evolutivo lineal, no siempre el resultado se orienta a una cultura más humana e incluyente. Puede haber y de hecho ha habido grandes retrocesos por lo que no podemos pasar por alto una de las grandes lecciones que esta larga historia nos regala.

Es constante que, cada vez que un grupo humano desea abusar, explotar o eliminar a otro le regatea, le niega o simplemente ignora su condición humana. Esta es una larga y repetida historia:

la violencia contra los migrantes mexicanos en Estados Unidos, el viejo sistema de discriminación sudafricano, la explotación contra los obreros en el siglo XIX, la esclavitud, el exterminio del indio americano, el fascismo, el comunismo, los genocidios del siglo XX son elocuentes ejemplos, entre muchos más que se podrían referir, de cómo la inferiorización de los unos es el camino directo al abuso que sufren los débiles por parte de los más fuertes. De aquí la necesidad de legislar siempre desde el más débil, de construir las políticas públicas desde los más frágiles, la importancia de hacer de ellos la medida de la dignidad de todo ser humano, de todos nosotros.



INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS RELATIVOS AL DERECHO A LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Un análisis de las Obligaciones Internacionales, Acuerdos Regionales y Práctica Estatal Pertinente.

Treaty interpretation of the right to life before birth by Latin American and Caribbean states: an analysis of international treaty obligations, regional agreements and relevant state practice.

Ligia De Jesús Castaldi *

Resumen: A pesar de que en la actualidad algunos organismos internacionales no judiciales promueven una visión distorsionada de las obligaciones contenidas en los tratados de derechos humanos respecto a la legalización del aborto, los Estados Partes y tribunales internacionales, únicos que pueden emitir interpreta-

* Profesora de Derecho Internacional y Derecho de Familia en Ave María School of Law; LL. M., Harvard Law School. Email: lcastaldi@avemarialaw.edu.

ciones vinculantes de los tratados internacionales de derechos humanos, han entendido que la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989 (en adelante CDN) y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969 (en adelante CADH) reconocen ampliamente un derecho a la vida desde el momento de la concepción y protegen al niño no nacido del aborto. Este artículo examina evidencia concreta del rechazo, por parte de los Estados de América Latina y el Caribe, a un supuesto derecho al aborto y de su reconocimiento de una obligación internacional de proteger el derecho a la vida antes del nacimiento, en virtud de la *CDN* y la *CADH*.

Las secciones II y III describen los tratados internacionales ratificados por América Latina y el Caribe que explícitamente protegen la vida prenatal, así como otras normas aplicables en la región, incluyendo las normas de interpretación de los tratados en el derecho internacional. La sección III analiza la práctica de los Estados latinoamericanos y del Caribe en foros internacionales que refleja un acuerdo regional en cuanto su interpretación. Esta sección explora las declaraciones internacionales, declaraciones regionales, reservas a tratados internacionales, informes oficiales a los órganos de vigilancia de los tratados, comunicaciones oficiales con organismos regionales de derechos humanos y decisiones relevantes por tribunales regionales e internacionales.

Palabras clave: Derecho a la vida – concepción – no nacido – aborto.

Abstract: Even though non-judicial international bodies currently promote a distorted understanding of human rights treaty obligations as mandating the legalization of abortion, states parties and international courts, which alone may issue authoritative interpretations of international human rights treaties, have interpreted the Convention on the Rights of the Child and the American Convention on Human Rights to recognize right to life from conception and to protect the unborn child from abortion. This article examines evidence of Latin American and Caribbean states' rejection of abortion rights, as well as evidence of legally binding interpretation of their treaty obligations to recognize and protect

the right to life before birth under the Convention on the Rights of the Child and the American Convention on Human Rights.

Sections II and III discuss international treaties ratified by Latin American and Caribbean states that explicitly protect prenatal life as well as other applicable rules of international law in the region, including international norms of treaty interpretation. Section III addresses subsequent state practice in international for evincing the agreement of Latin American and Caribbean states regarding treaty interpretation, such as international declarations, regional declarations, reservations upon treaty ratification, official reports to treaty monitoring bodies, official communications with regional human rights bodies and relevant decisions by regional and international tribunals.

Key words: Right to life – conception – unborn child – abortion.

Introducción

A pesar de que en la actualidad algunos organismos internacionales no judiciales promueven una visión distorsionada de las obligaciones contenidas en los tratados de derechos humanos respecto a la legalización del aborto (1), los Estados Partes y Tribunales internacionales, únicos que pueden emitir interpretaciones vinculantes de los tratados internacionales de derechos humanos (2),

(1) Por *aborto*, este artículo se refiere a cualquier acto voluntario o intencional que resulte en la muerte del feto o la destrucción del embrión humano, tales como el aborto inducido o interrupción voluntaria del embarazo, claramente distinto a un aborto espontáneo o aborto natural en que la pérdida o muerte fetal es involuntaria. Por *destrucción del embrión* se entiende la muerte o destrucción intencional del embrión, incluyendo la llamada *reducción embrionaria* que ocurre en el contexto de la reproducción artificial.

(2) *Vid.* Comité de Derechos Humanos, *Reporte del Comité de Derechos Humanos*, Sesión 50°, Suplemento n° 40, Anexo VI, *Obser-*

han entendido que la *CDN* y la *CADH* (3) reconocen ampliamente un derecho a la vida desde el momento de la concepción y protegen al niño no nacido del aborto. Este artículo examina evidencia concreta del rechazo, por parte de los Estados de América Latina y

vaciones de los Estados Parte bajo el Artículo 40, párr. 5 del Pacto, p. 135, Doc. de las Naciones Unidas A/50/40, 5 octubre 1995; NOWAK (2007) p. 252, O'FLAHERTY y FISHER (2008) p. 215 (Las "observaciones finales tienen un carácter no vinculante y flexible"), ZAMPAS y GHER (2008) p. 253 (señalando que los órganos creados por los tratados "no son judiciales y sus conclusiones no son legalmente vinculantes"), citados en notas al Artículo 6, *Los Artículos de San José*, disponible en <<http://www.sanjosearticles.com/wp-content/uploads/2012/02/SJA.pdf>>, fecha de consulta: 12 abril 2012. Vid. además Artículo 6 en *ibídem*. *Los Artículos de San José* es una declaración firmada el 25 de marzo de 2011 por un grupo de expertos en Derecho internacional, salud pública, medicina y gobierno, incluyendo al Profesor John FINNIS de Oxford; Javier BORREGO, Juez de la Corte Europea de Derechos Humanos; el Profesor Carter SNEAD del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, Lord Nicholas WINDSOR de la Familia Real Británica; el Honorable Luca VOLONTE, Miembro de la Asamblea del Consejo de Europa, Presidente del Partido Popular Europeo (PACE) y Robert GEORGE, Profesor de Jurisprudencia en la Universidad de Princeton, ex miembro del Consejo Presidencial de Bioética.

(3) Los Estados parte de esta Convención son Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Estados no parte en la región son: Antigua y Barbados, Bahamas, Belice, Cuba, Guyana, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía y San Vicente y Granada. Vid. Documentos básicos – Ratificación de la convención, disponible en <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

el Caribe (4), a un supuesto derecho al aborto (5), y de su reconocimiento de una obligación internacional de proteger el derecho a la vida antes del nacimiento, en virtud de la *CDN* y la *CADH*.

Las secciones II y III describen los tratados internacionales ratificados por América Latina y el Caribe que explícitamente protegen la vida prenatal, así como otras normas aplicables en la región, incluyendo las normas de interpretación de los tratados en el derecho internacional. La sección III analiza la práctica de los Estados latinoamericanos y del Caribe en foros internacionales que refleja un acuerdo regional en cuanto su interpretación. Esta sección explora las declaraciones internacionales, declaraciones regionales, reservas a tratados internacionales, informes oficiales a los órganos de vigilancia de los tratados, comunicaciones oficiales con organismos regionales de derechos humanos y decisiones relevantes por tribunales regionales e internacionales.

A pesar de que todo lo anterior podría constituir evidencia de la emergencia de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario (6), el análisis de si la práctica actual y la *opinio*

(4) A los efectos de este estudio *América Latina y el Caribe* incluye los estados de la región geográfica que han ratificado la *CDN* y la *CADH*: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Esta categoría no incluye los territorios extranjeros en esta región geográfica, tales como Puerto Rico, Guadalupe o Guyana Francesa.

(5) Para los propósitos de este artículo, *derecho al aborto* hará referencia a la supuesta existencia de un derecho humano a tener acceso a todas las formas de aborto y supuestos derechos a procrear a través de tecnologías reproductivas que causan destrucción embrionaria o muerte fetal.

(6) La costumbre internacional es fuente del Derecho internacional cuando demuestra una práctica generalmente aceptada

juris se elevan al nivel de una costumbre regional (7) está fuera del alcance de este artículo, que se limita al tema de la práctica estatal en foros internacionales para propósitos de interpretación de los tratados.

I. Tratados que reconocen el Derecho a la Vida desde la Concepción en América Latina y El Caribe

Los tratados son fuentes primarias del Derecho internacional, según el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Aunque muchos tratados internacionales y resoluciones protegen la vida en el vientre materno, dos se destacan por su explícito reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción y, en general, la protección de su vida, salud y desarrollo antes del nacimiento: la CADH y la CDN.

Todos los países latinoamericanos y del Caribe han ratificado la CDN (8), cuyo *Preámbulo* afirma la aplicación de la misma al

como derecho, tal como lo establece el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38. Vid. también, Corte Internacional de Justicia (CIJ): *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)* (1982), *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (1986), *Legality of the threat or use of nuclear weapons* (1996).

(7) La costumbre regional y local puede ser fuente de derecho internacional consuetudinario. Vid. CIJ: *Concerning right of passage over Indian territory (Portugal vs. India)* (1960), *Haya de la Torre (Colombia vs. Perú)* (1951). Este último establece que “el uso constante y uniforme” de los Estados en cuestión y el acuerdo expreso (a diferencia del asentimiento tácito inferido de la falta de oposición) son necesarios para el reconocimiento de una norma regional de derecho internacional consuetudinario, estableciendo así un umbral más alto que es difícil, pero no imposible de cumplir.

(8) Los Estados Unidos y Somalia siguen siendo los únicos países en el mundo que no han ratificado la Convención. Vid. Los

no nacido, al señalar que el niño es sujeto de protección legal “*tanto antes como después del nacimiento*” (9) así como el derecho del niño por nacer a la supervivencia y el desarrollo, estableciendo la obligación de los Estados partes de asegurar “*atención sanitaria prenatal [...]*”, en los Artículos 6.2 y 24.2 d). A nivel regional, la *Convención Americana*, ratificada por todos los países latinoamericanos y del Caribe, reconoce explícitamente el derecho a la vida desde la concepción, en su Artículo 4.1, que establece que toda persona tiene derecho a la vida y que dicho derecho “*estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*”.

Asimismo, los Estados de América Latina y el Caribe han ratificado otros tratados internacionales de derechos humanos, tanto globales como regionales, que protegen la vida, salud y desarrollo prenatal. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), ratificado por todos los países latinoamericanos y caribeños (10), prohíbe la aplicación de la pena de muerte a mujeres embarazadas en su Artículo 6.5, protegiendo así la vida del niño no nacido. Similares prohibiciones pueden encon-

signatarios, ratificaciones, reservas y declaraciones en United Nations Treaty Collection, disponible en <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en> fecha de consulta: 16 abril 2012.

(9) Don Luis Demetrio Tinoco, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), ha declarado que este párrafo en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, inspiró al Comité Jurídico Interamericano que redactó la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre a reconocer expresamente “que el ser humano existe y tiene derechos, y necesita protección incluso legal, en el período que precede a su nacimiento”. Vid. CIDH, *Baby Boy vs. Estados Unidos* (1981, caso n° 2141).

(10) Vid. Signatarios, ratificación, reservas y declaraciones en United Nations Treaty Collection, disponible en <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

trarse en la Convención Americana, Artículo 4.5 y en los instrumentos de derecho humanitario ratificados por todos los países latinoamericanos y caribeños, como el Artículo 14 del *IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra* (11) y el *II Protocolo Adicional de Ginebra* (12), en su Artículo 6. Del mismo modo, todos los estados latinoamericanos y caribeños, con excepción de Haití, han ratificado el *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (13), que implícitamente incluye el aborto como una forma de genocidio en su Artículo 6.d. (14), A nivel regional, la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belém do Pará* (15), ratificada por todos los países latinoamericanos y caribeños, manda en su Artículo 9 prestar especial atención a la violencia contra las mujeres embarazadas.

(11) Ratificado por todos los países latinoamericanos y caribeños, vid. Signatarios, ratificación / adhesión y reservas en la base de datos de Comité Internacional de la Cruz Roja, disponible en: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=375&ps=P>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(12) Ratificado por todos los países latinoamericanos y caribeños, vid. Signatarios, ratificación / adhesión y reservas en ídem, <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=475&ps=P>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(13) Ratificado por todos los países latinoamericanos y caribeños con excepción de Haití y Jamaica. Signatarios, ratificación / adhesión y reservas en la página web de la Corte Penal Internacional, disponible en inglés en: http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx

(14) Vid. Declaración de Beijing de 1995, pár. 11 y Plataforma de Acción de Beijing de 1995, pár. 115, que también condenan el aborto como una forma de limpieza étnica o genocidio.

(15) Vid. Firmas y Ratificaciones, disponible en <[http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic14.Conv de Belém do Pará Ratif.htm](http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic14.Conv%20de%20Bel%C3%A9m%20do%20Par%C3%A1%20Ratif.htm)>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

Igualmente, el derecho a la salud prenatal ha sido reconocido por los Estados latinoamericanos y del Caribe en el Artículo 12.2 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (16) (en adelante CEDAW), ratificado por diversos países de la región; en el Artículo 12.2 a) del *Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales* (17), ratificado prácticamente por toda Latinoamérica y el Artículo 15.3 a) del *Protocolo de la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales* (en adelante *Protocolo de San Salvador*) (18).

Varios tratados regionales contienen también disposiciones que resguardan los derechos humanos de las mujeres embarazadas, relacionando éstos estrechamente con los derechos del niño. Por ejemplo, el Artículo 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, declaración adoptada por todos los estados latinoamericanos, vincula estrechamente el derecho a la protección de las madres embarazadas, con el derecho del niño a una protección especial, cuidado y ayudas especiales. Asimismo, el Artículo 15.3 del Protocolo de San Salvador, ratificado por la mayoría de los estados en la región, al establecer el derecho a la

(16) Vid. Signatarios, ratificaciones, reservas o declaraciones en United Nations Treaty Collection, disponible en <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-&chapter=4&lang=en~~HEAD=NNS> fecha de consulta: 16 abril 2012.

(17) Ratificado por todos los estados de América Latina con excepción de Cuba y Belice. Vid. Signatarios, ratificación y reservas en United Nations Treaty Collection, disponible en <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&lang=en&mtdsg_no=IV-3&src=TREATY>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(18) Ratificado por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay. *Vid.*, Signatarios y ratificaciones, disponible en <<http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-52.html~~HEAD=NNS>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

formación y protección de la familia, consagra obligaciones estatales en relación al cuidado de la salud y ayuda especial a la mujer embarazada, ligando estas a los derechos del niño en el entorno familiar. A nivel mundial, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* contiene una disposición similar en el Artículo 10.2 (derecho a la protección especial a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto) (19).

Además de los principales tratados de derechos humanos, los Estados de América Latina y el Caribe votaron consensuadamente a favor de la Declaración de la Asamblea General de la Naciones Unidas sobre la Clonación Humana (20), que llama a los Estados a prohibir toda forma de clonación humana y técnicas de ingeniería genética sobre embriones humanos que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida. Durante la aprobación de la declaración, México y Costa Rica, especifica-

(19) Vid. Naciones Unidas, Com. de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N ° 14, El Derecho al más alto nivel posible de salud (Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párs. 14, 22, 35, Doc. de las Naciones Unidas E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, disponible en <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/EC12.2000.4](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/EC12.2000.4)>, fecha de consulta: 16 abril 2012 (vinculando el derecho del niño a la salud y al desarrollo con la salud materna).

(20) La declaración fue apoyada por los votos afirmativos de Bolivia, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Suriname y Trinidad y Tobago, entre otros. Las delegaciones de Dominica, Perú y Venezuela estaban ausentes en la votación. Argentina, Barbados, Colombia y Uruguay se abstuvieron. Brasil y Jamaica votaron en contra. Vid. Comunicado de Prensa, la Asamblea General adopta la Declaración de Naciones Unidas sobre la Clonación Humana por el voto de 84-34-37, Doc. de las Naciones Unidas GA/10333, 3 agosto 2005, disponible en <<http://www.un.org/News/Press/docs/2005/ga10333.doc.htm>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

mente, expresaron su intención de proteger la dignidad humana y la vida humana mediante la adopción de dicho instrumento (21).

Los países centroamericanos, en particular, han adoptado declaraciones subregionales reiterando su compromiso de proteger al no nacido del aborto. La Declaración de Guácimo de 1994 (22), por ejemplo, fue adoptada en la 15ª Cumbre de Presidentes centroamericanos, en preparación de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. La Declaración afirma, *inter alia*, que: “La familia debe sustentarse en el respeto a la vida desde su concepción y en la unión del hombre y la mujer según lo definen nuestras tradiciones”.

Del mismo modo, los Estados de América Latina y el Caribe firmaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que implícitamente protege al niño no nacido en su disposición sobre servicios de salud y seguridad social para mujeres embarazadas y niños en el Artículo 22 (derecho a la seguridad social) y en el Artículo 25 (derecho de las madres y los niños a la asistencia especial). Además, América Latina y el Caribe han firmado documentos finales de conferencias internacionales como la Cumbre de la Infancia, la Cumbre Social y la Cumbre de la Tierra, que incluyen compromisos internacionales para promover la atención prenatal, haciendo hincapié en la necesidad de reducir la mortalidad materna y mortalidad infantil, vinculándolos estrechamente entre sí (23).

En virtud del Artículo 31.3.c de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (en adelante Convención de Viena), que establece que toda forma pertinente de derecho internacional apli-

(21) *Ibidem*.

(22) *Declaración de Guácimo* de 1994, firmado por los Presidentes de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, y el Primer Ministro de Belice.

(23) *Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y Desarrollo del Niño* de 1990, pág. 20.2, *Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social* de 1995, pág. 37.e, Programa 21 de 1992, págs. 3.8.j, 5.51, 24.3.e, 6.21.

cable en las relaciones entre las partes es medio primario de interpretación de los tratados, estos acuerdos internacionales adoptados por América Latina y el Caribe para la protección del derecho a la vida del que está por nacer constituyen prueba directa de su interpretación de la *CDN* y la *CADH* en relación al derecho a la vida del no nacido.

II. Práctica Regional en aplicación de la *CDN* y la *CADH* de Derechos Humanos

1. Interpretación regional del deber de protección de la vida antes del nacimiento reconocido en la *CDN*.

Como se ilustra a continuación, un análisis de la práctica de los Estados de América Latina y el Caribe después de la ratificación de la *CDN* en foros internacionales demuestra que los Estados partes de la Convención la han interpretado sistemáticamente como prohibitiva del aborto electivo, a pesar de recomendaciones del Comité de la *CDN* en sentido contrario (24), y han interpretado

(24) Vid. Comité de los Derechos del Niño, 7 enero 2003, Observación general N° 4: La salud del adolescente y el desarrollo en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 31, CRC/GC/2003/4, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/GC/2003/4>>, fecha de consulta: 16 abril 2012, donde el Comité insta a los Estados Partes “para desarrollar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluido los servicios de aborto seguro en donde el aborto no es contrario a la ley”. El Comité, sin embargo, ha recomendado los servicios de aborto, incluso donde el aborto está en contra de la ley nacional. Vid., v.g. Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 44 de la Convención: Observaciones finales: Nicaragua, párr. 59.b, CRC/C/NIC/CO/4, 1 octubre 2010 [en adelante Informes de Derechos del Niño], en que el Comité “recomienda encarecidamente” a Nicaragua legalizar todas las formas de aborto para menores de edad “para que las niñas no

que esta contiene un mandato de protección, por parte del Estado, a la vida en gestación, desde la concepción hasta el nacimiento. La participación de los Estados partes al trabajo de los órganos de supervisión de los tratados da a los Estados partes la oportunidad de expresar su entendimiento sobre la interpretación de los tratados, por lo que generalmente se considera como prueba de prácticas ulteriormente seguidas, en el sentido del Artículo 31.3 b) (25).

Es importante tener en cuenta que el preámbulo de la CDN y la *Declaración sobre los Derechos del Niño* afirman el deber de los Estados partes de proteger al niño por nacer, quien, “*por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*” (26). De acuerdo con la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, Artículo 31.2, el preámbulo de un tratado es una parte esencial del texto del tratado. Además, los Artículos 6.2 y 24.2 d) de la CDN, así como el principio 4 de la *Declaración de Derechos del Niño* reconocen el derecho a la vida, salud y desarrollo del no nacido, incluyendo “*el adecuado cuidado prenatal [...]*” (27).

estén sujetas a sanciones penales por buscar u obtener un aborto bajo cualquier circunstancia”. Vid. también los Informes de Derechos del Niño, CRC/C/CRI/CO/4, pár. 64, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.CRI.CO.4.doc>>, fecha de consulta: 16 abril 2012, donde el Comité recomienda a Costa Rica ampliar las excepciones existentes al aborto para incluir el aborto de niños concebidos por violación o incesto, así como los de niños con grave discapacidad, y para aumentar la disponibilidad de la anticoncepción de emergencia para niñas adolescentes, en particular en casos de violación.

(25) Cf. *Craven* (1995) citado por *Mechlem* (2009) p. 912.

(26) Vid. CIDH, *Baby Boy vs. Estados Unidos* (1981, caso n° 2141) (énfasis añadido).

(27) La aplicación a nivel mundial de la CDN al niño por nacer, ha sido explorada por varios estudiosos. A pesar de que los registros preparatorios del tratado de trabajo son limitados, algu-

Desde la entrada en vigor de la *CDN*, los países de América Latina y el Caribe han interpretado la Convención como un instrumento internacional que protege tanto a niños nacidos como no nacidos (28). Por ejemplo, tras la firma de la Convención, Argentina y Guatemala presentaron declaraciones interpretativas, confirmadas más tarde en la ratificación, en las que afirmaron que *niño*

nos han demostrado que la Convención fue escrita para abarcar a los niños durante todo el periodo prenatal. Vid. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, La historia legislativa de la Convención sobre los Derechos del Niño, 7 octubre 2007, disponible en <http://www.scslat.org/web/uploads/publicaciones/archivos/eng/history_crc_1184387042.zip>, fecha de consulta: 16 abril 2012. Los primeros borradores de trabajo del proyecto, que establecían el disfrute de los derechos “desde el momento del nacimiento”, fueron descartados rápidamente. De acuerdo a los trabajos preparatorios de la Convención, una de las razones para eliminar esa frase era para dar cobertura “desde el momento de la concepción” en adelante. Abramson (2006) pp. 57-60, ex consultor del Comité de la ONU sobre la Convención, señala que, en su primera reunión en 1980, el Grupo de Trabajo aprobó en Polonia el “proyecto revisado de convención sobre los Derechos del Niño”, como documento básico de trabajo. El proyecto de Artículo 1, inicialmente declaró: “De acuerdo con la presente Convención entiende por niño todo ser humano desde el momento de su nacimiento...”. En la tercera reunión, “se generó un movimiento para su eliminación y la restricción se eliminó”, lo cual sugiere que los Estados Partes de las Naciones Unidas tenían la intención de que la Convención sobre los Derechos del Niño protegiera a los niños durante la etapa prenatal de la vida.

(28) Del mismo modo, los comentaristas han señalado que la definición de niño del Artículo 1º como “*todo ser humano menor de dieciocho años*”, obviamente, establece un límite máximo, pero no un piso respecto a la edad de un niño, por lo que tácitamente la protección de los niños no nacidos se encuentra dentro de su ámbito de protección. Cfr. Flood (2006).

es toda persona desde el momento de la concepción hasta los 18 años de edad (29). Asimismo, Ecuador presentó una declaración en la que indicó que el preámbulo de la Convención protege al niño por nacer y señaló que este debe ser tomado en cuenta al interpretar todos los artículos de la Convención (30). Asimismo, durante los trabajos preparatorios de la *Declaración de los Derechos de Niño*, varios estados latinoamericanos reafirmaron su interpretación de que el derecho a la vida era protegido desde la concepción, y una propuesta en este sentido fue presentada por Argentina, con el apoyo de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, entre otros (31). El Artículo 31.2 b) de la *Convención de Viena* establece que el contexto de un tratado, para el fin de la interpretación, comprende “*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*”; por ello, estas declaraciones interpretativas serían fuentes primarias de interpretación de la *CDN*.

Posteriormente a la ratificación de la *CDN*, la gran mayoría de Estados de América Latina y el Caribe han confirmado su interpretación del término *niño* en la *CDN* como todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años de edad (o incluso más allá de los 18), es decir, abarcando el período prenatal, e incorporando esta definición legal a nivel nacional, como indican los informes al Comité de la *CDN* descritos a continuación. En los

(29) Reservas, declaraciones, objeciones, excepciones: Argentina, disponible en <http://www.bayefsky.com/html/argentina_t2_crc.php>, fecha de consulta: 16 abril 2012; reservas, declaraciones, objeciones, las excepciones: Guatemala, disponible en <http://www.bayefsky.com/html/guatemala_t2_crc.php>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(30) Reservas, declaraciones, objeciones, excepciones: Ecuador, disponible en <http://www.bayefsky.com/html/ecuador_t2_crc.php>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(31) *Vid.* BACH (2011) pp. 194 - 230.

años 2002 y 1994, Argentina informó que, para los fines del sistema jurídico argentino, es niño “todo ser humano desde la concepción hasta la edad de 18 años”, sin perjuicio de las denominaciones semánticas para cada fase de la vida del niño y señaló específicamente que el Artículo 1 de la CDN debe interpretarse de tal manera que niño se entienda como todo ser humano desde el momento de la concepción hasta la edad de 18 años (32). En 2010, Guatemala informó que tanto su protección constitucional del derecho a la vida desde la concepción, así como su definición de niño como una persona desde la concepción, contenidas en la *Ley de Protección Integral de la Niñez y del Adolescente*, eran consistentes con la definición del Artículo 1 de la CDN (33). En 2003, El Salvador informó sobre la enmienda constitucional al Artículo 1 de su *Constitución*, reconociendo a cada ser humano como persona desde el momento de la concepción, afirmando explícitamente que la enmienda fue adoptada en respuesta a la letra y espíritu del preámbulo de la CDN (34). En 2009, Bolivia indicó ante Comité de la CDN que su Ley de menores era conforme con la Convención en cuanto a la definición de niño como todo ser humano desde el momento de la

(32) *Informes de Derechos del Niño*, CRC/C/8/Add.17 párs. 6, 37, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/8/Add.17>>, y CRC/C/70/Add.10 párs. 235, 244, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/70/Add.10>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(33) *Ídem*, CRC/C/GTM/3-4 párs. 41, 78 y CRC/C/OPSC/GTM/1 pár. 126, disponible en <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4631b5e72.htm>>; también CRC/C/65/Add.10 pár. 68, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.10>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(34) *Ídem*, CRC/C/65/Add.25 pár. 51, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.25>>, fecha de consulta: 16 abril 2012. (*Vid.* otras referencias a las protecciones legales del derecho a la vida desde la concepción en párs. 12, 13, 26, 27, y 64).

concepción (35). Honduras informó que su definición legal de niño incluía al no nacido desde el momento de la concepción y, por lo tanto, protegía a los niños en las mismas condiciones que la CDN (36). Del mismo modo, Perú señaló que su Ley de Menores y Adolescentes protege la vida desde la concepción y utiliza los mismos límites de edad superior e inferior que la CDN (37).

Otros Estados como Bolivia, Costa Rica, Nicaragua y Paraguay, por ejemplo, han hecho referencia específicamente al Artículo 1 de la CDN al informar que sus definiciones oficiales de *niño* comprenden a todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años de edad (38). Igualmente, Panamá informó en el 2011 que la definición de *menor* contenida en su Código de Familia era la de todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años y que su Código establece disposiciones sobre manutención de menores aplicable desde la concepción en adelante, las cuales

(35) *Ídem*, CRC/C/BOL/4 pár. 192 y CRC/C/BOL/4 pár. 192, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.BOL.4.pdf>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(36) *Ídem*, CRC/C/65/Add.2 pár. 156, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.2>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(37) *Ídem*, CRC/C/65/Add.8 pár. 138, disponible en:<<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.8>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(38) *Ídem*, CRC/C/BOL/4 pár. 192 (Bolivia) y CRC/C/125/Add.3 pár. 127 (Nicaragua), disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs39.htm>>; CRC/C/OPSC/CRI/1 párs. 29, 32 (Costa Rica), disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs44.htm#opsc>>; CRC/C/65/Add.12 párs. 173, 222 (Paraguay), disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.12>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

fueron adoptadas conforme a la Convención (39). Panamá, al ratificar la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias presentó una declaración afirmando que los alimentos comprenden, “tratándose de menores, todo lo necesario para lograr su desarrollo integral desde la concepción” y que “la persona concebida que está por nacer (*nasciturus*) tiene derecho a pensión alimenticia prenatal”. Del mismo modo, Paraguay informó en 2012, 2010 y 2003 (40) sobre su cumplimiento con la CDN al incorporar en su Constitución y en el Código de la Infancia una definición de niño como todo ser humano desde la concepción en adelante (41). Ecuador informó su cumplimiento de la CDN incorporando en el Artículo 49 de la Constitución, la protección del derecho a la vida desde la concepción y en su Ley de Menores, una definición de menor como todo ser humano desde la concepción en adelante (42). Honduras también informó sobre la adopción de la definición de niño en su Código de la Niñez y Adolescencia como toda persona a partir del momento de la concepción hasta la edad de 18

(39) *Ídem*, CRC/C/PAN/3-4 párs. 99, 259 (Panamá), disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs58.htm>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(40) *Ídem*, CRC/C/SPAC/PY/1 pár. 3, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/future.htm>>, CRC/C/PRY/3, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs53.html>>, CRC/C/65/Add.12 párs. 173, 222 (Paraguay), disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?simbolo=CRC/C/65/Add.12>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(41) *Ídem*, CRC/C/PRY/3 párs. 288 y 289, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs53.htm>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(42) *Ídem*, CRC/C/3/Add.44 pár. 66, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.44>>, CRC/C/ECU/4 pár. 524, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs53.htm>>, CRC/C/65/Add.8 pár. 134, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.8>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

años, como una medida de cumplimiento con la CDN (43). En 2010 y 2005, Colombia indicó que el Artículo 17 de su Código de Menores, reconociendo la existencia del niño desde la concepción, fue adoptado para cumplir con las obligaciones internacionales impuestas por la CDN y para reflejar el derecho del niño a la vida, a la salud y al desarrollo desde la concepción (44). Además, Uruguay indicó que, en virtud del Artículo 3 de la CDN, relativo a la no discriminación, incorporó en su Ley de Menores la protección integral de los niños desde la concepción hasta la mayoría de edad (45).

Asimismo, los Estados latinoamericanos y del Caribe han invocado el Artículo 6 de la Convención, que reconoce el derecho del niño a la vida, la salud y el desarrollo, al informar al Comité de la CDN sobre su reconocimiento constitucional y legal del derecho a la vida desde la concepción (46). Por ejemplo, desde al menos 1988, Perú informó sobre la adecuación completa de su sistema legal a la protección del niño por nacer, desde el momento de la concepción y, específicamente, declaró en 2005 que *“la vida humana es aquel lapso que transcurre en una persona desde su concepción en el claustro materno hasta su deceso o muerte, consiste en la manifestación y la actividad del ser. Todo concebido, niño, niña y adolescente tiene dere-*

(43) Ídem, CRC/C/65/Add.2156, disponible en <<http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/425/02/PDF/G0442502.pdf?OpenElement>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(44) Ídem, CRC/C/OPAC/COL/1 pár. 89, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs54.htm>>, CRC/C/OPSC/COL/1 pár. 16, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs54.htm>> y en CRC/C/129/Add.6 párs. 158 y 159, 229, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs42.htm>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(45) Ídem, CRC/C/3/Add.37 pár. 67, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.37>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

cho a ella, por tal razón la Convención en su Artículo 6 declara que es un derecho intrínseco" (47). Adicionalmente, Guatemala, (48) Nicaragua (49), Paraguay (50) y Venezuela (51) informaron que en sus respectivas constituciones y/o legislación de menores, la protección del derecho a la vida lo era desde la concepción, en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 6.

Una definición similar de niño como un ser humano desde la concepción hasta la edad de 18 años, podría aplicarse en el contexto regional, ya que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) han adoptado la definición de la CDN y han declarado que, para los efectos del sistema interamericano de derechos humanos, *niño* se refiere a cualquier

(47) Ídem. CRC/C/65/Add.8 párs. 137, 357, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.8>>, CRC/C/125/Add.6 párs. 67, 204, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/125/Add.6>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(48) Ídem., CRC/C/65/Add.10 pár. 83, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.10>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(49) Ídem., CRC/C/125/Add.3 pár. 127, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/125/Add.3>>, CRC/C/NIC/4 pár. 93, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs55.htm>>, CRC/C/125/Add.3 pár. 127, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/125/Add.3>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(50) Ídem., CRC/C/PRY/3 pár. 288, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs53.htm>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(51) Ídem., CRC/C/3/Add.54 pár. 69, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.54>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

persona que no ha cumplido los 18 años de edad (52). A mayor abundamiento, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, en su Artículo 2, define al niño como toda persona menor de 18 años, con lo que se establece un techo, pero no un piso de la definición.

En particular, América Latina y el Caribe han informado al Comité de la CDN sobre la prohibición del aborto en sus Códigos Penales describiendo su conformidad con el Artículo 6 de la Convención sobre el derecho a la vida, la salud y el desarrollo (53). En 1992, por ejemplo, Costa Rica informó sobre la penalización del aborto como una medida destinada a cumplir con el Artículo 6 de la Convención (54). Asimismo, Honduras informó sobre las reformas al Código Penal que ampliaron las prohibiciones al aborto, reiterando el derecho a la protección legal de la vida del niño por nacer (55). En 2011, Panamá informó sobre las estadísticas de muertes fetales y su legislación penal en relación con el aborto voluntario como consistentes con la Convención (56). Del mismo

(52) Vid. CIDH, *The rights of the child in the Inter-American Human Rights System*, Second edition, Chapter I, disponible en <<http://www.cidh.org/countryrep/Infancia2eng/Infancia2Cap1.eng.htm>> fecha de consulta: 16 abril 2012. También, Corte IDH, Opinión consultiva n° 17 (1998, OC-17/03).

(53) *Ídem.*, CRC/C/65/Add.8 pár. 196, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/sessions.htm>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(54) *Ídem.*, CRC/C/3/Add.8 pár. 78, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.8>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(55) *Ídem.*, CRC/C/65/Add.2 pár. 161, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.2>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(56) *Ídem.*, CRC/C/OPSC/CRI/1 párs.29, 32, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs44.htm#opsc>>; CRC/C/PAN/3-499,259 (Panamá), disponible en <<http://access-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/405/03/PDF/G114>>

modo, Chile reportó en 1993 y 2001 que su Constitución y sus leyes protegen la vida de las personas que están por nacer y que su ordenamiento jurídico “*prohíbe el aborto*” (57). Al informar sobre sus obligaciones en virtud del Artículo 6, El Salvador reportó en 2003 que todos los tipos de aborto eran punibles en su derecho penal con el fin de proteger la vida desde la concepción (58). En 2010 y 2005, Colombia afirmó que las prácticas que llevan al aborto nunca son aceptables e informó que la legislación colombiana protege tanto el derecho a la vida de la madre como la del feto (59). Haití también informó respecto a la penalización del aborto voluntario, en consonancia con el Artículo 6 de la Convención (60).

0503 pdf? OpenElement>, <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs58.htm>>, <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/405/03/PDF/G1140503.pdf?OpenElement>>; CRC/C/70/Add.20, disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/456/45/PDF/G0345645.pdf?OpenElement>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(57) *Ídem.* CRC/C/65/Add.13 pár. 304, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.13>>; CRC/C/3/Add.18 p. 67, disponible en: <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.18>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(58) *Ídem.*, CRC/C/65/Add.25 (2003) pár. 147, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/65/Add.25>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(59) *Ídem.* CRC/C/OPAC/COL/1 párs. 87 – 90, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs54.htm>>; CRC/C/OPSC/COL/1 pár. 16, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs54.htm>>; CRC/C/129/Add.6 pár. 229, disponible en <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/crcs42.htm>>, fecha de consultas: 16 abril 2012.

(60) *Ídem.* CRC/C/51/Add.7 pár. 61, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/51/Add.7>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

La mayoría de los países del Caribe como Dominica (61), Granada (62), Haití (63), Suriname (64), Trinidad y Tobago (65) también han informado sobre sus sanciones penales al aborto voluntario adoptadas de conformidad con el Artículo 6 de la Convención. Además, Haití informó en el 2002 que las penas de prisión impuestas a mujeres embarazadas “pueden ser suspendidas con el fin de proteger al niño por nacer” (66). Asimismo, Dominica informó en el 2003 sobre la prohibición de aplicar la pena de muerte a las mujeres embarazadas, indicando que “*la intención en este caso sin duda fue la de preservar la vida del no nacido*” (67).

Todos los países latinoamericanos y del Caribe han informado al Comité de la CDN respecto a la salud prenatal en relación con sus obligaciones en virtud del Artículo 24 (derecho a la salud) de la Convención. Brasil, por ejemplo, reconoció “*la vulnerabilidad*

(61) *Ídem*, CRC/C/8/Add.48 párs. 95-98, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/8/Add.48>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(62) *Ídem*. CRC/C/3/Add.55 pár. 50, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.55>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(63) *Ídem.*, CRC/C/51/Add.7 pár. 61, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/51/Add.7>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(64) *Ídem.*, CRC/C/28/Add.11 pár. 29, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/28/Add.11>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(65) *Ídem*. CRC/C/11/Add.10 pár. 35, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/11/Add.10>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(66) *Ídem*, CRC/C/51/Add.7 pár. 142, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/51/Add.7>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(67) *Ídem*, CRC/C/8/Add.48 párs. 95-98, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/8/Add.48>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

del ser humano desde la concepción hasta aproximadamente los 6 años de edad" (68). México destacó la necesidad de proteger la supervivencia fetal, la salud y el desarrollo desde la concepción y durante el período de vida intrauterino e informó sobre sus políticas públicas relacionadas, en virtud del Artículo 6 de la Convención (69).

Las declaraciones interpretativas anteriores y los informes oficiales de los Estados al Comité de la CDN ilustran la práctica regional en la aplicación directa de la CDN, que los Estados de América Latina y el Caribe han interpretado protege el derecho a la vida del que está por nacer desde la concepción y prohíbe el aborto, acto que estos han identificado como contrario al derecho inherente del niño a la vida.

2. Interpretación regional del derecho a la vida desde la concepción reconocido en la CADH

Como se ilustra a continuación, un análisis de la práctica de los Estados de América Latina y el Caribe después de la ratificación de la *CADH* en foros internacionales demuestra que estos siempre han interpretado que la *CADH* contiene una prohibición del aborto, a pesar de que la CIDH y la Corte IDH han sugerido lo contrario (70), y que la misma contiene un mandato de proteger la vida en gestación, desde la concepción hasta el nacimiento. La práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado y el

(68) *Ídem*, CRC/C/3/Add.65 p. 283, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.65>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(69) *Ídem*. CRC/C/3/Add.11 párs. 35-36, 113, 138, disponible en <<http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/3/Add.11>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(70) *Vid.* CIDH, Ramírez vs. México (2007, petición n° 161-02) pár. 9, CIDH; Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C, No. 257, párr. 223 (en adelante, "Caso Artavia"), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

acuerdo ulterior de las partes acerca de la interpretación del tratado son elementos esenciales para la interpretación de los tratados, conforme con el Artículo 31.3 de la Convención de Viena.

La *CADH* es frecuentemente citada por cortes (71) y juristas internacionales (72) como el más explícito reconocimiento del derecho a la vida del no nacido (73) existente en un tratado internacional (74): *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este*

(71) *Vid. v.g. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Vo vs. France* (2004, requerimiento n° 53924/00) pár. 75.

(72) Por ejemplo, SHELTON (1987), actual comisionada en la CIDH, señaló que la *CADH* es única respecto a otros instrumentos internacionales de derechos humanos en su patente reconocimiento de un *“derecho a la vida prenatal”*.

(73) Para propósitos de este Artículo, se entenderá por *niño no nacido* o *no nacido*, al embrión, cigoto, feto o cualquier otro término utilizado para designar el producto de la concepción o fertilización.

(74) Ello sin perjuicio de que otros tratados y declaraciones internacionales también protegen la vida y la salud del no nacido. Por ejemplo, el Artículo 24.2 d) de la *CDN* y el principio 4 de la *Declaración sobre los Derechos del Niño* contemplan la atención prenatal como parte del derecho del niño a la salud y al desarrollo. Este derecho se encuentra también reconocido en el Artículo 7 de la *Declaración Americana*. Igualmente, el *PIDCP* prohíbe la imposición de la pena de muerte en mujeres embarazadas en su Artículo 6.5, otorgando así protección a la vida del no nacido. Similares prohibiciones contra la ejecución de mujeres embarazadas pueden encontrarse en el Artículo 4.5 de la *CADH*. Asimismo, los preámbulos de la *Convención* y *Declaración sobre los Derechos del Niño*, elementos esenciales de interpretación de los tratados mismos, de acuerdo al Artículo 31.2 de la *Convención de Viena*, afirman el deber de protección legal de los Estados respecto al niño no nacido, que por su vulnerabilidad *“necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*.

derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Asimismo, en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) (75) reconocieron un derecho a la vida universal declarando que “*todo ser humano tiene derecho a la vida [...]*” en el Artículo I, cuyo proyecto originalmente incluía específicamente un derecho a la vida desde la concepción a favor de “*los que están por nacer*” (76).

Los Estados Partes de la CADH se han acogido a estas disposiciones para rechazar supuestas obligaciones internacionales de legalizar el aborto y oponerse al reconocimiento de un supuesto derecho al aborto, promovido en foros internacionales no judiciales, demostrando la existencia de un consenso entre los Estados partes respecto a la interpretación de la Convención Americana. Por ejemplo, las declaraciones presentadas en las Conferencias de Beijing y El Cairo, de República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, que se describen a continuación, invocan la CADH al rechazar la interpretación de términos tales

(75) Hasta julio del 2011, los siguientes Estados son miembros de la OEA: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, St. Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela. *Vid. Carta de la Organización de Estados Americanos*, estado de firmas y ratificaciones. Disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos_firmas.htm>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(76) *Vid. CIDH, Baby Boy vs. Estados Unidos* (1981, case n° 2141) párs. 14. a y 19.b, citando Actas y Documentos, Documento CB-310/CIN-31, Vol. V, p. 449.

como *control de la natalidad, planificación familiar, o embarazo no deseado* como inclusivos de un supuesto derecho a abortar niños no deseados.

En la *Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo*, en El Cairo, Guatemala rechazó la interpretación del aborto como un derecho reproductivo o sexual, o como servicio de salud reproductiva, en los capítulos II y VII del documento de la CIPD, en virtud de su incompatibilidad con la Declaración Americana y la Convención Americana, señalando que *“la vida existe desde el momento de la concepción y que el derecho a la vida es la fuente de todos los demás derechos”* (77). El Salvador se opuso a la inclusión del aborto como un legítimo servicio de salud reproductiva o método de planificación familiar, afirmando que *“somos países latinoamericanos signatarios de la CADH (Pacto de San José). En el Artículo 4 de la Convención se señala claramente que la vida debe protegerse desde el momento de la concepción. [...] Por ese motivo [...] consideramos que la vida debe protegerse desde el momento de la concepción”* (78). Del mismo modo, República Dominicana rechazó la creación de un supuesto derecho al aborto o a la terminación del embarazo mediante la aprobación de términos como *salud reproductiva, salud sexual, maternidad segura, derechos reproductivos, derechos sexuales y regulación de la fertilidad*. Presentó su reserva de conformidad con su Constitución y leyes, sosteniendo que *“como signataria de la CADH, [República Dominicana] confirma plenamente su convicción de que todo el mundo tiene un derecho fundamental e inalienable a la vida y que este derecho a la vida comienza en el momento de la concepción”* (79). Asimismo, Honduras planteó su rechazo al aborto como derecho reproductivo, en vista de que *“la CADH, que reafirma que toda persona tiene derecho a la vida y que este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción sobre la base de los principios morales, éticos, religiosos y culturales que*

(77) *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994 [en adelante CIPD], cap. V, pág. 26.*

(78) *Ídem.*, pág. 9.

(79) *Ídem.*, pág. 23.

deben regir a la colectividad humana, y de conformidad con los derechos humanos reconocidos internacionalmente” (80).

En la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing, República Dominicana, se opuso a la interpretación del término *derechos reproductivos* y de términos relacionados como inclusivos de un derecho al aborto o la interrupción voluntaria del embarazo, afirmando que *“República Dominicana, signataria de la CADH y de acuerdo con la Constitución y las leyes de la República, confirma que toda persona tiene derecho a la vida y que ésta comienza desde el momento de la concepción”* (81). Del mismo modo, Nicaragua, en su declaración ante la Conferencia de Beijing sobre la Mujer, rechazó la inclusión del aborto como un derecho reproductivo o como un servicio de salud reproductiva. Sostuvo que el Estado nicaragüense *“como signatario de la CADH de Derechos Humanos, confirma que toda persona tiene derecho a la vida, siendo este derecho fundamental e inalienable y que este derecho comienza desde el momento de la concepción”* y que *“el aborto o la interrupción del embarazo bajo ningún concepto podrán ser considerados como un medio de regulación de la fecundidad o de control de la natalidad tal como quedó precisado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo; toda legislación interna que regula esta materia es soberanía de la nación de Nicaragua”* (82).

Asimismo, algunos tribunales constitucionales de Estados latinoamericanos se han acogido a la CADH la hora de proteger al no nacido del aborto. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Chile se acogió al Artículo 4.1 de la Convención y a otras obligaciones de los tratados internacionales, al prohibir la anticoncepción de emergencia en el año 2008. Por su parte, en el año 2009, el Tribunal Constitucional de Perú invocó la CADH al prohibir la dis-

(80) *Ídem.*, pár. 10 e *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995* [en adelante *Informe de Beijing*], p. 163.

(81) *Informe de Beijing de 1995*, p. 157.

(82) *Ídem.*, p. 168.

tribución gratuita de mecanismos de anticoncepción de emergencia (83).

Igualmente, un análisis actualizado de la *opinio juris* y la práctica contemporánea en relación al aborto en América Latina y el Caribe revelaría que, aunque algunos países han despenalizado algunos tipos de aborto (*v.g.* Brasil, Argentina, Panamá), prácticamente ningún Estado ha legalizado el aborto en cualquier circunstancia; ninguno, con excepción de Colombia, ha contemplado el aborto como un derecho humano. La gran mayoría de Estados Latinoamericanos y del Caribe penalizan el aborto voluntario; y al menos cinco países del Continente actualmente lo prohíben por completo (El Salvador, Honduras, Nicaragua, Perú y República Dominicana) (84).

Incluso Estados que no son Parte en la CADH han entendido que el Convenio prohíbe el aborto y se han referido a esta prohibición como una razón para no ratificarla. Por ejemplo, en los debates de Canadá sobre la ratificación de la mencionada Convención, se expresó el temor a que el Artículo 4.1 de la misma entre en conflicto con la ley canadiense, en donde el aborto es ampliamente accesible y se encuentra protegido por la ley (85). Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), en

(83) Tribunal Constitucional (Chile), *Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad* (2008, rol n° 740-07) considerandos 31 y 32; Tribunal Constitucional (Perú), *Acción de Lucha Anticorrupción* (2009, expediente n° 02005-2009-PA/TC) pár. 12.

(84) *Vid. Informes del Centro de Derechos Reproductivos*, disponible en: <<http://reproductiverights.org/es/biblioteca-de-recursos/libros-e-informes>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(85) *Vid. Parlamento de Canadá, Report of the Standing Senate Committee on Human Rights: Enhancing Canada's Role in the OAS: Canadian Adherence to the American Convention on Human Rights*, disponible en: <<http://www.parl.gc.ca/37/2/parlbus/commbus/senate/com-e/huma-e/rep-e/rep04may03-e.htm>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

Vo vs. Francia, también reconoció que la protección otorgada por la CADH a la vida del niño no nacido desde la concepción podría ser incompatible con la legalización del aborto, en contraste con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que no contiene ninguna referencia explícita al no nacido (86).

La práctica regional en foros internacionales demuestra que los países de Latinoamérica y el Caribe han interpretado la CADH como protectora de la vida del no nacido, desde la concepción o fertilización hasta su nacimiento, y por ende, como prohibitiva del aborto, acto que los Estados partes han identificado como contrario a la amplia protección al derecho a la vida reconocido por el tratado.

A) Interpretación del Artículo 4(1) de la CADH por la Corte IDH

La Corte IDH se ha referido anteriormente a niños no nacidos como niños, menores de edad, hijos y bebés en al menos tres casos: Caso de los Hermanos Gómez-Paquiyaury vs. Perú (87), Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú (88) y Caso Goiburú y otros vs. Paraguay (89).

(86) TEDH, *Vo vs. France* (2004, requerimiento n° 53924/00) pár. 75.

(87) Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú* (2004, serie C n° 110) párs. 67.X, 216 y n. 62. En este caso, a Corte otorgó reparaciones a la hermana de una de las víctimas por la pérdida de su hijo no nacido, Jorge Javier.

(88) Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006, serie C n° 160) párs. 197.57 y 292. *Vid.* también voto razonado del Cançado, pár. 61, donde también se refiere a los no nacidos como *niños*.

(89) *Vid.* Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay* (2006, serie C n° 153) párs. 160. b.iii y 161, donde la Corte indica que Carlos Marcelo Mancuello Ríos era menor de edad al momento de la desaparición forzada de sus padres y hermano y pár. 100.b, donde

Asimismo, la Corte se refirió a los abortos inducidos como “actos de barbarie” en el Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala (90). Además, en el Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, la Corte observó que el “derecho a la vida de los niños (...) no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de las mujeres embarazadas” y reiteró la obligación de los Estados partes de la Convención de garantizar el acceso a la salud prenatal (91).

Sin embargo, en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (“fecundación in vitro”), en el que la Corte condenó a Costa Rica a legalizar la reproducción artificial y a subsidiarla con fondos públicos por medio de la Caja Costarricense del Seguro Social, la Corte concluyó que el embrión humano no es persona, que la concepción comienza en la implantación del mismo en el útero materno y que el Artículo 4(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) permite amplias excepciones a la vida del no nacido, incluyendo al menos algunas formas de aborto (92).

Dicha sentencia reflejó también un deliberado esfuerzo de la Corte por restringir y limitar el alcance del derecho a la vida del no nacido en el *corpus juris* del Derecho Internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, la Corte intentó despojar al no nacido de sus derechos bajo la Declaración Universal de Derechos Humanos, afirmando que la omisión de una referencia específica al no nacido en el documento como evidencia de la falta de intención legislativa de protegerle. Concluyó que según los trabajos preparatorios de dicho instrumento, el término “nacen”, del Artículo 1 de la Decla-

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

(90) *Vid.* Corte IDH, *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* (2009, serie C n° 211) pár. 139.

(91) Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2006, serie C n° 146) pár. 177.

(92) Corte IDH, *Caso Artavia*, *ibídem*, párr. 182.

ración, se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la misma y fue más allá de cualquier interpretación por cualquier órgano de monitoreo de los tratados al afirmar que, por lo tanto, la expresión “ser humano”, utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido (93).

Un examen más acucioso de los trabajos preparatorios de la Declaración Universal (94), demuestra que en ningún momento manifestaron los Estados tal interpretación, pues rechazaron el segundo párrafo del respectivo artículo del borrador de la Declaración que reconocía posibles excepciones al derecho a la vida para abortos de niños de padres discapacitados. Chile y Uruguay, en particular, se opusieron a la inclusión de dichos términos, los cuales fueron finalmente rechazados (95). Si bien admitieron que el silencio sobre el tema de aborto era un compromiso político para lograr la adhesión de Estados como Reino Unido, en ningún momento expresaron que los derechos humanos se reconocen a partir del nacimiento, como afirmó la Corte.

La Corte IDH se pronunció también respecto a la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concluyendo que de este no puede derivarse una protección absoluta de la vida prenatal o del embrión humano debido a que, durante sus trabajos preparatorios fueron rechazadas las propuestas de Líbano y un grupo de 5 Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México y Marruecos) que proponían la protección del derecho a la vida desde la concepción, aunque admitió que igualmente fue rechazada la propuesta de Reino Unido de reconocer un derecho al aborto (96). Asimismo, la Corte justificó su interpretación del Pacto en las Observaciones Generales N° 6 y 17 del Comité de Derechos

(93) *Ídem.*, pár. 224.

(94) E/CN.4/SR/35 (1947) citado en Corte IDH, *Caso Artavia*, cit., Párr. 224.

(95) E/CN.4/SR/35 (1947) pág. 12-14.

(96) Corte IDH, *Caso Artavia*, cit., pár. 225.

Humanos, en las que al Comité no sólo no se ha reconocido el derecho a la vida del no nacido sino que se ha señalado que la prohibición o restricción del acceso al aborto viola el derecho a la vida de la madre (97). La Corte ignoró, curiosamente, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíbe la imposición de la pena de muerte en mujeres embarazadas en su Artículo 6 (5), otorgando así protección a la vida del no nacido. Similar prohibición contra la ejecución de mujeres embarazadas puede encontrarse en el Artículo 4 (5) de la Convención Americana.

Curiosamente, la Corte IDH hizo referencia al Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África (Protocolo de Maputo), del Sistema Africano de Derechos Humanos, para interpretar el Artículo 4 de la Convención Americana. El Protocolo autoriza el aborto sólo bajo ciertas circunstancias, en ausencia de los cuales el procedimiento sería ilegal, y no enuncia ningún derecho a abortar (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 2000; Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África, 2005). Vale la pena mencionar que sólo la mitad de los miembros de la Unión Africana se han adherido a dicho instrumento y que varios países, como Uganda, han formulado reservas que rechazan el aborto como un derecho humano (Byamukama, 2010). Los Artículos de San José señalan que “Este tratado es altamente polémico y de ninguna manera tiene aceptación universal. Solo alrededor de la mitad de las naciones africanas han adherido al Protocolo de Maputo y la razón más a menudo citada para la no adhesión es la provisión sobre el aborto” (Artículos de San José, notas al Art. 6).

Sin embargo, en su análisis del sistema universal de los derechos humanos, la Corte omitió mención a instrumentos no favorables a su causa, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre

(97) *Ídem.*, pár. 226.

la Clonación Humana (98), promovida por Costa Rica y apoyada por la mayoría de Estados latinoamericanos en la Asamblea General de Naciones Unidas, que llama a los Estados a prohibir técnicas de clonación e ingeniería genética sobre embriones humanos, ya sea con fines reproductivos o terapéuticos, las cuales la Declaración denuncia como incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana (99).

No todos los miembros de la Corte compartieron esta interpretación restrictiva de la Convención Americana y del Derecho internacional de los derechos humanos. El Juez Vio Grossi, en su voto disidente, cuestionó el uso de tratados que no contienen protección específica del no nacido, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) para interpretar la Convención Americana, que sí contiene dicha protección explícita, como violatorio del principio *lex specialis derogat legi generali* de acuerdo al cual la específica deroga a la ley general (100).

Igualmente, El antiguo Comisionado Florentín Meléndez, actualmente Juez de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador observó, un año después de la sentencia

(98) Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación Humana, G.A. Res. 59/280, U.N. DOC. A/RES/59/280 (Mar. 8 2005), Disponible en http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/59/280&Lang=E Véase su precursor la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos adoptado en la UNESCO 29 Conferencia General el 11 de noviembre de 1997, lo cual prohíbe reproducción solo de clonación. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos, 11 de noviembre de 1997, http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

(99) *Ídem*.

(100) Corte IDH, *Caso Artavia*, cit., Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, pág. 18.

Artavia, que: “El derecho internacional [...] también reconoce el derecho a la vida como un derecho fundamental de carácter indelegable, que goza de protección desde el momento de la concepción”, citando como fundamento la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 4 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 6, la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (Preámbulo) y Principio 8; y la Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 6 y Preámbulo (101).

Igualmente, el antiguo Juez y Presidente de la Corte Interamericana, Rodolfo Piza Escalante, redactor de la sentencia que declaró la FIV inconstitucional y violatoria de la Convención Americana, entre otros, sostuvo que: “Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley N° 7184 del 18 de julio de 1990, tutela el derecho a la vida en el Artículo 6. Reconoce la personalidad del no nacido y en el párrafo 2 del Preámbulo señala que no se puede hacer distinción por razón alguna, entre las que menciona “*el nacimiento*”. Más adelante cita la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que otorga “*debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*” (102).

En cuanto a la CDN, no obstante la claridad de su Preámbulo, que hace referencia a la necesidad de brindar al niño “protección y cuidado especiales [...] antes [...] del nacimiento”, la Corte afirmó que los trabajos preparatorios indican que esta frase no

(101) Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 28 de mayo, 2013, *Voto disidente en el caso B.C. Magistrado Florentín Meléndez* Amparo 310-2013, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL DE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, ¶ I (1) (2013) (El Sal.), <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2013/05/A00CC.PDF>

(102) Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala. Constitucional, marzo 15, 2000, Expediente 95-001734-0007-CO, Gaceta Judicial [G.J.] (No. 45) ¶ VI (Costa Rica), http://200.91.68.20/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_selectiva.aspx?strErr=

tuvo la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, en especial el derecho a la vida ya que en ellos se acordó que el Preámbulo no determinaría la interpretación del Artículo 1 de la Convención, que define al niño como toda persona menor de 18 años, sin establecer una edad mínima o el nacimiento como requisito para la protección (103).

Esta conclusión fue fundamentada únicamente en la solicitud de un Grupo de Trabajo integrado por Alemania, Irlanda, Italia, Holanda, Polonia, Suecia y Estados Unidos, que pidió se añadiera el siguiente párrafo a los trabajos preparatorios: "Al aprobar este párrafo del preámbulo, el Grupo de Trabajo no pretende dar un juicio previo sobre la interpretación del Artículo 1 o de cualquier otra disposición de la Convención por los Estados Partes" (104). El objetivo de este grupo de países, de los cuales ninguno ha ratificado la Convención Americana, dicho sea de paso, era claramente el de disminuir la protección que el Preámbulo da al no nacido, como indicó luego el doctor Carl August Fleischnauer, Consejero Jurídico de las Naciones Unidas (105). La solicitud encontró oposición por parte de la delegación de Senegal, por lo que el representante de Reino Unido solicitó al Consejero Jurídico, Carl August Fleischnauer, que confirmara si dicha frase podría ser tomada en cuenta en una futura interpretación del Artículo 1 de la Convención (106).

La falta de valor de dicha declaración en una eventual interpretación del preámbulo de la CDN fue claramente establecido por la respuesta del Consejero Jurídico al representante británico, que consta también en los trabajos preparatorios y que la sentencia del caso *Artavia*, faltando a la honestidad intelectual, omite mencionar. En ella, el Consejero manifiesta que, si bien no existe ninguna

(103) Corte IDH, *Caso Artavia*, cit., pár. 231-232

(104) UN Doc. E/CN 4/1989/48, § 43 (1989) citado en Corte IDH, *Caso Artavia*, cit., Párr. 232.

(105) *Ídem*, Annex, pár. 1.

(106) *Ídem*.

prohibición contra la inclusión del mencionado párrafo en los trabajos preparatorios, su valor para propósitos interpretativos en cuanto al Artículo 1º es dudoso, ya que éste busca despojar al Preámbulo de su objetivo ordinario de constituir un elemento de base para la interpretación del tratado (107). También señala que es incierta la conclusión a que llevará dicha declaración en futuras interpretaciones que de la Convención realicen los Estados partes (108).

El Consejero Jurídico advierte al representante británico que el buscar establecer el significado de un término del tratado a través de una frase en los trabajos preparatorios podría ser inefectivo, ya que el Artículo 32 de la Convención de Viena establece que los trabajos preparatorios son solamente medios complementarios de interpretación que únicamente pueden ser utilizados si los términos del tratado carecen de claridad o especificidad (109). La Corte IDH, sin embargo, utilizó esa sección particular de los trabajos preparatorios como única fuente de interpretación del Artículo 1 de la CDN, ignorando el texto del tratado, el Preámbulo del mismo y otras secciones de los trabajos preparatorios que reafirmaban la protección del no nacido por la CDN.

3. Oposición regional a la creación de un derecho al aborto

A) Inexistencia de un derecho internacional a abortar

Ningún tratado internacional ratificado por los estados latinoamericanos crea un derecho al aborto u ordena su legalización o ampliación (110). Del mismo modo, ninguna norma

(107) *Ídem.*, Annex.

(108) *Ídem.*

(109) *Ídem.*

(110) Sólo un tratado regional en la actualidad incluye el término *aborto*: el *Protocolo de Maputo* de 2000, un instrumento regional de la Unión Africana. El tratado no es vinculante, obviamente, para los Estados latinoamericanos. El Protocolo autoriza el

de derecho internacional consuetudinario reconoce un derecho a tomar la vida de un niño no nacido a través del aborto (111). El Sr. Anand Grover, Relator Especial, reconoció en el 2011 que “no hay derecho internacional sobre el asunto [del aborto]” durante la presentación de un informe sobre el derecho a la salud ante la Asamblea General de Naciones Unidas (112). Incluso organizaciones promotoras de un derecho al aborto como el Centro de Derechos Reproductivos (113), Amnistía Internacional (114) y Human Rights

aborto sólo bajo ciertas circunstancias, en ausencia de ellas el procedimiento sería ilegal. Vale la pena mencionar que sólo la mitad de los miembros de la Unión Africana se han adherido a ella y que varios países, como Uganda, han formulado reservas rechazando precisamente el aborto como un derecho humano. *Vid.* columna de Dora BYAMUKAMA, *East Africa: Region Ought to Ratify the Maputo Protocol Now*, disponible en <<http://allafrica.com/stories/201008120629.html>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

Los artículos de San José señalan que este Protocolo es muy polémico y de ninguna manera goza de aceptación universal. Sólo la mitad de los 54 países africanos se han adherido al Protocolo de Maputo, y la razón más citada para la no adhesión son sus disposiciones sobre aborto. *Vid.* Artículos de San José, Artículo 5°.

(111) Artículos de San José, Artículo 5°.

(112) Asamblea General de las Naciones Unidas, 24 octubre 2011, sesión 66°, meetings 29 y 30, Doc. GA/SHC/4018, Third Committee, Several Aspects of Sexual, Reproductive Health – Providing Information, Using Contraception, Abortion– Should Be ‘Decriminalized’, Third Committee Told, Rapporteur on Right to Health Says ‘Decriminalization Saves Lives;’ Also Hears Experts on Human Rights Defenders; Trafficking; Education; Food; Safe Water, disponible en <<http://www.un.org/News/Press/docs/2011/gashc4018.doc.htm>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(113) Un memorándum del *Centro de Derechos Reproductivos*, ONG pro aborto de Estados Unidos, es revelador en este sentido, al admitir que el derecho al aborto sólo puede ser creado a través de la interpretación distorsionada de los tratados internacionales de

Watch (115) han reconocido que no existe ningún tratado que establezca tal derecho.

Ningún tribunal internacional de derechos humanos ha interpretado que existe un derecho al aborto en los tratados internacionales o ha vislumbrado en estas obligaciones internacionales de legalizar el aborto o ampliar el aborto legal. En el 2010, el TEDH se rehusó a encontrar un derecho al aborto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a pesar de que el tratado, a diferencia de la Convención Americana, no contiene referencia explícita al derecho a la vida desde la concepción. En *A., B. and C. vs. Irlanda*, en donde tres mujeres desafiaron la prohibición casi completa del aborto en Irlanda (que permite el aborto en caso de “riesgo a la vida de la madre” como único supuesto de aborto no punible), el pleno del

derechos humanos. Señala el documento, que “*los foros regionales e internacionales con carácter semi-judicial podrían ofrecer las vías más prometedoras*” para asegurar interpretaciones favorables y crear furtivamente normas semivinculantes, a fin de “*persuadir a los gobiernos a aceptar los derechos reproductivos como normas obligatorias*”, logrando la reinterpretación del derecho internacional de los derechos humanos. Cong. Rec. E2535-36, E2538-39, 8 diciembre 2003, declaración del representante de Smith, p. 149.

(114) *Amnistía Internacional* constató que la Convención no trata la cuestión del aborto y que no hay aceptación general el derecho al aborto en el derecho internacional. *Vid. A Fact Sheet on CEDAW: Treaty for the Rights of Women*, 2005, 2 pp., disponible en <http://www.amnestyusa.org/sites/default/files/pdfs/cedaw_fact_sheet.pdf> y *Women, Violence and Health*, 32 pp., disponible en <http://www.amnesty.org/en/library/asset/ACT77/001/2005/en/f6925f5e-d53a-11dd-8a23-d58a49c0d652/act770012005_en.pdf>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(115) *Human Rights Watch* declaró que “*la CEDAW no toma una posición sobre el aborto*” en *Letter to Senate Foreign Relations Committee Urging that CEDAW Move to the Full Senate*, 29 julio 2002, disponible en <<http://www.hrw.org/press/2002/07/uscedawltr0730.htm>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

TEDH, expresó inequívocamente que el Artículo 8 de la Convención “no puede entenderse [...] en el sentido de conferir un derecho al aborto” (116). Asimismo, el tribunal aclaró que el Artículo 8 no podría ser interpretado como otorgando un derecho positivo, ya sea a legalizar el aborto o ampliar los supuestos de aborto legal (117). Adicionalmente, en el 2011, en *Oliver Brüstle vs. Greenpeace*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, llegó a la conclusión de que los embriones humanos creados a través de la fertilización o la clonación no pueden ser sujetos de patentes industriales, comerciales o de investigación relacionadas, cuando el objeto de la patente requiere la destrucción previa de los embriones o el uso de sus componentes, independientemente de la etapa de desarrollo en el que la destrucción del embrión ocurra (118).

Contrariamente a lo que se comúnmente se cree, la CEDAW (adoptado por la mayoría de los estados latinoamericanos) y otros instrumentos internacionales no vinculantes, tales como las Confe-

(116) TEDH, *A., B. and C. vs. Irlanda* (2010, requerimiento n° 25579/05) pár. 214.

(117) *Vid.* video de análisis de la sentencia del TEDH en *A, B y C contra Irlanda* por el juez Javier BORREGO (2003-2008) y del Sr. Juris RUDEVSKIS (asesor legal permanente en el CEDH, la División de Investigación, los servicios de juriconsulto) en Grégor Puppinck, *Aborto en Irlanda: Abordar el resultado de la sentencia A, B y C vs Irlanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Turtle Bay y más allá*. <http://www.turtlebayandbeyond.org/2012/abortion/abortion-in-ireland-addressing-the-outcome-of-the-a-b-c-v-ireland-ruling-at-the-european-court-of-human-rights/>. El 27 de febrero El Sr. Rudevskis llega a la conclusión de que en *A, B y C contra Irlanda*, el tribunal no encontró la equivalente legal europea a *Roe vs. Wade*, donde la Corte Suprema de Estados Unidos concluyó que el aborto era un derecho fundamental sobre el cual los Estados pueden imponer restricciones sólo muy limitadas.

(118) Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Brüstle vs. Greenpeace* (2011, caso n° C-34/10).

rencias de el Cairo y Beijing, no crean un derecho al aborto. La CEDAW ni siquiera contiene la palabra aborto. De hecho, el Artículo 12.2 de la CEDAW en realidad protege la salud prenatal en relación con el embarazo. Al menos hasta la fecha, el consenso académico indica que la Convención no manda la legalización del aborto (119).

A pesar de que los documentos finales de las conferencias internacionales de El Cairo y Beijing, (es decir, el *Programa de Acción adoptado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo* de 1994 y la *Declaración de Beijing* y la *Plataforma de Acción de Beijing* aprobadas en la Conferencia Internacional sobre la Mujer de 1995, cuya naturaleza es claramente no vinculante) son usualmente citados como declaraciones que apoyan la creación de un derecho internacional al aborto (120), ninguno de los documentos crea tal derecho. Si bien los documentos contienen exhortaciones a los países a lidiar con “los efectos que en la salud tienen los abortos realizados en condiciones no adecuadas como un importante problema de salud pública” y eliminar el aborto “peligroso”, “en lugares donde el aborto no es contrario a la ley” (121), este lenguaje no promueve específicamente la legalización del aborto ni mucho menos la creación de un derecho al aborto. La Plataforma de Beijing solamente alienta a los Estados a “considerar la posibilidad de revisar las leyes que prevén medidas punitivas contra las muje-

(119) HONGJU (2002) pp. 263-272 citado por WILKINS y REYNOLDS (2006).

(120) *Vid, v.g.* Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Población de las Naciones, *De El Cairo a Pekín: Conferencia de la Mujer Amplifica la CIPD*, Red de Información, Noticias, octubre 1995, disponible en <<http://www.un.org/popin/unfpa/taskforce/icpdnews/icpdnews9510/cairo.html>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(121) *Vid.* CIPD de 1994, párs. 7.44, 8.19, 8.20, 8.25 y 12.17 y *Plataforma de Acción de Beijing de 1995*, párs. 37, 93, 106.i, 106.k, 109.i.

res que han tenido abortos ilegales” (122), pero no exige a los estados su legalización.

Tanto el Programa de Acción de la CIPD, la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción de Beijing, indican explícitamente que el aborto es una práctica que debe combatirse, afirmando que “habría que hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto” (123) y que “los gobiernos deberían tomar medidas oportunas para ayudar a las mujeres a evitar el aborto” (124). Además, declaran que existe la necesidad de “reducir el uso del aborto” (125) mediante la expansión de servicios de planificación familiar y la “prevención de los embarazos no deseados” (126). Además, en conferencia de El Cairo se instó a los países en transición, es decir, los países del Este de Europa, a “encarar la práctica actual de recurrir al aborto para la regulación de la fecundidad”, como un asunto urgente (127) y, en Beijing, todos los países fueron exhortados a ayudar a las mujeres a “evitar la repetición de los abortos” (128). Tanto el Programa de Acción de la CIPD como la Declaración de Beijing, en concreto, afirmaron que el aborto no puede ser promovido como un método de planificación familiar (129).

(122) *Plataforma de Acción de Beijing de 1995*, pár. 106.k.

(123) *CIPD de 1994*, pár. 8.25.

(124) *Ídem*, pár. 7.24.

(125) *Ídem*, pár. 8.25 y *Plataforma de Acción de Beijing de 1995*, pár. 106.k.

(126) *CIPD de 1994*, pár. 7.6 y *Plataforma de Acción de Beijing de 1995*, pár. 106.k.

(127) *CIPD de 1994*, pár. 7.10.

(128) *Ídem*, pár. 8.25 y *Plataforma de Acción de Beijing de 1995*, pár. 106.k.

(129) *CIPD de 1994*, párs. 7.24, 8.25 y *Plataforma de Acción de Beijing de 1995*, pár. 106.k. *Vid.* también la *Resolución de la Asamblea S-21/2* pár. 63 (II), Doc. de las Naciones Unidas A/RES/S-21/2, 8 noviembre 1999, disponible en <

Los documentos resultantes de El Cairo y Beijing reafirmaron también que las decisiones legislativas respecto al aborto deben tomarse a nivel nacional y que los organismos internacionales no pueden imponer la legalización del aborto a los Estados soberanos, al disponer que *“cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud se pueden determinar únicamente a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional”* (130).

Además, las Conferencias condenaron los *“actos de violencia contra la mujer”*, los que también incluyen el *“aborto forzado”* y la *“determinación prenatal del sexo”* llevada a cabo mediante el aborto de fetos del sexo femenino (131). Ambos documentos finales alientan a los Estados a proporcionar tratamiento médico de las complicaciones post-aborto (132), así como *“acceso a información fidedigna y asesoramiento comprensivo”* para mujeres que están evaluando

te/global/shared/documents/publications/1999/key_actions_en.pdf>, fecha de consulta: 16 abril 2012, que establece que *“[l]os gobiernos deben tomar medidas apropiadas para ayudar a las mujeres a evitar el aborto, el que en ningún caso debe ser promovido como un método de planificación familiar, y en todos los casos prever un trato humanitario y orientación a las mujeres que han recurrido al aborto”*.

(130) Vid. CIPD de 1994, pár. 8.25 y *Plataforma de Acción de Beijing* de 1995, pár. 106.k. Vid. también el Comité Especial Plenario del vigésimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, 1 julio 1999, *Informe del Comité Especial Plenario del vigésimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General: Adición*, pár. 63.i, Doc. de las Naciones Unidas A/S-21/5/Add.1, disponible en <<http://www.un.org/popin/unpopcom/32ndsess/gass/215a1e.pdf>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(131) *Plataforma de Acción de Beijing* de 1995, párs. 115, 277.c y CIPD, párs. 4.15, 4.16 (a), 4.23.

(132) Vid. CIPD de 1994, párs. 7,6, 8,22, 8,25, 12,17 y *Plataforma de Acción de Beijing* de 1995, pár. 106.k.

hacerse un aborto o que ya lo han tenido (133). Los documentos exhortan a los Estados para llevar a cabo “*investigaciones encaminadas a comprender y encarar con mayor eficacia las condiciones que determinan el aborto inducido y sus consecuencias, incluidos sus efectos futuros en la fecundidad, la salud reproductiva y mental y en la práctica anti-conceptiva, además de las investigaciones sobre el tratamiento de complicaciones planteadas por los abortos, y los cuidados con posterioridad al aborto*” (134).

B) Promoción de la creación del derecho al aborto por órganos no judiciales de derechos humanos

A pesar de la inexistencia de un derecho internacional al aborto, funcionarios internacionales y órganos no judiciales de derechos humanos han generado atención pública en las últimas décadas debido a sus repetidos intentos por reinterpretar los tratados internacionales de derechos humanos, para incluir presuntas obligaciones internacionales de legalizar y liberalizar todas las formas de aborto, tal como denunció recientemente Egipto en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han reiteradamente interpretado la existencia de un derecho al aborto en los tratados internacionales y han ejercido presión política sobre los Estados partes, exigiendo la legalización del aborto o ampliación del aborto legal. El Comité de la CEDAW ha apremiado a más de 90 países a legalizar el aborto o liberalizar sus leyes de aborto (135), y el Comité de Derechos Humanos, el órgano de vigilancia del PIDCP, ha urgido a la legalización o ampliación del aborto en más de una

(133) CIPD de 1994, párs. 7.24, 8.25 y *Plataforma de Acción de Beijing* de 1995, pár. 106.k.

(134) CIPD de 1994, párs. 12,17 y *Plataforma de Acción de Beijing* de 1995, pár. 106.i.

(135) *Vid. Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer* de 1999, cap. I, pár. 31.c.

docena de países. Asimismo, el Comité de Derechos Económicos y Sociales, el Comité contra la Tortura, e incluso el Comité de los Derechos del Niño, han exhortado a los países para legalizar o liberalizar las leyes de aborto (136).

Los Estados de América Latina y el Caribe han sido repetidamente amonestados por algunas organizaciones internacionales no judiciales por su incumplimiento con supuestas obligaciones internacionales de legalizar el aborto o ampliar las circunstancias en que este es legal (137). Muchos países, como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Venezuela han sido presionados por estos órganos, los cuales han exigido se proporcione a las mujeres los medios para abortar a través de los servicios públicos de salud pública y privada con inmunidad penal, en particular cuando el no nacido fue concebido en una violación o de incesto, cuando este sufre de grave discapaci-

(136) Vid. Artículos de San José, notas al Art. 6.

(137) Vid. v.g. Comité de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Doc. de las Naciones Unidas A/53/38/Rev.1, pár. 201, disponible en <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/18report.pdf>>, fecha de consulta: 16 abril 2012, donde el Comité de la CEDAW indica que *“expresa su profunda preocupación en relación con la salud reproductiva de las mujeres panameñas y el aparente retroceso en el tratamiento del derecho al aborto en los casos en que el embarazo es el resultado de una violación. También recomienda que las mujeres panameñas que están embarazadas como consecuencia de una violación tengan la oportunidad de solicitar la terminación de este tipo de embarazos”*. Vid. recomendaciones similares en *ídem*. A/51/38 pár. 123, donde el Comité sugirió a Paraguay el aumento del acceso al aborto seguro, particularmente para las mujeres rurales y niñas de corta edad. Vid. También *Human Rights Watch, International Human Rights Law and Abortion in Latin America*, julio 2005, p. 5, citado en notas al Art. 6 de los Artículos de San José.

cidad, cuando la madre es menor de edad y, en general, en cualquier instancia en que el niño no nacido sea no deseado (138).

Algunos países de América Latina y el Caribe han sido blanco de los órganos internacionales de derechos humanos y sus funcionarios, producto de sus prohibiciones de todas las formas de aborto. Por ejemplo, el Comité contra la Tortura ha recomendado que Chile deje de investigar y penalizar abortos (139) y que Nicaragua derogue su prohibición de todas las formas de aborto lo más pronto posible (140). En el 2009, mientras los legisladores dominicanos se encontraban en el proceso de aprobar enmiendas constitucionales para proteger el derecho a la vida desde la concepción, el entonces Director Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe (agencia de Naciones Unidas para los derechos de la infan-

(138) *Vid.* TOZZI (2010) pp. 13-15. Para más información sobre el sesgo en favor del derecho al aborto en el Comité de la CEDAW, *vid.* WILKINS y REYNOLDS (2006) p. 168 n. 128 y p. 169 nn.129-132, en que se evidencia como el Comité de la CEDAW reinterpreta la Convención y ordena el derecho al aborto a pesar de los puntos de vista de los estudiosos respecto a la neutralidad del tratado en materia de aborto.

(139) Comité contra la Tortura, *Conclusiones y Recomendaciones: Chile*, 14 de junio de 2004, Doc. de las Naciones Unidas CAT/C/CR/32/5 párs. 6. j, 7.m, disponible en <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/ef4fd0e705c6f645c1256ec4003be0ba?Op=opendocument>>, fecha de consulta: 16 abril 2012, citado en CIDH, *El acceso a la información sobre salud reproductiva desde una perspectiva de Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 2011, Doc. OEA SR.1/V/II. 61, disponible en: <[http://www.cidh.oas.org/pdf/~HEAD=NNSarchivos y womenaccessinformationreproductivehealth.pdf](http://www.cidh.oas.org/pdf/~HEAD=NNSarchivos%20y%20womenaccessinformationreproductivehealth.pdf)>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(140) *Vid.* Amnesty International, Press Releases, 15 may 2009, *Nicaragua: Complete ban on abortion violates Torture Convention*, disponible en <<http://www.amnesty.org/en/for-media/press-releases/nicaragua-complete-ban-abortion-violates-torture-convention-20090515>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

cia), Nils Katsberg, pidió a los legisladores “*no ser hipócritas, tratando de hacer ilegal el aborto*”, argumentando que la reforma privaría a las adolescentes embarazadas de entre 15 y 17 años de edad de tener abortos seguros (141). Perú fue reprendido recientemente por el Comité de la CEDAW en *LC vs. Perú* (142), un procedimiento no judicial bajo su Protocolo Facultativo, por sus prohibiciones contra el aborto y su reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción. La denuncia fue presentada por el Centro de Derechos Reproductivos, que alegó que una menor embarazada habría intentado suicidarse debido a que se le había negado un aborto. En el informe de la petición, el Comité apremió al Perú a ampliar sus actuales supuestos de aborto no punible por razón de la vida y la salud de la madre, para el aborto legal de niños concebidos en casos de violación o incesto. Del mismo modo, en el caso *K.L. vs. Perú* (143), también presentado por el Centro de Derechos Reproductivos, el Comité de Derechos Humanos recomendó a Perú legalizar el aborto eugenésico, es decir, el aborto de niños con graves discapacidades o malformaciones congénitas.

En el marco de la OEA, en décadas pasadas, la CIDH condenó algunas formas de aborto, incluyendo el aborto voluntario, al igual que otros actos de violencia a mujeres embarazadas y niños no nacidos, refiriéndose al aborto como violación de derechos hu-

(141) UNICEF, Nils Kastberg, Director Regional de UNICEF para el UNICEF, visita la República Dominicana, marzo de 1999, disponible en <http://www.unicef.org/republicadominicana/english/support_14446.htm>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(142) Comité de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 18 junio 2009, *Visto: Anexo*, CEDAW/C/50/D/22/2009 párs. 8.16, 8.18, disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009_en.pdf> fecha de consulta: 16 abril 2012.

(143) Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 13 noviembre 2002, *Visto: anexo*, CCPR/C/85/D/1153/2003 párs. 6.1-4, disponible en: <<http://reproductivights.org/en/document/kl-v-peru-final-decision>> fecha de consulta: 16 abril 2012.

manos. Por ejemplo, en su informe anual de 1971, la Comisión expresó que *“el uso del aborto para ayudar a resolver los problemas económicos y de subsistencia derivados de la explosión demográfica constituiría patente y grave violación de los derechos humanos”* (144). Asimismo, en 1995 se refirió al aborto forzado como una forma de tortura, refiriéndose a *“golpes en los pechos y el vientre, frecuentemente infligidos a mujeres embarazadas con la intención de causar un aborto o de deteriorar la capacidad de engendrar”* como una forma de *“tortura sexual”* (145).

En algunas ocasiones la Comisión se ha rehusado a declarar un derecho al aborto. En el 2010, varias ONG que promueven la legalización del aborto en Nicaragua (146) solicitaron a la Comisión otorgar medidas cautelares que ordenaran un aborto para Amelia (pseudónimo), una mujer nicaragüense de 27 años que sufriría de un cáncer metastático, cuyos médicos se negarían a proporcionarle quimioterapia debido a su estado de embarazo (147). La Comisión, sin embargo, se negó a ordenar el aborto

(144) Vid. CIDH, Informe Anual de la CIDH (1972), Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos de acuerdo con lo prescrito por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OAS/Ser.L/ V/II/.27, Doc. 11 rev., 6 marzo 1972, parte II, pár. 1. Disponible en <<http://www.cidh.org/annualrep/71sp/parte2.htm>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(145) Vid. CIDH, Informe Anual de la CIDH, *Capítulo IV: la Situación de los Derechos Humanos en Haití*, pár. 123. Disponible en <<http://www.cidh.org/women/haiti95mujer.htm>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(146) Grupo Estratégico por la Despenalización del Aborto Terapéutico, Católicas por el Derecho a decidir, el Grupo Feminista de León, el Centro Nicaragüense de Derechos Humanos y la Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe.

(147) Vid. Medidas Cautelares otorgadas por la CIDH durante el año 2010. Disponible en <<http://www.cidh.org/medidas/2010.sp.htm>> fecha de consulta: 16 abril 2012.

solicitado y emitió medidas cautelares limitadas al tratamiento médico de la supuesta víctima, solicitando al Estado de Nicaragua “que adopte las medidas necesarias para asegurar que la beneficiaria tenga acceso al tratamiento médico que necesite para tratar su cáncer metastático” (148). Así, la Comisión evitó dar reconocimiento a un supuesto derecho al *aborto terapéutico*, resolviendo que la supuesta víctima se encontraba en necesidad de tratamiento médico, no de un aborto.

Últimamente, sin embargo, los órganos de derechos humanos de la OEA han abandonado la defensa de la vida desde el momento de la concepción, derecho reconocido en la Convención Americana, y han recomendado a los Estados latinoamericanos y del Caribe legalizar el aborto y expandir los supuestos de aborto no punible (149). Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos facilitó una solución amistosa en *Paulina Ramírez vs. México* (150), donde se le exigió al estado mexicano de Baja California emitir una disculpa pública y otorgar una indemnización pecuniaria a Paulina, una madre adolescente, a su hijo y a la ONG pro aborto que la representaba, como desagravio por haber proporcionado asesoría pro vida a Paulina, que llevó a la madre de la adolescente a cambiar de opinión y retirar su consentimiento para el aborto y por no haberle realizado a la menor el aborto quirúrgico de su hijo Isaac, concebido por violación. Asimismo, en los últimos años, la CIDH ha publicado varios informes temáticos, tales como *Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos* (151) y *Acceso a la Información en*

(148) *Ibidem*.

(149) *Vid. De Jesús* (2011a) p. 109, *De Jesús* (2011b) pp. 221-276 y *De Jesús* (2011c) p. 435.

(150) Corte IDH, *Ramírez vs. México* (2007, petición n° 161-02).

(151) CIDH, *El acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos*, 7 de junio de 2010, OEA SR.1/V/II., Doc. 69 párs. 8, 14, 86, 99, 102, disponible en

Salud Reproductiva desde una Perspectiva de Derechos Humanos (152) entre otros, elaborados por la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres, en los que se presenta la legalización de todas las formas de aborto como una obligación de derechos humanos bajo la Convención Americana. Del mismo modo, el mecanismo de seguimiento de la Convención de Belem do Pará, CEVI, un comité de expertos sin jurisdicción para conocer de peticiones individuales bajo la Convención, sino sólo para hacer recomendaciones de carácter general (153), rutinariamente distorsiona las estadísticas de mortalidad materna para justificar recomendaciones de legalizar el aborto (154).

En todo caso, es importante tener en cuenta que los organismos internacionales de derechos humanos mencionados anteriormente y funcionarios internacionales, carecen de legítima autoridad para interpretar los tratados a fin de crear obligaciones jurídicamente vinculantes; sólo los Estados Partes o los tribunales internacionales pueden llevar a cabo tal interpretación (155). Ningún órgano de vigilancia de la Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU) o de la OEA tiene facultad para emitir interpretaciones vinculantes. El Artículo 21 de la CEDAW y 40.1 del PIDCP,

<<http://cidh.org/women/SaludMaterna10Eng/MaternalHealthT0Ceng.htm>> fecha de consulta: 16 abril 2012.

(152) CIDH, *Opinión consultiva n° 7* (1986, serie A n° 7).

(153) Comisión Interamericana de la Mujer (CIM), *Misión de la CIM y el mandato*, disponible en: <<http://www.oas.org/en/CIM/about.asp>>, fecha de consulta: 14 abril 2012.

(154) *Vid.* CIM, 25-26 de junio de 2009, *Informe Preliminar sobre la Implementación de las Recomendaciones*, MESECVI/CEVI/doc.94/09.ing, disponible en: <<http://portal.oas.org/LinkClick.aspx?fileticket=zZovfUEvc5c%3d&tabid=1701>> *eídem.*, *Cuestionario Segunda Ronda de Evaluación Multilateral*, la pregunta 10 (e) MESECVI/CEVI/doc.93/09.ing, disponible en: <<http://portal.oas.org/LinkClick.aspx?fileticket=d38P5%2bq6pV8%3d&tabid=1701>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(155) Art. 6. y notas al Art. 6, Artículos de San José.

por ejemplo, permiten a sus órganos hacer solamente “*recomendaciones*” y “*comentarios*” a los Estados en relación a su cumplimiento con los tratados respectivos. Igualmente, el Protocolo Facultativo de la CEDAW, en sus Artículos 7, 8 y 13, que permite un mecanismo de denuncias individuales, establece que el Comité de la CEDAW sólo podrá emitir “*opiniones*”, “*observaciones*” y “*recomendaciones*”, no juicios ni decisiones vinculantes relativas a las denuncias presentadas contra los Estados que han ratificado dicho protocolo (156). En la OEA, los Artículos de la CADH, 41, 50 y 51 le otorgan a la CIDH la facultad de hacer “*recomendaciones*” sobre las peticiones individuales relacionadas con posibles violaciones de derechos humanos. Si bien la Comisión ha sugerido en algunos informes que la legalización del aborto es compatible con la CADH, en otras instancias, como en las medidas cautelares a favor de *Amelia*, se ha negado a crear un supuesto derecho al aborto. En relación a la interpretación del tratado, la Convención Americana, en su Artículo 64, prevé, específicamente, que la Comisión puede solicitar opiniones consultivas a la Corte IDH en relación con la interpretación autorizada de la Convención o su compatibilidad con las leyes nacionales y de otros tratados de derechos humanos en América (157). Por ende, solamente la Corte IDH puede crear

(156) Los Estados Partes en el *Protocolo Facultativo de la CEDAW* son: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Colombia presentó una declaración indicando que no es aceptable la reinterpretación de la Convención por el Comité para incluir el derecho al aborto, afirmando que “*el Gobierno de Colombia declara que ninguna disposición del Protocolo Facultativo, ni recomendación de la Comisión puede interpretarse como una exigencia a Colombia despenalizar los delitos contra la vida o la integridad personal*”.

(157) Informe Anual de la CIDH, OEA/Ser.L/V/11.50 doc.13 rev. 1 a 10 (1980), *reimpreso en Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, OEA/Ser.LV/ II.82 doc.6 rev.1 en p. 93 (1992).

decisiones vinculantes en materias relativas a la interpretación o aplicación de la CADH, conforme a lo señalado en el Artículo 62 de la Convención.

Expertos y juristas de renombre han apoyado esta posición. Por ejemplo, Rafael Nieto Navia, antiguo juez de la Corte IDH, indicó que ni los Comités de la ONU ni los de la CIDH pueden reinterpretar, con carácter vinculante, los tratados internacionales de derechos humanos, para incluir a las obligaciones internacionales para legalizar el aborto, dada su naturaleza no judicial (158). Del mismo modo, los antiguos Comisionado Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra señalaron que la interpretación de los tratados por organismos internacionales no judiciales no crea una obligación internacional de despenalizar el aborto, conclusión que desarrollaron en sus opiniones disidentes en la sentencia n° C-355/06, siendo entonces jueces de la Corte Constitucional de Colombia (159).

C) Oposición de los Estados Latinoamericanos y del Caribe a la creación de un derecho internacional al aborto

Los Estados latinoamericanos se han opuesto persistentemente a los intentos unilaterales por crear obligaciones internacionales de legalizar el aborto, haciendo hincapié en su entendimiento de que los documentos finales de las conferencias internacionales no crean obligaciones ya sea de legalizar el aborto o de subsidiarlo con fondos públicos como servicio de salud reproductiva, rechazando un supuesto derecho al aborto como incluido en el derecho a determinar el número y espaciamiento de los hijos o en otros derechos reproductivos (160).

(158) *Vid.* NIETO (2005) pp. 21-42.

(159) *Vid.* Corte Constitucional (Colombia), *Salvamento de Voto de los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil* (2006, sentencia C-355/06) y TOZZI et al (2011).

(160) *Vid.* WILKINS y REYNOLDS (2006), pp. 151-153.

Por ejemplo, tanto en El Cairo como en Beijing, Argentina declaró que ninguna referencia a la salud sexual y reproductiva en el documento debía entenderse como inclusiva del aborto legalizado (161). Declaró que términos como servicios de salud reproductiva o la regulación de la fecundidad no pueden ser interpretados “*como limitativos del derecho a la vida ni abrogatorios de la condena del aborto como método de control de la natalidad o instrumento de políticas de población*”, invocando el Artículo 75.23 de la *Constitución de la República Argentina*, el Artículo 16 de la *Convención* y el párrafo 42 del *Programa de Acción* de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (162). Argentina basó su oposición en “*el carácter universal del derecho a la vida*” y en “*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*” (163). En Beijing, indicó que, pese a que su delegación apoya la recomendación de una *Plataforma de Acción de Beijing*, que propone revisar las leyes que penalizan los abortos, dicho apoyo fue concedido “*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*” (164). Otros estados se sumaron a las objeciones de Argentina en El Cairo, como El Salvador, que declaró: “*Somos países latinoamericanos signatarios de la CADH (Pacto de San José). En el Artículo 4 de la Convención se señala claramente que la vida debe protegerse desde el momento de la concepción. [...] Por ese motivo [...] nos asociamos a la reserva*

(161) CIPD, párs. 9, 21 y Naciones Unidas, Departamento de Coordinación de Políticas y Desarrollo Sostenible, la adopción de la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción: Las reservas y declaraciones interpretativas sobre la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción, pár. 5, disponible en <<http://www.un.org/esa/gopher-data/conf/fwcw/off/plateng/9520p6.en>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(162) CIPD de 1994, pár. 21 e *Informe de Beijing* de 1995, p. 154.

(163) CIPD de 1994, pár. 21.

(164) *Informe de Beijing* de 1995, p. 155.

expresada por la delegación de la Argentina: consideramos que la vida debe protegerse desde el momento de la concepción”, y “nunca debemos incluir al aborto en esos conceptos, ni como servicio ni como método para regular la fecundidad” (165).

Del mismo modo, los países latinoamericanos representados en El Cairo y Beijing rechazaron que la interpretación de términos como *salud reproductiva, salud sexual, maternidad sin riesgo, derechos reproductivos, derechos sexuales y regulación de la fecundidad*, incluyera el aborto legalizado. Por ejemplo, en El Cairo y Beijing, República Dominicana, rechazó la interpretación de estos términos en sentido de implicar la legalización del aborto o la interrupción del embarazo (166), afirmando que “*la República Dominicana, signataria de la CADH y de acuerdo con la Constitución y las leyes de la República, confirma que toda persona tiene derecho a la vida y que ésta comienza desde el momento de la concepción*” (167). En El Cairo, Ecuador presentó una declaración de reserva similar, rechazando el aborto como derecho reproductivo o términos relacionados, en base a los principios de “*la inviolabilidad de la vida, la protección del hijo desde el momento de su concepción*” y “*la paternidad responsable*”, consagrados en su Constitución (168) Guatemala, apelando a la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* y la CADH, presentó una reserva en los capítulos II y VII del *Programa de Acción de la CIPD* en cuanto al aborto como un derecho reproductivo o sexual, o servicio de salud reproductiva, señalando que “*la vida existe desde el momento de la concepción y este derecho a la vida es fundante de todos los demás derechos*” (169). En Beijing, Guatemala reiteró su reserva y expresó su

(165) CIPD de 1994, pár. 9.

(166) *Ídem*, pár. 23.

(167) *Informe de Beijing*, p. 157.

(168) CIPD de 1994, pár. 24.

(169) CIPD de 1994, pár. 26.

“irrestricto respeto al derecho a la vida desde el momento de su concepción” (170).

Cuando Honduras presentó su declaración con el *Programa de Acción de la CIPD*, se refirió a la *CADH* y a la *Declaración de Guá-cimo* de 1994, señalando que el lenguaje del *Programa de Acción* no debe ser interpretado como una derogación de las obligaciones internacionales derivadas de la *CADH* de proteger la vida humana desde el momento de la concepción (171). Tanto en El Cairo y Beijing, Honduras rechazó específicamente la interpretación de los términos relacionados con la salud reproductiva, salud sexual y planificación familiar como inclusivos del aborto, señalando que *“en la CADH, de la cual nuestro país es signatario, se reafirma que toda persona tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción, sobre la base de los principios morales, éticos, religiosos y culturales que deben regir la colectividad humana” (172).*

Tanto en El Cairo como en Beijing, Nicaragua presentó una declaración señalando que un entendimiento implícito de que el aborto podría ser incluido como un derecho reproductivo y sexual era inaceptable, y señaló que el Estado de Nicaragua, *“como signatario de la CADH de Derechos Humanos, confirma que toda persona tiene derecho a la vida, siendo este derecho fundamental e inalienable y que este derecho comienza desde el momento de la concepción” (173).*

Paraguay, en Beijing y El Cairo, también rechazó la interpretación de que la regulación de la fecundidad incluye el aborto, calificando esta idea como *“totalmente inaceptable”*, y en El Cairo, afirmó que *“el derecho a la vida es inherente a toda persona humana*

(170) Informe de Beijing de 1995, p. 158.

(171) *CIPD* de 1994, pár. 10.

(172) *Informe de Beijing* de 1995, p. 163.

(173) *CIPD* de 1994, pár. 14 e *Informe de Beijing* de 1995, p. 168.

desde el momento de la concepción y hasta la muerte natural" de acuerdo con el Artículo 4 de su Constitución (174).

Durante la aprobación de los documentos finales de ambas conferencias, Perú rechazó la interpretación de los términos relacionados con la salud reproductiva como inclusivos del aborto, en base a su incompatibilidad con el derecho a la vida del no nacido (175), e indicó que *"el derecho a la vida y la consideración de una persona desde el momento de la concepción como sujeto de derecho, son derechos humanos fundamentales"* (176). En El Cairo, declaró que *"el derecho a la vida y la consideración del concebido como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece constituyen derechos fundamentales de la persona"* y citó la CDN al reiterar su oposición a la legalización internacional del aborto, afirmando que *"el Artículo segundo de la Constitución del Perú, que reconoce a todas las personas el derecho a la vida desde el momento de la concepción; el aborto se encuentra debidamente tipificado como delito en el Código Penal peruano, con la única excepción del aborto terapéutico"*. Señaló también que las parejas peruanas son libres de escoger los métodos de planificación familiar que deseen *"siempre que no atente[n] contra la vida"* (177).

Venezuela aceptó los términos sobre derechos sexuales y reproductivos de la Plataforma siempre y cuando no contemplaran aborto o interrupción voluntaria del embarazo, y expresó sus reservas respecto a los términos *embarazo no deseado* y *aborto seguro*, indicando su rechazo a un supuesto derecho a interrumpir un embarazo, dado que *"el aborto, en cualquier condición, está penalizado en Venezuela"* (178).

La oposición a la creación del derecho al aborto por América Latina y el Caribe también se ha evidenciado en otros foros. Por

(174) CIPD de 1994, pár. 15, *Informe de Beijing* de 1995, p. 169.

(175) CIPD de 1994, pár. 30.

(176) *Informe de Beijing* de 1995, pp. 174 y 175.

(177) CIPD de 1994, pár. 30.

(178) *Informe de Beijing* de 1995, pp. 174 y 175.

ejemplo, basándose en el carácter universal del derecho a la vida, Argentina objetó la inclusión del aborto en los derechos reproductivos y servicios de salud reproductiva en la sexta reunión de la Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe de 1994, también en la reunión de la Mesa Directiva de dicha Conferencia, en 1997 (179), en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague en 1995 (180), en la Segunda Conferencia de la ONU sobre los Asentamientos Humanos, Hábitat II en Estambul (181), y en 1996 en la Cumbre Mundial sobre la Alimentación en Roma (en concreto el rechazo del aborto quirúrgico y químico) (182). En la Cumbre sobre desarrollo sustentable (2002, Johannesburgo), Argentina presentó una declaración: *“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 1 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”* (183).

En la Segunda Conferencia de Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos, Hábitat II en Estambul, Ecuador, Guatemala y Honduras reiteraron su *“respeto incondicional”* por *“la inviolabilidad de la vida humana desde el momento de la concepción”* y rechazaron

(179) Vid. BACH (2011).

(180) Vid. *Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social*, cap. V, pár. 5, disponible en <<http://www.un.org/documents/ga/conf166/aconf166-9.htm>>, fecha de consulta: 16 abril 2012, donde Argentina declaró: *“La República Argentina no puede aceptar la idea de que la salud reproductiva incluya el aborto, sea como servicio o como método de control de la natalidad. Esta reserva, que se basa en el carácter universal del derecho a la vida, se extiende a todas las referencias de este tipo”*.

(181) *Declaración de Estambul* de 1996, cap. VIII, pár. 5.

(182) Vid. BACH (2011).

(183) Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de 2002, p. 140.

el entendimiento del aborto “*como método de planificación familiar, de regulación de la fertilidad o de control poblacional*” (184). Además, en la sesión décima y undécima de la Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe, Nicaragua, Chile, Costa Rica y El Salvador rechazaron la legitimación del aborto como un servicio de salud reproductiva o un derecho (185). Chile declaró por escrito que “*de conformidad con la Constitución Política de la República de Chile que protege la vida del que está por nacer, suscribe el Consenso de Brasilia en el entendido de que este no implica un endoso al aborto*” (186). Costa Rica indicó que “*La Sala Constitucional de la República de Costa Rica en reiteradas oportunidades ha afirmado que, ‘en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico’ [...] acorde con las normas jurídicas y Constitución Política vigentes en Costa Rica*” (187). Nicaragua señaló que “*el aborto o la interrupción del embarazo bajo ningún concepto podrán ser considerados como un medio de regulación de la fecundidad o de control de la natalidad; toda legislación interna que regula esta materia es soberanía de la nación de Nicaragua*” (188). El Salvador hizo una declaración similar al rechazar el aborto como un legítimo servicio de salud reproductiva o como un método de planificación familiar, y agregó que “*nuestra Constitución señala en*

(184) Vid. Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), pp. 191-194, disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/025/03/PDF/G9602503.pdf?OpenElement>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(185) Informe de la Décima Sesión de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe de 2007 [en adelante Informe de la décima reunión] e Informe de la Undécima Sesión de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe de 2011, [en adelante Informe de la undécima reunión].

(186) Informe de la undécima reunión de 2011, p. 37.

(187) Ídem, p. 39.

(188) Ídem, p. 41.

su artículo primero referido a la persona humana, que ‘...reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción’, y que no se promoverá el aborto como método de planificación familiar ni como un servicio de salud” (189).

Inesperadamente, Estados Unidos se unió a las delegaciones de América Latina en su oposición a la creación del derecho al aborto en la Novena Conferencia Regional sobre la Integración de la Mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe, donde declaró que: “En ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación familiar [...] y que las referencias a los documentos finales de Cairo y Beijing no constituye[n] una reafirmación de expresión alguna en dichos documentos que pudiera interpretarse a favor de aborto o el uso de abortivos” (190). Del mismo modo, en la *Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible* (2002, Johannesburgo), Estados Unidos presentó una declaración afirmando que “los Estados Unidos entienden que no podrá interpretarse de manera alguna que ninguna expresión del Plan de Aplicación, ya se trate de referencias a la salud, la ‘salud reproductiva y sexual’, los ‘servicios básicos de salud’, y los ‘servicios de atención de la salud’, o referencias a derechos o libertades, incluyen o promueven el aborto o el uso de abortivos”.

Algunos Estados de América Latina también se han opuesto a la creación del derecho al aborto ante los Comités de las Naciones Unidas cuando han sido amonestados por mantener sus prohibiciones legales contra el aborto. En 2007, por ejemplo, ante la recomendación de expertos del Comité de la CEDAW, Sra. Shin y Sra. Pimentel, urgiendo a Honduras a legalizar el aborto, los delegados de Honduras recordaron al Comité que en virtud del Ar-

(189) Informe de la décima reunión de 2007, p. 32.

(190) Informe de la novena reunión de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, de 2004.

título 67 de la Constitución, que se centra en los derechos individuales, el feto era considerado un ser humano (191).

Más recientemente, en 2011, tras la presentación de un informe sobre el derecho a la salud por el Relator Especial de la ONU sobre la Salud, Anand Grover, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la cual se presentó la legalización y la liberalización del aborto como una obligación de derechos humanos, los Estados de América Latina, junto con Suazilandia, Egipto y la Santa Sede, se opusieron a la supuesta existencia de un derecho al aborto. Grover, por su parte, argumentó que *“la despenalización salva vidas”*, instando a los estados a legalizar y liberalizar todas las formas de aborto, incluyendo la anticoncepción de emergencia, alegando que leyes contra el aborto restringen el control de las mujeres sobre sus cuerpos, obligándoles a continuar con embarazos no deseados y dar a luz cuando no era su decisión hacerlo. También exhortó a los Estados a abolir las leyes que protegen la vida de los niños en el vientre materno, tales como aquellas que limitan o prohíben el consumo de drogas ilegales o alcohol por mujeres embarazadas. En respuesta, los representantes de Argentina declararon que no aprobarían el informe en lo que respecta al aborto, dado que su legislación prohíbe el aborto y reconoce el derecho universal a la vida. El delegado de Chile, por su parte, señaló que el informe no presenta una visión equilibrada, pues favorece la concepción del aborto como un servicio de salud, indicando que Chile no reconoce la existencia de un derecho al aborto, y que, por el contrario, reconoce un derecho esencial a la vida para todos los seres humanos. El representante de Honduras apoyó los comentarios de Chile. Grover, entonces, retiró parcialmente sus

(191) Comunicado de Prensa, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, contra la Discriminación de la Mujer Comité toma informe de seguimiento de Honduras, el trabajo infantil, condiciones de trabajo en Maquiladores entre las cuestiones, UN Doc. WOM/1641, 26 de julio de 2007, disponible en <<http://www.un.org/News/Press/docs/2007/wom1641.doc.htm>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

palabras, señalando que no se estaba articulando un derecho al aborto y admitiendo que su informe no tenía “*la última palabra*” sobre el tema.

Además, declaraciones de los Estados partes de la CADH ante la CIDH y la Corte IDH, han demostrado que estos entienden que la CADH ordena la protección de los niños no nacidos frente al aborto, e incluso, ante la destrucción a través de técnicas de reproducción artificial. Por ejemplo, en *Paniagua Morales y otros vs. Guatemala*, el Estado de Guatemala afirmó que el derecho a la vida es protegido por la Constitución Política “incluso desde la concepción” (192). En el contexto de *Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica*, denunciando la prohibición de la fertilización in vitro (FIV) en Costa Rica como una violación de derechos humanos, el Estado afirmó su obligación de proteger la vida humana de las técnicas de fertilización in vitro que predeciblemente causan la muerte embrionaria. Igualmente, reiteró el reconocimiento de la personalidad jurídica del embrión en su derecho interno, así como su entendimiento de que el derecho a la vida del embrión humano prevalece sobre el deseo individual de producir hijos biológicos. Desafiando afirmaciones de la Comisión de que la prohibición de fecundación in vitro constituye una violación de la Convención Americana, Costa Rica sostuvo que la práctica de la fecundación in vitro viola el derecho de los embriones humanos a la vida, y que permitir la FIV, por lo tanto, violaría las obligaciones de Costa Rica con los niños, bajo el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo la *CADH*, particularmente Artículo 4.1 (193). En el 2009, la CIDH celebró una audiencia en la que el peticionario y el Estado presentaron sus argumentos de fondo (194). En esa oportunidad,

(192) Corte IDH: *Paniagua y otros. vs. Guatemala* (1998, serie C n° 37) pár. 114.

(193) CIDH, *Artavia et al. vs. Costa Rica* (2011, caso n° 12.361) párs. 28, 30, 32; CADH Art. 4.1.

(194) *Cfr.* MP3 Audio: Gerardo Trejos – Audiencia Pública del Gobierno de Costa Rica, Período de sesiones 133, Caso 12.361 y peticiones 1368/04, 16/05, 678/06, 1191/06 – Fertilización in vitro,

el Estado de Costa Rica argumentó que el deseo de ser padre no justifica poner en peligro la vida de los embriones y constituye una “manipulación peligrosa de la vida humana” (195).

Todo lo anterior constituye evidencia de la interpretación que los Estados de América Latina y el Caribe han dado a sus obligaciones internacionales bajo la *CDN* y la *CADH* como incompatibles con la legalización del aborto, acto constitutivo de delito en prácticamente todos los países de la región y violatorio de la protección internacional al derecho a la vida del niño por nacer.

Conclusiones

La *CDN* y la *CADH* protegen explícitamente el derecho a la vida del niño por nacer antes del nacimiento y desde el momento de la concepción. La práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado, el acuerdo subsiguiente de las partes acerca de la interpretación del tratado y toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes son elementos esenciales para la interpretación de los tratados, conforme con el Artículo 31.3.b. de la Convención de Viena, norma internacional de interpretación que deberían seguir los órganos internacionales de derechos humanos.

El derecho internacional aplicable entre las partes, los acuerdos regionales adoptados por los países latinoamericanos y del Caribe y su práctica ulterior a la ratificación de la *CDN* y la *CADH* en foros internacionales, revelan que los Estados de América Latina y el Caribe han acordado una interpretación literal de las disposiciones que protegen la vida del no nacido en esos tratados. Los Estados partes han dado una interpretación no restrictiva a los términos de dichos convenios, que incluye obligaciones positivas

Costa Rica, 28 octubre 2008, disponible en <<http://www.cidh.org/Audiencias/133/A27FecundacioninvitroCostaRica.mp3>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

(195) *Ídem*. Disponible en <<http://www.cidh.org/Audiencias/select.aspx>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

del Estado de garantizar los derechos de prenatales a la vida, la salud, la integridad personal y el desarrollo de todos los niños por nacer, a través de sus leyes y políticas públicas. Los Estados de América Latina y el Caribe han rechazado expresamente, en foros internacionales, la existencia de obligaciones internacionales de legalizar el aborto o crear un derecho al aborto. América Latina y el Caribe han entendido que ambos tratados no sólo prohíben el aborto, sino que son totalmente incompatibles con la creación de un derecho al aborto o de una supuesta obligación de legalizarlo o ampliarlo.

Las interpretaciones ultra vires en sentido contrario por parte de los órganos judiciales y no judiciales de derechos humanos socavan un correcto entendimiento de la CDN y la CADH y de las obligaciones derivadas de estas y violan las normas internacionales de interpretación de los tratados (196). Dichas intervenciones deben ser denunciadas por los Estados partes como ilegítimas e irrelevantes para propósitos de la interpretación de los tratados.

Bibliografía citada

Abramson, Bruce (2006): *Violence against babies: Protection of Pre and Post-natal Children Under the Framework of the Convention on the Rights of the Child* (Provo-Utah, World Family Policy Center) 212 pp. Disponible en <<http://www.law2.byu.edu/wfpc/policy%20issues/VIOLENCE%20AGAINST%20BABIES.pdf>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

Bach de Chazal, Ricardo (2011): *"Inconstitucionalidad y no convencionalidad del aborto voluntario"*, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*: pp. 194-230.

Craven, Matthew (1995): *"The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A perspective on its development 3"*, citado por Mechlem, Kerstin (2009): *"Treaty Bodies and the Interpre-*

(196) *Vid.* v.g. Artículos de San José, Art. 6.

tation of Human Rights", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (vol. 42) pp. 905-947.

De Jesús, Ligia M. (2011a): "La CADH: piedra angular del derecho a la vida del no nacido en Latinoamérica y el Caribe", *Revista Internacional de Derechos Humanos* (año 1 n° 1): pp. 109-138, disponible en: <<http://www.cladh.org/wp-content/uploads/2012/01/RIDH-a1-n1-2011.pdf>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

_____, (2011b): "Revisiting Baby Boy vs. United States: Why the IACHR Resolution did not effectively undermine the Inter-American System on Human Rights' Protection of the Right to Life from Conception", *Florida Journal of International Law* (vol. 23 n° 2): pp. 221 - 276.

_____, (2011c): "Post Baby Boy v. United States developments in the Inter-American system of human rights: inconsistent application of the American Convention's protection of the right to life from conception", *Law and Business Review of the Americas* (vol. 17 n° 3): pp. 435-485.

Flood, Patrick J. (2006): "Does International Law Protect the Unborn Child?" *UFL Life and Learnings Conference XVI*: pp. 3-42, disponible en: <<http://www.ufl.org/vol16/flood06.pdf>> fecha consulta: 16 abril 2012.

Hongju Koh, Harold (2002) "Why America should ratify the Women's Rights Treaty (CEDAW)", *Case W. Res. J. Int'l. L.* (vol. 34): pp. 263 y 272, citado por Wilkins, Richard G. y Reynolds, Jacob (2006): "International Law and the Right to Life *Symposium: The Corporation and the Human Person - Law and Culture*", *Ave María Law Review* (vol. 4 n° 1): pp. 123-169.

Joseph, Rita (2009): *Human Rights and the Unborn Child* (Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers), pp. 347

NIETO, Rafael (2005): "Aspectos Internacionales de la demanda contra la penalización del aborto", *Revista Persona y Bioética* (vol. 9 n° 1): pp. 21-42.

Nowak, Manfred (2007): "The Need for a World Court of Human Rights", *Human Rights Law Review* (vol. 7 n° 1): pp. 251-59.

O'FLAHERTY, Michael y FISHER, John (2008): "Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles", *Human Rights Law Review* (vol. 8 n° 2): pp. 207-248.

PAÚL, Álvaro (2011): "Controversial Conceptions: The Unborn and the American Convention on Human Rights", *Loyola University Chicago International Law Review* (vol. 9 n° 2): pp. 209-247.

SHELTON, Dinah (1987): "International Law and the Protection of the Fetus", FRANKOWSKI, Stanislaw J. and COLE, George F. (eds.), *Abortion and the Protection of the Human Fetus: Legal problems in a cross-cultural perspective* (Leiden, Boston, and Martinus Nijhoff Publishers) pp. 1-16.

Tozzi, Piero A. (2010): *International Law and the Right to Abortion* (New York, Catholic Family and Human Rights Institute) 21 pp., disponible en: <http://www.c-fam.org/docLib/20100420_Intern._Law_FINAL.pdf>.

Tozzi, Piero, Casillas Padron, Neydy y Marcilese, Sebastian (2011): "El Aborto en el Derecho Internacional y en la Jurisprudencia Panamericana", *El Derecho*, disponible en <<http://www.notivida.org/Articulos/Aborto/AbortoEnElDerechoInternacional.html>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Wilkins, Richard G. y Reynolds, Jacob (2006): "International Law and the Right to Life Symposium: The Corporation and the Human Person - Law and Culture", *Ave Maria Law Review* (vol. 4 n° 1): pp. 123-169.

ZAMPAS, Christina y GHER, Jaime M. (2008): "Abortion as a Human Right - International and Regional Standards", *Human Rights Law Review* (vol. 8 n° 2): pp. 249-294.

Normas Jurídicas citadas

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica, 22 noviembre 1969. Disponible en <<http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 mayo 1969, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679. Disponible en <<http://www.derechos.Org/nizkor/ley/viena.html>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 9 de junio de 1994, 27 UST 3301, 1438 UNTS 63. Disponible en <<http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic14.Conv.de.Belém.do.Pará.Ratif.htm>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Convención Interamericana sobre las obligaciones alimentarias, Montevideo 15 julio 1989, OEA Serie de Tratados n° 71 p. 3, 6 marzo 1996. Disponible en: <<http://www.oas.org/juridico/English/sigs/b-54.html>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 1249 UNTS 13, Doc. A/RES/34/180, 18 diciembre 1979. Disponible en <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-&chapter=4&lang=en~~HEAD=NNS>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Convención sobre los Derechos del Niño, 20 noviembre 1989, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 44/25, anexo 44 UN GAOR Suplemento n° 49, U.N. Doc. A/44/49, 1577 U.N.T.S. 3, 2 septiembre 1990. Disponible en <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

(IV) *Convenio de Ginebra* relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12 agosto 1949, 75UNTS287. Disponible en: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=375&ps=P>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), OEA XXX, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia. Disponible en <<http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos1.htm>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Declaración de Beijing, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4-15 septiembre 1995, Doc. de las Naciones Unidas A/CONF.177/20, 17 octubre 1995, disponible en <www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform>, fecha consulta: 12 abril 2012.

Declaración de Estambul, Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), junio 3-14 1996, Doc. A/CONF.165/14, 7 agosto 1996, disponible en: <<http://www.un.org/en/development/devagenda/habitat.shtml>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Declaración de Guácimo, Cumbre de Presidentes Centroamericanos, 20 agosto 1994, Costa Rica. Disponible en <http://enriquebolanos.org/tratados_pdf/132_Declaracion_de_los_presidentes_de_CA_y_el_primer_ministro_de_belize.pdf>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana, Resolución 59/280, Doc. de las Naciones Unidas A/RES/59/280, 8 marzo 2005. Disponible en <http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_sp.asp>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y Desarrollo del Niño, Cumbre Mundial de la Infancia, 29 y 30 septiembre 1990. Disponible en <<http://www.unicef.org/wsc/declare.htm>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, resolución de la Asamblea General de la ONU n° 217 A (III), 10 diciembre 1948. Disponible en <<http://www.un.org/es/documents/udhr/index.html>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 26 junio 1945, 59 Stat. 1055, 1060, 33 U.N.T.S. 993. Disponible en <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 julio 1998, 2187 UNTS 90. Disponible en: <<http://www.derechos.net/doc/tpi.html>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994, Fondo de Población de las Naciones Unidas, Doc. de las Naciones Unidas A/CONF.171/13/Rev.1. Disponible en <<http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.htm>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4-15 septiembre 1995, Doc. ONU. A/CONF.177/20/Rev.1 (1996). Disponible en <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, 26 de agosto – 4 septiembre, 2002, Doc. A/CONF.199/20*. Disponible en <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/636/96/PDF/N0263696.pdf?OpenElement>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Informe de la Décima Sesión de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas, 6-9 agosto 2007, Doc. LC/G.2361 (CRM.10/8), 1 abril 2008. Disponible en <http://www.eclac.cl/mujer/noticias/noticias_5/29275/FinalReportXConference.pdf>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Informe de la Novena Sesión de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas, 10 – 12 junio 2004, Doc. LC/G.2256 (CRM.9/6), 28 junio 2008. Disponible en <<http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/15198/lcg2256e.pdf>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Informe de la Undécima Sesión de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas, 13-16 julio 2010, Doc. LC/L.3309, 1 abril 2011, disponible en <<http://www.cepal.org/noticias/noticias/4/46034/2011-222-CRM-11-Report.pdf>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Doc. de las Naciones Unidas A/54/38/Rev.1, 2 mayo 1999. Disponible en <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/21report.pdf>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas n° 2200 A (XXI), UN Doc. 14668, 999 UNTS 171 (23 de marzo 1976). Disponible en <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 diciembre 1966. Disponible en <http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?chapter=4&lang=en&mtdsg_no=IV-3&src=TREATY>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Plataforma de Acción de Beijing, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4-15 septiembre 1995, Doc. de las Naciones Unidas A/CONF.177/20, 17 octubre 1995. Disponible en <www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Programa 21, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 3-14 junio 1992. Disponible en: <<http://www.un.org/esa/dsd/agenda21/>>, fecha consulta: 16 abril 2012

Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, 6-12 marzo 1995, Doc. de las Naciones Unidas A/CONF.166/9, 19 abril 1995. Disponible en <<http://www.un.org>>

/esa/socdev/wssd/textversion/agreements/poach2.htm>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Protocolo Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 17 de noviembre de 1988, OASTS N ° 69, Art. 15 (3) (a) 28 ILM 156, 16 noviembre 1999. Disponible en <<http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-52.html>~~HEAD = NNS>, fecha consulta: 16 abril 2012.

(II) *Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, 8 de junio de (1977), 1125 UNTS 609. Disponible en <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=475&ps=P>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Protocolo de Maputo, Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 13 septiembre 2000, CAB/LEG/66.6, 25 noviembre 2005). Disponible en <http://www.achpr.org/english/women/protocol_women.Pdf> fecha consulta: 16 abril 2012.

Jurisprudencia citada

CIDH, *Baby Boy vs. Estados Unidos* (1981): 6 marzo 1981, caso n° 2141, informe n° 23/81. Disponible en *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1980-1981*, OEA/Ser.L/V/II.54, <<http://www.cidh.org/annualrep/80.81eng/USA2141.htm>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

_____, *Aylwin y otros vs. Chile* (1999): 27 de diciembre de 1999, caso n° 11.863, informe n° 137/99.

_____, *Diniz vs. Brasil* (2006): 21 de octubre de 2006, caso n° 12.001, informe n° 66/06,

_____, *Peirano vs. República Oriental del Uruguay* (2009): 6 agosto 2009, caso n° 12.553, informe n° 86/09.

_____, *Artavia et al. vs. Costa Rica* (2011): 29 julio 2011, caso n° 12.361, informe n° 85/10, disponible en: <<http://www.cidh.oas.org/demandas/12.361Eng.pdf>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Corte Constitucional (Colombia), *Salvamento de Voto de los Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil* (2006): 10 mayo 2006, sentencia C-355/06. Disponible en <<http://www.idpc.es/archivo/1208336749FCI125C3.pdf>>, fecha consulta: 16 abril 2012.

Corte IDH, *Opinión consultiva n° 7, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 CADH) (1986): 29 agosto 1986, opinión consultiva OC-7/86, caso C-34/1, serie A n° 7.

_____, *Paniagua y otros. vs. Guatemala* (1998): 8 marzo 1998, sentencia, serie C n° 37.

_____, *Opinión Consultiva n° 17* (1998): 13 octubre 1998, opinión consultiva OC-17/03, serie A n° 17.

_____, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala* (1999): 19 noviembre 1999, sentencia de fondo, serie C n° 63.

_____, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú* (2003): 28 febrero 2003, sentencia fondo, reparaciones y costas, serie C n° 98.

_____, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003): 25 noviembre 2003, sentencia de fondo, reparaciones y costas, serie C n° 101.

_____, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia* (2004): 5 julio 2004, sentencia de fondo, reparaciones y costas, serie C n° 109.

_____, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (2004): 8 julio 2004, sentencia de fondo, reparaciones y costas, serie C n° 110.

_____, *Cas Raxcacó Reyes vs. Guatemala* (2005): 15 septiembre 2005, sentencia fondo, reparaciones y costas, serie C n° 133.

_____, Opinión consultiva n° 19, Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la CADH) (2005): 28 noviembre 2005, opinión consultiva OC-19/05, serie A n° 19.

_____, *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú* (2006): 24 noviembre 2006, sentencia de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C n° 157.

_____, *Caso Baldeón García vs. Perú* (2006): 6 abril 2006, sentencia fondo, reparaciones y costas, serie C n° 147.

_____, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006): 29 marzo 2006, sentencia fondo, reparaciones y costas, serie C n° 146.

_____, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (2006): 31 enero 2006, sentencia fondo, reparaciones y costas, serie C n° 140.

_____, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006): 25 noviembre 2006, sentencia de fondo, reparaciones y costas, serie C n° 160.

_____, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay* (2006): 22 septiembre 2006, sentencia fondo, reparaciones y costas, serie C n° 153.

_____, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela* (2006): 5 julio 2006, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C n° 150.

_____, *Ramírez vs. México* (2007): Friendly settlement, 9 marzo 2007, petición n° 161-02, reporte n° 21/07, OEA/Ser.L/V/II.130, doc. 22, rev. 1. Disponible en <<http://www1.umn.edu/humanrts/cases/21-07.html>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

_____, *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia* (2008): 27 noviembre 2008, sentencia de fondo, reparaciones y costas, serie C n° 191.

_____, *Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala* (2009): 24 noviembre 2009, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C n° 211.

Corte Internacional de Justicia, *Haya de la Torre (Colombia vs. Perú)* (1951): 13 junio 1951. Disponible en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/14/1937.pdf>>, fecha consulta: 15 abril 2012.

_____, *Concerning right of passage over Indian territory (Portugal vs. India)* (1960): 12 abril 1960. Disponible en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/32/4521.pdf>>, fecha consulta: 15 abril 2012.

_____, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya v. Malta)* (1982): 24 febrero 1982. Disponible en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/63/6267.pdf>>, fecha consulta: 15 abril 2012.

_____, *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (1986): 27 junio 1986. Disponible en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>, fecha consulta: 15 abril 2012.

_____, *Legality of the threat or use of nuclear weapons* (1996): opinión consultiva, 8 Julio 1996. Disponible en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>>, fecha consulta: 15 abril 2012.

Tribunal Constitucional (Chile), *Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las 'Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad' aprobadas por el Decreto Supremo n° 48, de 2007, del Ministerio de Salud* (2008): 18 abril 2008, rol n° 740-07. Disponible en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=914>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

Tribunal Constitucional (Perú), *Acción de Lucha Anticorrupción* (2009): 16 octubre 2009, expediente n° 02005-2009-PA/TC. Disponible en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html>>, fecha de consulta: 16 abril 2012.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Brüstle vs. Greenpeace* (2011): 18 de octubre de 2011, caso n° C-34/10.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Vo vs. France* (2004): 8 julio 2004, requerimiento n° 53924/00.

_____, *A., B. and C. vs. Irlanda* (2010): 16 diciembre 2010, requerimiento n° 25579/05).



EL DERECHO A LA VIDA: PERSPECTIVA INTERNACIONAL *

Neydy Casillas **

1. Antecedentes

En la actualidad existe una tendencia generalizada sobre la protección del derecho a la vida, no solo a nivel nacional, sino también a nivel internacional. Este planteamiento se viene dando desde organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos.

El objetivo de esta exposición es desarrollar el tema de la protección que se brinda desde el derecho internacional al no nacido, mediante los diferentes tratados que son jurídicamente vinculantes para el Estado de Paraguay, así como para otros Estados. En este sentido, cabe hacer una distinción; por un lado, hablaremos del derecho formal, que está constituido por los tratados internacionales que han pasado por un proceso jurídico interno, mediante el cual el Estado no solo se ha obligado a su cumplimiento,

* Trabajo presentado el 1 de setiembre de 2016 en el ciclo de conferencias sobre "Protección de la persona humana, Persona por Nacer". Palacio de Justicia.

** Jurista mexicana, experta en temas de Derecho Internacional. Consultora Legal de la ADF Internacional en Washington, D.C. Aboga por el buen uso del Derecho Internacional y el Derecho a la Vida en la OEA y en la ONU.

sino, sobre todo, se ha asegurado que jurídicamente sea compatible con su ley interna.

Este proceso jurídico interno es denominado ratificación de un tratado, dependiendo del país, pasa por ambas cámaras o bien por una de ellas con el objetivo de certificar que no contraviene la ley interna. No solo eso, al pasar por un proceso legislativo, dota el acto jurídico con la certeza necesaria que garantiza que ese tratado fue validado, por nombrarlo así, por una autoridad interna que tiene la representación de sus connacionales que le eligieron.

Por otro lado, tenemos una parte informal, que inapropiadamente llamamos ley blanda pero que en realidad no es ley ni tampoco es blanda. Me refiero a todas esas resoluciones y otros documentos que se trabajan desde los organismos internacionales pero que no tienen fuerza vinculatoria; en este sentido podemos hablar de que son simplemente antecedentes legales.

Pues bien, en el caso del derecho formal, es decir, en el proceso de ratificación de un tratado, este no hubiese sido posible si en el proceso interno se hubiese detectado una incompatibilidad con la ley nacional. Es decir, tratándose del derecho a la vida, Paraguay –así como muchos otros países– no hubiesen estado en la posibilidad de unirse a un tratado si en el mismo hubiera alguna disposición que contuviera o de la que se pudiera desprender una interpretación que anulara o menoscabara el derecho a la vida.

2. Desarrollo

2.1 La protección del derecho a la vida en los tratados internacionales de los que Paraguay es parte

En primer lugar, me voy a referir a la parte formal; es decir, todos aquellos tratados que protegen el derecho a la vida y que son jurídicamente vinculantes para el país que se adhirió.

a. La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Cabe puntualizar que la Declaración, como tal, no es un tratado internacional, pero este fue el primer instrumento internacio-

nal formal que estableció el límite de actuación a los Estados; un límite que no podían tocar, pues la idea original de los Derechos Humanos establecía que no es el Estado quien le otorga estos derechos a la persona, sino que esta los posee de forma intrínseca. Sin embargo, sí establece una obligación al Estado, en la cual debe otorgar los medios para que la persona tenga garantizados estos derechos.

Es pertinente hacer un alto en este momento de la historia cuando se origina esta Declaración. La razón por la que ella aparece en la historia del hombre fue precisamente porque el derecho a vivir de miles de personas no fue respetado por un régimen que creyó poseer una verdad y con ella un sentido de superioridad en el que podían decidir sobre la vida de los demás.

Ante la atrocidad cometida por el régimen nazi durante la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional se une con el objetivo de garantizar que algo así nunca más volviera a ocurrir ya que la vida del ser humano es inviolable. Así nace la Organización de las Naciones Unidas, cuyo propósito principal sería la de salvaguardar la vida del ser humano como la de mantener la paz entre las naciones.

Por ello encontramos el Art. 3° de la Declaración que dice: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

Y el Art. 6° establece: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad.

El ser humano que empieza como una célula, es un ser humano que se encuentra en un proceso de desarrollo. Actualmente se ha cuestionado, por ejemplo, que esta célula sea un ser humano, ¿Cómo sabemos, pues, que es un ser humano y no otro ser? Porque al nacer no nace un perro, un gato, o una vaca. Por el contrario, a solo unas pocas semanas de haber sido concebido, podemos ver a un ser humano con todas sus partes del cuerpo formadas; quién comenzará un proceso de crecimiento al final del cual estará listo para salir a ser parte de la sociedad a la que pertenecemos.

Hoy en día, a fin de justificar la muerte del no nacido, se pretende disociar el hecho de que exista un ser humano y que este tenga personalidad jurídica, dejando de lado lo previsto por el Art. 6° en el que se establece el reconocimiento de la personalidad del SER HUMANO. La Declaración en ningún momento habla de persona sino de ser humano, ¿Si el ser que se gesta en el vientre materno no es un ser humano, entonces en qué momento pasa a serlo? La esencia de cada ser está dada desde un principio; no reconocer una verdad objetiva pone en peligro la certeza jurídica de cualquier acto al partir de una concepción subjetiva de la realidad.

Por tanto, es claro que la intención de la Declaración era la protección de todo ser humano sin importar el momento de desarrollo en el que se encontrase.

b. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

A fin de tornar vinculante la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, se redactan dos pactos en los cuales se dividen; por un lado, aquellos derechos que son civiles y políticos; y por el otro, los derechos económicos, sociales y culturales.

El primer punto que cabe resaltar surge de su Preámbulo donde se reconoce que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas. Nótese como, también en este Pacto, se habla nuevamente de ser humano, y no si es o no persona. Esto porque el propósito original de los instrumentos internacionales siempre ha sido proteger a todo ser humano.

El Art. 6° párrafo 1 del Pacto establece que 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.

No solo eso, en el Inc. 5 del mismo Art. 6° regula la prohibición de imponer pena de muerte a menores de 18 años o bien a mujeres en estado de gravidez. ¿Por qué no se aplica a las mujeres en estado de gravidez? La razón es clara, porque se parte del he-

cho de que existe un *ser humano no nacido*, quien es inocente y no merece ser castigado por un delito que no cometió.

Cabe resaltar, que en el derecho internacional las reglas de interpretación establecidas por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, dice que los mismos deben ser interpretados de buena fe y de acuerdo al sentido corriente de las palabras; y en caso de duda debe acudirse al contexto y teniendo en cuenta su fin.

c. Convención sobre los Derechos del Niño

Según el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Este, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto, antes como después del nacimiento”.

Esta Convención parte del hecho de que el niño necesita la protección de la ley antes del nacimiento. En su Art. 1° establece para los efectos de la presente Convención, “*Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”.

Nótese que la Convención establece como definición de niño, todo ser humano y lo enfatiza aún más al referirse a menor de dieciocho años. Es decir, el énfasis está dado en el hecho de que es un ser humano y no en la etapa de desarrollo en la que este ser humano se encuentre.

d. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Todavía más clara resulta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual desde su Art. 1° Inc. 2 define a la persona como *todo ser humano*. Esta disposición, aunada con el Art. 4° de la misma Convención, establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, y que ese derecho esté protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción, deja más

que claro el hecho de que todo ser humano, sin importar su estado, está protegido por el derecho internacional.

Ahora bien, existen quienes quieren interpretar la expresión “en general” como una excepción a la regla; es decir que no siempre se protege desde la concepción. Sin embargo, prueba de que la intención original de esta Convención era la de proteger la vida, la tenemos con la reserva de México que claramente expresa que no puede unirse a esta disposición que protege en todo momento la vida, ya que son sus estados independientes quienes pueden legislar en la materia (1).

e. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

Esta es una de las principales convenciones utilizadas hoy en día por un movimiento radicalizado que pretende menoscabar el derecho a la vida e introducir un supuesto derecho al aborto en el derecho internacional.

Sin embargo, al igual que las convenciones anteriores, la CEDAW (por sus siglas en inglés) también comienza resaltando la necesidad de proteger a la mujer contra cualquier forma de discriminación debido a su gran aporte a la familia, así como la importancia de la maternidad. En el Preámbulo se dicta la pauta al afirmarse que *el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación*. Establece la protección de la mujer en esa etapa.

(1) Con respecto al párrafo 1 del Art. 4º, 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.

Por otra parte, es el concepto del Gobierno de México que la limitación que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de que todo acto público de culto religioso deberá celebrarse precisamente dentro de los templos, es de las comprendidas en el párrafo 3 del Art. 12.

En su Art. 5° menciona que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: "... b) garantizar que la educación familiar incluya una *comprensión adecuada de la maternidad como función social* y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos".

Es decir, que contrariamente a lo que se utiliza como argumento para justificar un supuesto derecho al aborto, la CEDAW promueve y protege la maternidad al reconocer su función social; en otras palabras, el rol de la mujer como madre merece una protección especial porque en ese momento ella lleva en su vientre un ser que pasará a formar parte de nuestra sociedad, para enriquecerla y perpetuarla.

La misma CEDAW, en su Art. 12, párrafo 1 dispone "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 familia". Más adelante establece 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".

Ahora bien, en el caso de Paraguay, si comparamos la Constitución Nacional con todo lo que regula el derecho internacional, no existe ninguna discrepancia con lo establecido por la ley interna, es por ello que el Estado paraguayo estuvo en la posición de poder unirse a estos tratados pues no había conflicto alguno.

3. Parte informal del Derecho

3.1. Ley blanda: resoluciones, declaraciones y otros documentos

Nos referimos a derecho informal cuando estamos ante resoluciones, declaraciones o documentos que no son jurídicamente vinculantes para los países. Estos se pueden tomar únicamente como un referente legal sobre el cual el país tiene la opción de trabajar. Pero nunca puede ser forzado a cambiar su legislación en base a estos documentos, puesto que no han pasado por un proceso jurídico interno que legitime lo establecido en él.

En el derecho internacional, a esta parte informal del derecho se la conoce como ley blanda; una referencia errónea ya que no es ley.

Desde mi punto de vista la creación y uso inadecuado de la parte informal del derecho ha marcado una nueva etapa; en ella el Estado deja de ser soberano y entra a un terreno sumamente incierto. Esto, porque se deja la certeza jurídica atrás para dar paso a la incertidumbre jurídica, ya que, insisto, no pasa por un proceso jurídico que asegure la no contraposición de estos documentos con la ley interna. Tampoco es validada por el Legislativo, poder que tiene la legitimidad para crear la ley por mandato directo del pueblo.

La etapa en la que se deja atrás el derecho está marcada por las conferencias de los 90's organizadas por las Naciones Unidas, producto de las cuales tenemos planes de acción que los Estados se comprometen de buena voluntad a revisar, *pero ninguno de estos planes son legalmente vinculantes para los países*. Entre estas conferencias cabe mencionar dos de ellas:

3.2. Conferencia sobre Población y Desarrollo

En 1994 en la Conferencia sobre Población y Desarrollo en El Cairo es donde comienzan a mencionarse los "nuevos derechos"; por ejemplo, los derechos reproductivos. También encontramos por primera vez las menciones a salud sexual y reproductiva. Am-

bos términos se utilizan hoy en día para imponer una supuesta obligación de los Estados para cambiar su legislación e introducir el aborto.

Esto a pesar de que la misma conferencia –insisto no es vinculante– comienza aclarando que no se trata de crear nuevos derechos. Así lo establece en su punto de inicio 1.15. La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo no crea ningún derecho humano internacional nuevo, pero afirma que las normas de derechos humanos universalmente reconocidas se aplican a todos los aspectos de los programas de población.

En el mismo documento define claramente lo relacionado a los derechos reproductivos:

7.3. “Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”.

La definición hace referencia a la planificación familiar; sin embargo, esta disposición que no es vinculante se ha venido utilizando para menoscabar el derecho a la vida del no nacido.

3.3. Cuarta Conferencia sobre la Mujer

En 1995 en la Conferencia sobre la Mujer en Beijing se lanza abiertamente la ideología promovida por el feminismo de género. En este momento se comienza a promover desde las Naciones Unidas lo que hoy conocemos como la ideología de género, que tiene tres enemigos principales: la familia, el matrimonio y la maternidad. ¿Por qué? Porque de acuerdo a esta ideología, estas estructuras son las que mantienen esclavizadas a la mujer al hogar.

Mientras exista la familia, el matrimonio o la maternidad, la mujer va a seguir estando en desventaja frente al varón; por lo tanto, se promueve la necesidad de construir o destruir la sociedad como hoy la conocemos para reconstruirla desde una visión en la que el hombre o la mujer son vistos simplemente como pertenecientes al género humano pero que no están condicionados a estar encasillados en un sexo masculino o femenino.

Por eso se la denomina perspectiva de género y se comienza a impulsar ciertas políticas dentro de ellas en contra de la maternidad, uno de los principales enemigos de este movimiento. Estratégicamente participan activamente en el ámbito internacional, lanzan una serie de ideas en estas conferencias y viene una reinterpretación de la ley sin ninguna base jurídica.

4. Conclusión

Jurídicamente no existe a nivel internacional ninguna disposición que obligue a los Estados a cambiar su legislación en cuanto a la protección de la vida del no nacido. Por el contrario, en apego a las reglas de interpretación de los tratados establecidas por la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, la intención original de todo el legajo jurídico está dada para proteger al no nacido.

Ninguno de los tratados incluye disposiciones de las cuales se pueda desprender o interpretar un supuesto derecho de la mujer de acabar con la vida del no nacido; por el contrario, el derecho internacional protege la maternidad.

Los documentos existentes de los cuales se intenta interpretar un "derecho al aborto", no son vinculantes para los países y aunque lo fueran tampoco de ellos se desprende un derecho a terminar con la vida del no nacido. Han sido interpretaciones de quienes promueven posturas radicales las que se han usado para presionar a los países a cambiar la legislación que promueve el derecho a la vida del no nacido.

Aquellos que están reinterpretando los tratados, son personas que no cuentan con la legitimidad de los pueblos y en ese sentido no pueden decir que tipo de leyes tiene que regir en un país. Cada país es soberano e independiente y tiene el derecho a decidir cuáles serán las leyes que les rijan.

La presión que ejercen las organizaciones internacionales sobre los Estados para que cambien su legislación, constituye un atentado a la autodeterminación y soberanía de los países, lo cual contraviene los principios más básicos del derecho internacional.



ANEXOS

LEYES, DECRETOS Y RESOLUCIONES

LEY N° 5.833/2017

QUE IMPLEMENTA EL LIBRO DE DEFUNCIONES DE CONCEBIDOS NO NACIDOS EN EL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL *

EL CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA SANCIONA CON FUERZA DE

LEY:

Artículo 1°. Incorpórase el “libro de defunciones de concebidos no nacidos” a los enumerados en la Ley N° 1266/87 “Del Registro del Estado Civil”.

Artículo 2°. En el libro de defunciones de concebidos no nacidos serán inscriptos quienes hayan fallecido dentro del vientre materno cualquiera sea la causa de la muerte, la edad gestacional o el peso que tuvieren al momento del fallecimiento.

Artículo 3°. La inscripción deberá registrarse ante el oficial público que corresponda al lugar en que se produzca la muerte.

La inscripción será facultativa, pudiendo solicitarla cualquiera de los progenitores.

Artículo 4°. La solicitud de inscripción podrá realizarse en el plazo de un año de ocurrida la muerte. Vencido el mismo, ya no podrá realizarse la inscripción por ningún medio.

* La Ley fue sancionada por la Cámara de Diputados el 14 de diciembre de 2016 y por la Cámara de Senadores el 25 de mayo de 2017. Por Decreto N° 7.410 del 4 de julio de 2017 se objetó totalmente el Proyecto de Ley N° 5.833/2017.

Artículo 5°. Para realizar la inscripción deberá presentarse el correspondiente certificado médico emitido por profesional médico u obstetra o el agente sanitario habilitado que atendió el caso.

Artículo 6°. El Registro del Estado Civil expedirá un “Certificado de concebido no nacido” en el que constarán:

a) Datos de la madre: nombres, apellidos, tipo y número de documento nacional de identidad, edad, nacionalidad, domicilio e impresión dígito pulgar derecha.

b) Datos del concebido no nacido: nombres y apellidos con los que será inscripto, edad gestacional, sexo (de ser posible) y peso al momento de la muerte. En ningún caso el certificado contendrá las iniciales “NN”, debiendo respetarse el o los nombres elegidos por los padres, aún en caso de no poder determinarse el sexo.

c) Tipo de embarazo: simple, doble o múltiple, con determinación de la cantidad de sobrevivientes en caso de haberlos.

d) Nombres, apellidos, firma, sello y matrícula del profesional médico u obstetra o el agente sanitario habilitado que atendió el caso.

e) Fecha, hora y lugar de la muerte y de la confección del certificado.

f) Datos del establecimiento médico asistencial: nombre y domicilio completos.

g) Causa de la muerte intrauterina.

h) Observaciones.

Artículo 7°. La inscripción en el libro de defunciones de concebidos no nacidos deberá contener, en lo posible, además de los requisitos establecidos en el artículo 27 de la Ley N° 1266/87, los siguientes datos:

a) Los nombres, apellidos y sexo del concebido no nacido. En ningún caso la inscripción se realizará con las iniciales “NN”, de-

biendo respetarse el o los nombres elegidos por los padres, aún en caso de no poder determinarse el sexo.

b) La localidad y departamento, hora, día, mes y año en que haya ocurrido la muerte.

c) Los nombres y apellidos de los progenitores, con tipo y número de sus respectivos documentos nacionales de identidad.

d) Los nombres, apellidos, documento y domicilio del declarante.

e) La causa de la muerte intrauterina.

Artículo 8°. Cerrado este libro de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley N° 1266/87, el Registro del Estado Civil hará un relevamiento de las causas de muerte intrauterina con fines estadísticos, los cuales deberán ser remitidos al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social para analizar y detectar las causas con mayores incidencias y de esa manera elaborar políticas de salud para evitar muertes intrauterinas.

Artículo 9°. La inscripción en el libro de defunciones de concebidos no nacidos no modifica el régimen de personas físicas inscrito en el Código Civil, ni otorga derechos patrimoniales, sucesorios, de estado, ni de ningún otro tipo que no sea exclusivamente el derecho a la identidad y al destino de los restos mortuorios.

Artículo 10°. Realizada la inscripción, el oficial del Registro Civil expedirá el permiso para la inhumación, salvo lo dispuesto por la normativa específica o circunstancias especiales debidamente justificadas.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA.

Artículo 11°. Desde la creación y puesta en funcionamiento del libro de defunciones de concebidos no nacidos por parte del Registro del Estado Civil, establécese un plazo único de cinco años a los fines de la inscripción de todos los fallecidos en el vientre materno sin importar el tiempo que haya transcurrido desde el fallecimiento.

Quienes desean realizar esta inscripción deberán presentar certificado de defunción elaborado por profesional médico u obstetra o el agente sanitario habilitado que atendió el parto, o en caso de poseerlo el Certificado de defunción emitido por el registro civil en el que se encuentra identificado el nacido sin vida como "NN".

DISPOSICIÓN FINAL

Artículo 12°. Derógase el artículo 104 de la Ley N° 1266/87 "Del Registro del Estado Civil", así como todas las disposiciones contrarias a la presente Ley.

Artículo 13°. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

**DADA EN LA SALA DE SESIONES DE LA HONORABLE
CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, A CATORCE
DÍAS DEL MES DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DIECI-
SÉIS.**

DECRETO N° 20.846/2003

POR EL CUAL SE ESTABLECE EL “DÍA DEL NIÑO POR NACER”.

Asunción, 12 de abril de 2003.

VISTO: El Artículo 54 de la Constitución Nacional, que consagra la integral protección al niño; y,

CONSIDERANDO: Que la vida y dignidad del niño son resaltadas por la Declaración de los Derechos de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño dada por la Asamblea de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 y la Convención sobre los Derechos del Niño que fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 noviembre de 1989, documento internacional ratificado por nuestro país, por Ley N° 57/90;

Que dicha Convención expresa que: “el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”;

Que es evidente que el niño en su etapa pre-natal presenta una situación de suma fragilidad por lo que a la natural protección de su madre es preciso sumarle la protección eficaz del Estado;

Que como acertadamente ha sostenido la Conferencia Episcopal Paraguaya es necesario: “afirmar, ante todo, una cultura de la vida resaltando en particular la dignidad del niño en su período de gestación y de las embarazadas y de esa manera promover aún más y consolidar un espíritu y una prédica de servicio a favor de

las madres y de sus hijos como los componentes más preciados de una Nación”, posición de la Iglesia Católica ala que el Artículo 82 de la Constitución Nacional le reconoce: “el protagonismo en la formación histórica y cultural de la Nación”;

Que el Estado debe impulsar todo acto o decisión que significativo apoyo a la vida por nacer, concepto entrañablemente ligado a la filosofía misma de los más preciados e intangibles derechos humanos;

Que los aspectos principales del tema de tan humanas dimensiones deben ser motivos de permanente llamado a la reflexión por parte de la sociedad cuya fortaleza moral y espiritual es la construcción del presente y del futuro del país;

Que proteger a los niños desde el momento de la concepción significa contribuir a la formación de generaciones sanas y dignas que sepan asegurar la continuidad histórica de la Nación;

Que examinando el Derecho Comparado de América Latina acerca de esta cuestión se concluye que se considera pertinente que el “Día del Niño por Nacer” se celebre el 25 de marzo de cada año;

POR TANTO, en ejercicio de sus facultades constitucionales,
EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

D E C R E T A:

- Declárase el 25 de marzo de cada año, como “**Día del Niño por Nacer**”.

- El presente Decreto será refrendado por el Señor Ministro de Justicia y Trabajo.

Comuníquese, publíquese y dése al Registro Oficial.

RESOLUCIÓN N° 5656/2015

Asunción, 14 de abril de 2015

VISTA: La Nota presentada por la Abg. Carmen Montanía, Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas; y

C O N S I D E R A N D O:

Que, por la mencionada nota la Abg. Carmen Montanía, Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas, solicitó con el visto bueno del Ministro José Raúl Torres Kirmser, se declare de interés institucional el Ciclo de Conferencias 2015-2017 sobre “La Protección de la Persona Humana. Su Relevancia Histórica. Derechos Fundamentales y su vinculación con la Justicia”, que se iniciará en el mes de octubre de 2015.

En atención a que dicho evento contará con la participación de expositores e investigadores de la Universidad Autónoma de México, como asimismo de ponentes nacionales, el Congreso tiene por objetivo convocar a Jueces de Paz de toda la República para la actualización y capacitación de los mismos y analizados la importancia del tema a ser abordado, corresponde declarar de interés institucional dicho evento.

Por tanto.

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RESUELVE:

Art. 1°.- DECLARAR de Interés Institucional el Ciclo de Conferencias 2015-2017 sobre “La Protección de la Persona Humana. Su Relevancia Histórica. Derechos Fundamentales y su vinculación con la Justicia”. Que se iniciará en el mes de octubre de

2015, por los motivos explicitados en el exordio de la presente Resolución.

Art. 2º.- ANOTAR, registrar, notificar.

Ante mí: *Alicia Beatriz Pucheta de Correa, José Raúl Torres Kirmser, Miryam Peña, Gladys Ester Bareiro de Módica, Antonio Fretes, Luis María Benítez Riera, César Garay Zuccolillo, Sindulfo Blanco, Miguel Oscar Bajac Albertini, Ministros.*

RESOLUCIÓN N° 6453/2016

Asunción, 7 de junio de 2016

VISTA: La Resolución N° 5656 del 14 de abril de 2015 de la Corte Suprema de Justicia y el Memorando presentado por la Abg. Carmen Montanía, Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas; y

CONSIDERANDO:

Que, por Resolución N° 5656/2015 la Corte Suprema de Justicia resolvió declarar de Interés Institucional el Ciclo de Conferencias 2015-2017 sobre “La Protección de la Persona Humana. Su Relevancia Histórica. Derechos Fundamentales y su vinculación con la Justicia”.

La Abog. Carmen Montanía, Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas manifestó que en el marco del Ciclo de Conferencias 2015-2017 sobre “La Protección de la Persona Humana. Su Relevancia Histórica. Derechos Fundamentales y su vinculación con la Justicia”, el tema de este año es el de “Persona por Nacer”, y en atención a ello solicitó que la convocatoria inicial realizada por Resolución N° 5656 del 14 de abril de 2015 a los Jueces de Paz, se amplíe a los Magistrados del área de la Niñez y la Adolescencia de toda la República.

En ese sentido, corresponde ampliar la convocatoria a los Magistrados del área de la Niñez y la Adolescencia de toda la República.

Por tanto;

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RESUELVE:

Art. 1°.- AMPLIAR la Resolución N° 5656 del 14 de abril de 2015 de la Corte Suprema de Justicia, a los Magistrados del área de la Niñez y la Adolescencia de toda la República, por los motivos explicitados en el exordio de la presente Resolución.

Art. 2°.- ANOTAR, registrar, notificar.

Ante mí: *Alicia Beatriz Pucheta de Correa, José Raúl Torres Kirmser, Miryam Peña, Gladys Ester Bareiro de Módica, Antonio Fretes, Luis María Benítez Riera, César Garay Zuccolillo, Sindulfo Blanco, Miguel Oscar Bajac Albertini, Ministros.*

DECLARACIÓN N° 21 DE LA HONORABLE CÁMARA DE SENADORES DEL CONGRESO NACIONAL

POR LA CUAL SE INSTA AL PODER EJECUTIVO - MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, A LA PROMOCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN Y A LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS POR EL ARTÍCULO 49 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y OTROS DERECHOS CONSTITUCIONALES.

LA HONORABLE CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN PARAGUAYA

DECLARA:

Artículo 1°.- Instar al Poder Ejecutivo - Ministerio de Relaciones Exteriores, a asumir posturas que garanticen plenamente el derecho a la vida desde la concepción y a la protección integral y promoción de la familia en los términos establecidos por la Constitución Nacional, en el marco de la realización del 44° Período de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, a realizarse del 3 al 5 de junio de 2014.

Artículo 2°.- Comunicar a quienes corresponda y cumplido, archivar.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DE LA HONORABLE CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN, A LOS VEINTI-

NUEVE DÍAS DEL MES DE MAYO DEL AÑO DOS MIL CATORCE.

Mirta Gusinky, Secretaria Parlamentaria.

Julio César Velázquez Tillería, Presidente de la H. Cámara de Senadores.

DECLARACIÓN N° 508 DE LA HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO NACIONAL

Asunción, 25 de agosto de 2016

MHCD N° 1854

Señor Presidente:

Tenemos a bien dirigirnos a Vuestra Excelencia, a objeto de remitir la Declaración N° 508 **“QUE EXHORTA AL PODER EJECUTIVO - MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, A RESPALDAR LA POSICIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (CEA), QUE RECONOCEN, QUE EL ABORTO NO ES UN DERECHO HUMANO Y REITERA EL COMPROMISO DE CUMPLIR CON EL ARTÍCULO 4.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE PROTEGER EL DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN E INSTAR A LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (CEA), A QUE ESTE AÑO 2016 SEA DECLARADO COMO 'EL AÑO DEL DERECHO A LA VIDA’**”, aprobada por este Alto Cuerpo Legislativo en sesión ordinaria de fecha 24 de agosto del año en curso.

Hacemos propicia la ocasión para saludar a Vuestra Excelencia, muy atentamente.

Del Pilar Eva Medina de Paredes, Secretaria Parlamentaria.

Hugo Adalberto Velázquez Moreno, Presidente H. Cámara de Diputados.

AL
EXCMO. SEÑOR
HORACIO MANUEL CARTES JARA
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
PALACIO DE LÓPEZ

Asunción, 26 de agosto de 2016

NHCD N° 2730

Excelentísimo

Señor Ministro

La Secretaría General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, se dirige a Vuestra Excelencia, a objeto de remitir la decisión adoptada por el pleno de este Alto Cuerpo Legislativo en sesión ordinaria de fecha 24 de agosto de 2016, Declaración N° 508 **“QUE EXHORTA AL PODER EJECUTIVO - MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, A RESPALDAR LA POSICIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), QUE RECONOCEN, QUE EL ABORTO NO ES UN DERECHO HUMANO Y REITERA EL COMPROMISO DE CUMPLIR CON EL ARTÍCULO 4.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE PROTEGER EL DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN E INSTAR A LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), A QUE ESTE AÑO 2016 SEA DECLARADO COMO 'EL AÑO DEL DERECHO A LA VIDA'”.**

Hago propicia la ocasión para saludar a Vuestra Excelencia, muy atentamente.

Carlos A. Samudio Ayala, Secretario General.

AL
EXCMO. SEÑOR
ELADIO RAMÓN LOIZAGA LEZCANO, MINISTRO
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES
Vjo/

Asunción, 26 de agosto de 2016

NHCD N° 2731

Señor

Diego José Paz Bustamante, Representante Residente

Organización de los Estados Americanos

La Secretaría General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, se dirige a usted, a objeto de remitir la decisión adoptada por el pleno de este Alto Cuerpo Legislativo en sesión ordinaria de fecha 24 de agosto de 2016, Declaración N° 508 **“QUE EXHORTA AL PODER EJECUTIVO - MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, A RESPALDAR LA POSICIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), QUE RECONOCEN, QUE EL ABORTO NO ES UN DERECHO HUMANO Y REITERA EL COMPROMISO DE CUMPLIR CON EL ARTÍCULO 4.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE PROTEGER EL DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN E INSTAR A LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), A QUE ESTE AÑO 2016 SEA DECLARADO COMO ‘EL AÑO DEL DERECHO A LA VIDA’”**.

Hago propicia la ocasión para saludarle, muy atentamente.

Carlos A. Samudio Ayala, Secretario General.

Vjo/

FALLOS NACIONALES

JUICIO: “F. B. S. F. S/ MEDIDA CAUTELAR DE PROTECCIÓN”.

JUZGADO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. LUQUE

AUTO INTERLOCUTORIO N° 069/2015

Luque, 06 de Mayo de 2015

VISTO: estos autos y la medida cautelar de protección solicitada y;

CONSIDERANDO:

QUE; a fojas 1-5 de autos obra el escrito presentado en fecha 1 de mayo de 2015 siendo las 21:00 Hs. por la Señora C.E.F. bajo patrocinio de las Abogadas SONIA VON LEPEL Y MIRTHA MORAGAS, por el cual manifiesta entre otras cosas: “...*Que, por el presente escrito... vengo a solicitar con suma urgencia se ordene la realización de las medidas cautelares de protección citada más abajo, de conformidad Arts. 4, 6, 10 y 54 de la Constitución Nacional, en concordancia con el Arts. 3, 11, 13, 14 y 17 del Código de la Niñez y Adolescencia, Arts. 3, 6, 12, 19, 24, 39 de la Convención de los Derechos del Niño y la Niña. 1. Conformación de una junta multidisciplinaria integrada por médicos, sicólogos, trabajadores/as sociales independientes a fin de establecer las medidas de protección, conforme lo establecido en el Artículo 75 del Código de la Niñez y la Adolescencia. 2. Se arbitre los mecanismos para ser oída la niña de conformidad al Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y Niña... Por lo mencionado solicitamos como medida cautelar de protección la constitución de una junta médica integrada de manera multidisciplinaria (médicos, psiquiatras y sicólogos) que puedan*

corroborar el estado de salud física, mental y emocional de la niña, y aconsejar las medidas necesarias para el mejor bien de la misma. Propongo que las siguientes personas, todos profesionales médicos independientes y destacados en su respectiva área integren la junta interdisciplinaria. Dr. Aníbal Carrillo Iramain, Médico Pediatra, Lic. Mario Torres, Sicólogo Infantil, Vicente Acuña Appleyard, Médico especialista en ginecología y obstetricia, Pedro Pablo Guanes, Médico especialista en ginecología y obstetricia, Raquel Escobar Argaña, Médica pediatra Neonatóloga y la Lic. Marta Perrota, psicóloga...”.

Que, por providencia de fecha 02 de mayo de 2015 que consta a fojas 06 de autos, el Juzgado dispuso: “Atenta a la medida cautelar de protección solicitada por la Sra. C. E. F. en relación a su hija F. B. S. F. bajo patrocinio de las Abogadas Sonia Von Lepel y Mirta Moragas, y de conformidad al Art. 175 y concordantes del C.N.A., disponer: I) TENER por presentada a la misma en el carácter invocado y por constituido su domicilio en el lugar señalado; II) TRAER a la vista los autos: “F. B. S. F. S/ MEDIDA CAUTELAR DE PROTECCIÓN (ABRIGO)” tramitado ante este Juzgado en relación a los datos y condiciones de la niña F. B. S. F. (en estado de gestación); y disponer el trámite de la presente Medida Cautelar de Protección solicitada por cuerda separada; III) DAR intervención a la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia de la Ciudad de Luque de Turno a fin de que en el plazo de 24 horas se expida en relación a la medida cautelar solicitada en representación de la niña F. B. S. F. (en estado de gestación) hija de la Señora C. E. F. y del Señor R. A. S. B., de conformidad a lo establecido en los Art. 162 y 163 del C.N.A.; IV) INTIMAR a la recurrente a presentar la documentación que acredite el vínculo filial con la niña F. B. S. F.; V) DISPONER previamente la evaluación psicológica de las condiciones y estado de madurez de la misma a los efectos de ser oída, y para ello comisionar a la Psicóloga del Poder Judicial de Luque de Turno, librando el oficio correspondiente; VI) OFICIAR al Hospital Reina Sofía de la Cruz Roja Paraguaya a fin de que informe en el plazo de 48 horas a éste Juzgado en relación a la conformación del Equipo Multidisciplinario que asiste actualmente a la niña F. B. S. F. (en estado de gestación) y de igual forma su estado, y condicio-

nes generales y actuales de salud y en su caso riesgos existentes. VII) HABILITAR días y horarios inhábiles y asimismo advertir de las disposiciones establecidas en los Arts. 27 y 29 del C.N.A. en relación al secreto de actuaciones”.

Que, a fojas 7 de autos obra el Oficio N° 235 de fecha 02 de mayo del 2015 remitido al Departamento de Psicología del Poder Judicial de Luque. A fojas 8 consta el oficio N° 236 de fecha 02 de mayo de 2015 remitido vía fax al Director del Hospital “Reina Sofía” de la Cruz Roja Paraguaya.

QUE; a fojas 11 y vuelto de autos obra la vista remitida por la Abog. María C. Celeste Rojas Martínez, Defensora de la Niñez y Adolescencia del Primer Turno de la Jurisdicción de Luque en la cual manifiesta entre otras cosas: “...*Que, es parecer de esta representación pública en primer término que corresponde hacer lugar a la solicitud de la junta multidisciplinaria, que si bien los profesionales propuestos por la misma son de conocida trayectoria, solicito que dicha sea integrada además por un médico matriculado por la Corte Suprema de Justicia. Con respecto a la solicitud que la menor sea oída, es criterio de esta defensoría que en virtud al Art. 12 de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño y la Niña, que corresponde y que dicha diligencia sea acompañada por la Psicóloga del Poder Judicial...*”.

QUE, a fojas 12 – 15 de autos, obran los informes Clínico-obstétrico evolutivo e informe psicológico remitidos a este Juzgado por el Director General del Hospital Materno Infantil Reina Sofía de la Cruz Roja Paraguaya el Dr. Mario Villalba Mangiaterra. En el informe clínico obstétrico-evolutivo se menciona entre otras cosas: “**Evolución Medica Actual del Paciente;** paciente gestante de 22 semanas por ecografía, adolescente precoz de 10 años y 11 meses, se encuentra lúcida, apirética, colaboradora, refiere no tener molestias. Con los siguientes signos vitales: P/A: 100/60, P: 92’, Frecuencia Respiratoria: 18’, P: 34,400 kg. **Examen de la Región Afecta:** abdomen globuloso, altura uterina 23 cm., movimientos fetales positiva, latido fetal positivo. **Examen Genital:** cuello posterior sin modificación. **Conclusión. Impresión Diagnóstica:** Nulípara adolescente precoz gestante de pre-término de 22 semanas de gestación por ecografía, con buena evolución

médica. -Plan: Realización de estudios laboratoriales e imágenes. Vitaminas-ferroterapia-proteína. Apoyo Sicológico- individual y grupal. Control prenatal cada 15 días en hospital y evaluación diaria en el hogar Maternal. Aplicación de vacuna antitetánica primera dosis. Pronóstico: parto por cesárea. Posibles Riesgos: parto prematuro (11%), RN de bajo peso (9%), enfermedad hipertensiva de embarazo (6%). Observación: la experiencia en nuestro hospital y en el hogar maternal de la Cruz Roja Paraguaya, con casos similares, nos demuestra que con un buen prenatal estos riesgos se pueden minimizar". En el informe Psicológico se menciona entre otras cosas: "La menor se encuentra recibiendo apoyo y contención, desde el punto de vista psicológico por el equipo de Servicio de Psicología de la Cruz Roja paraguaya, desde el momento de su ingreso a la Institución., inicialmente en el Hospital Materno Infantil y actualmente en el Hogar Maternal de acogida para adolescentes, con el fin de ayudarle a llevar adelante la situación que atraviesa. La menor durante las entrevistas se muestra colaboradora. Manifestó su deseo de ir al Hogar. Actualmente refiere tener buena relación con sus pares internas y con el personal encargado de su cuidado. Durante las diferentes entrevistas con ella, no presenta ninguna característica que se deba destacar. Se recomienda evitar el contacto e intromisión de personas ajenas al caso que no sean estrictamente necesarias para evitar la constante re victimización teniendo en cuenta la situación especial que atraviesa la menor".

Que, a fojas 16 se encuentra la presentación del Abog. José Orué Rolandi, Defensor Público de la Niñez y Adolescencia del cuarto turno de la Jurisdicción de Luque. Que entre otras cosas manifiesta lo siguiente: "Ante la complejidad y urgencia del caso petitionado se corra vista del expediente en esta misma fecha, en atención a que por vía extra judicial he tomado noticia de la existencia de esta causa, no estando hasta la fecha informado sobre el requerimiento ni quien impulsa; que por el principio de concentración e intermediación, este representante se declara competente en el expediente de Maltrato, así como de todas las causas accesorias".

Que, por providencia de fecha 04 de mayo del 2015, que consta a fojas 17 este Juzgado dispuso lo siguiente: "Vistas las ma-

nifestaciones de la Defensora de la Niñez y la Adolescencia de Luque de Turno a la fecha 01 de Mayo de 2015 conforme al inicio de las actuaciones de estos autos, Abog. María Celeste Rojas, quien toma intervención conforme obra a fs. 11 y vlto. de autos y asimismo la solicitud planteada por el Defensor de la Niñez y Adolescencia Abog. José Orué interviniente en los autos tramitados por cuerda separada "F. B. S. F. S/ MEDIDA CAUTELAR (ABRIGO)", oficiase a la Defensora General del Ministerio de la Defensa Pública a fin de que proceda a designar a un representante único de la niña F. B. S. F. ante los juicios en este Juzgado tramitados".

Que, a fojas 18 de autos obra el Oficio N° 237 de fecha 04 de mayo del 2015 remitido a la Defensora General del Ministerio de la Defensa Publica Dra. Noyme Yore.

Que, a fojas 21 de autos obra la providencia remitida por la Defensora General Noyme Yore Ismael: "Atenta al Oficio N° 237 de fecha 04 de mayo de 2015, remitido por la Jueza de la Niñez y Adolescencia del Segundo Turno de la Jurisdicción de Luque, designase al Defensor Público Abog. José Orué Rolandi como representante único de la niña F. B. S. F., ante los juicios tramitados en el Juzgado mencionado más arriba".

Que por proveído de fecha 05 de mayo de 2015 obrante a fojas 22 de autos el Juzgado dispuso en consecuencia a la resolución de la Defensora General del ministerio de la defensa publica otorgar la intervención legal correspondiente al Defensor de la Niñez y la Adolescencia del Cuarto turno de Luque el Abog. José Orué en estos autos.

Que, a fojas 23 de autos obra el informe de la Psicóloga del Juzgado de la niñez y adolescencia de la ciudad de Luque Lic. Paola Fariña Larrosa que expresa en su parte substancial: *"Que la niña F. B. S. F. accedió a la entrevista psicológica con interés y colaboración, se la percibe tranquila, amable, capaz de seguir el hilo de la conversación, sin embargo, su semblante refleja angustia y decaimiento. Consultada sobre la posibilidad de que pueda ser oída en el marco del proceso legal, la misma refiere que no tiene interés ni ganas de hablar, está cansada de las mismas preguntas de todos, que solo quiere ver a su mamá y está preocu-*

pada por ella. En conversación con la Sra. M.E.S., encargada del lugar donde se alberga la niña, la misma refiere que F.B.S.F., está en buenas condiciones y a gusto, que come y duerme bien, se relaciona de manera adecuada con otras adolescentes del lugar y está contenida emocionalmente por la psicóloga de la Cruz Roja, quien la visita todos los días. En conclusión, a lo expuesto más arriba, considero que la niña F. B. S. F. posee una madurez mental acorde a su edad, se la percibe en buenas condiciones físicas y en el momento de la evaluación no aparecen indicadores de algún trastorno mental, sin embargo, la misma no está en condiciones de ser oída, por la situación que se encuentra atravesando, y el nivel de estrés que le genera tanta presión. Se sugiere continuidad con el apoyo psicológico y respetar la intimidad de la niña, sobre todo para no caer en la victimización de la misma”.

Que, atenta al estudio de la presente solicitud caben mencionar las disposiciones constitucionales en relación a la viabilidad de la presente medida cautelar de protección, así el Art. 4 de la Constitución Nacional dispone: **“DEL DERECHO A LA VIDA.** El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos”.

Que, asimismo el Art. 54 de la C. N. establece: **“DE LA PROTECCIÓN AL NIÑO.** La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente”.

Que, de igual forma el Art. 68 de nuestra Carta Magna reza: **“DEL DERECHO A LA SALUD** El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de

la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana.

Que, en concordancia a las disposiciones constitucionales mencionadas el Art 3 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone: **“DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR.** Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías...”.

Que, el Art. 9 del mismo cuerpo legal expresa: **“DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS POR NACER.** La protección de las personas por nacer se ejerce mediante la atención a la embarazada desde la concepción y hasta los cuarenta y cinco días posteriores al parto. Estarán obligadas a ella el progenitor y, en ausencia de éste, aquellas personas para quienes este Código establece la responsabilidad subsidiaria”.

Que, igualmente el Art. 10 del CNA estipula: **“DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO** Será responsabilidad del Estado: a) atender a la mujer embarazada insolvente, a la que se proveerá de alojamiento, alimentación y medicamentos necesarios; ... c) elaborar planes de atención especializada para la protección de la adolescente embarazada, y d) promover la lactancia materna. La mujer embarazada será sujeto de las medidas de asistencia establecidas en este artículo, aun cuando el niño naciere muerto o muriese durante el periodo neonatal”.

Que, igualmente el Art 11 del CNA respecto del análisis de autos legisla: **“DE LA OBLIGACIÓN DE LA ATENCIÓN MÉDICA.** Cualquier mujer embarazada que requiera urgente atención médica, será atendida en la institución de salud más cercana del lugar donde se encuentre. La insolvencia del requirente o la falta de cama u otros medios de la Institución requerida no podrá ser invocado por la institución de salud para preferir o rechazar a

la mujer embarazada en trabajo de parto o que requiera urgente atención médica, sin antes recibir el tratamiento de emergencia inicial. La insolvencia y la urgencia del caso no implicarán discriminación en cuanto a su cuidado y asistencia en relación con los demás pacientes”.

Que, la Convención sobre los derechos del niño incorporada en nuestro derecho positivo por la Ley 57/90 en su Artículo 24 entre otras cosas estipula: *“Apartado I, 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 disfrute a esos servicios sanitarios. Apartado II, a) reducir la mortalidad infantil y en la niñez, b) asegurar la prestación de la 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, d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres, f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y a la educación y servicios en materia de planificación de la familia”*.

Que, cabe al respecto mencionar conforme la naturaleza de la medida cautelar solicitada en autos las disposiciones de la Ley 836/80 – Código Sanitario: Art. 15) *Las personas por nacer tienen el derecho a ser protegidos por el Estado, en su vida y en su salud, desde su concepción. Art. 16) Durante la gestación la protección de la salud comprenderá a la madre y al ser en gestación como unidad biológica Art. 17) El aborto en su calificación y sanción quedará sujeto a las disposiciones de la legislación penal común. Art. 21) Es obligatorio y derecho de los progenitores el cuidado de su salud y la de su hijo desde el inicio de la gestación. Art. 22) El Estado, por su parte, protegerá y asistirá sanitariamente al niño desde su concepción hasta la mayoría de edad. Art. 23) Es responsabilidad de los establecimientos que presten atención obstétrica y pediátrica la identificación, el cuidado, la seguridad y la custodia del recién nacido mientras le dure la internación de la madre o del lactante.*

QUE, en relación a la procedencia de la presente solicitud, la misma se enmarca conforme las disposiciones del Art. 175 del

C.N.A.: **“DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN** *Son consideradas medidas cautelares de protección... f) las demás medidas de protección establecidas por este Código, que el Juez considere necesarias en interés superior o para la seguridad del niño o adolescente”*, de esta manera, dadas las circunstancias especiales de la gestación de la niña dada su edad de 10 años, se hace necesaria la emisión de un dictamen técnico multidisciplinario a fin de brindar a la misma todos los medios indispensables que garanticen la evolución y el desarrollo de la misma dentro de las más óptimas condiciones de salud y como forma de brindar una protección integral sanitaria de la más alta calidad como obligación inherente del Estado.

Que, del análisis de la situación planteada y la legislación positiva en materia de Salud y específicamente como derecho inalienable de los niños y niñas, se puede colegir que igualmente corresponde, como forma de efectivizar y garantizar la atención a la salud de la niña y el feto en desarrollo ya que ambos constituyen sujetos de derecho y por tanto deben ser protegidos en forma integral por el Estado como responsable de brindar todas las garantías para su desarrollo armónico e integral, disponer la realización de la Junta Medica Interdisciplinaria solicitada, y siendo la principal función del Estado velar por la salud pública de sus habitantes y lo hace a través del MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL, órgano competente para la prestación, regulación y supervisión de todos los servicios sanitarios establecidos en el territorio nacional, deberá ser dicha institución estatal la encargada de arbitrar los medios y disponer la efectividad de la realización de cualquier disposición en materia de salud en este caso la Junta médica interdisciplinaria conformada por médicos del área de pediatría, ginecología y obstetricia y así también psicología infantil en relación a la niña y la persona por nacer.

Qué; conforme la opinión de la psicóloga interviniente el procedimiento de oír nuevamente a la niña dadas las circunstancias por la que actualmente atraviesa la misma conforme las constancias de autos, ocasionarían una re victimización de la misma, debiendo ser esta Magistratura garante principal de su interés superior y de evitar situaciones que comprometan su salud psicoló-

gica y emocional y al respecto las **100 REGLAS DE BRASILIA** incorporadas por Acordada N° 633/10 de la C.S.J. estipulan: "(12) *Se alentara la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria). Asimismo procuraran que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria)*" por tanto oír a la niña en este juicio, si bien es reconocido su derecho a ser escuchada, ante la condiciones especiales de la misma en este momento el mencionado procedimiento no constituiría precisamente una medida de protección sino una circunstancia en detrimento de sus opiniones y expresiones de no querer más realizar comentarios reiterativos en torno a su caso y respetando su decisión y autonomía, no corresponde realizar una nueva audición de la misma en estas circunstancias.

POR TANTO; en base a las consideraciones fácticas y legales analizadas, este Juzgado.

RESUELVE:

1) DISPONER como MEDIDA CAUTELAR DE PROTECCIÓN la realización de una JUNTA MEDICA MULTIDISCIPLINARIA que en el plazo de 72 Hs. desde su completa conformación deberá expedirse sobre las condiciones de salud integral en relación a la niña F. B. F. S. en estado de gestación de 10 años de edad y su estado de gestación, y emitir un dictamen sobre riesgos en base a dicho estado y recomendaciones que garanticen el estado de salud de la unidad biológica conformada, la misma estará conformada por los siguientes profesionales: por la parte solicitante y a su costa: Dra. Raquel Escobar Argaña, Médica Pediatra Neonatóloga. Dr. Vicente Acuña Appleyard, Médico especialista en ginecología y obstetricia, Lic. Mario Torres, psicólogo infantil, por el Poder Judicial;

2) integrantes de la Dirección Técnico Forense de la Corte Suprema de Justicia: Dr. Darío Samudio, Médico Forense con especialidad en pediatría, Dra. Nora Rodríguez, Médica gineco-obstetra especialista en atención a mujeres, niñas y adolescentes Dra. Graciela Zelada de Rodríguez, Médica Forense especialista en

psicología infantil, y por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social: un profesional especialista en el área de Pediatría, un profesional especialista en el área de Gineco-obstetricia infantil y adolescente y un profesional especialista en Psicología Infantil quienes deberán ser designados en el plazo de 24 Hs. por dicha Institución para conformar la mencionada Junta Interdisciplinaria. Debiendo actuar en todo momento conforme las disposiciones del C.N.A respetando la intimidad de la niña y evitando actuaciones o procedimientos ya realizados que puedan ocasionar una revictimización de la misma;

3) OFICIAR a la DIRECCIÓN TÉCNICO FORENSE DEL PODER JUDICIAL en relación a designación anteriormente mencionada;

4) ENCARGAR al MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL la realización de la JUNTA MÉDICA INTERDISCIPLINARIA dispuesta y en consecuencia;

5) OFICIAR al MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL en relación a la integración de la Junta Médica Interdisciplinaria y a los efectos de proceder a la realización de la misma y disponer los medios necesarios para su inmediata constitución, debiendo informar inmediatamente a este Juzgado el dictamen emitido;

6) OFICIAR al director del Hospital Materno infantil Reina Sofía de la Cruz Roja Paraguaya a fin de que ponga a disposición de los profesionales designados toda la información y documentación técnica en relación a la niña F. B. S. F. quien actualmente recibe tratamiento en dicha institución;

7) NO HACER LUGAR a la solicitud de oír a la niña F. B. S. F. en el presente juicio conforme a las consideraciones anteriormente expuestas y a las recomendaciones del equipo asesor y auxiliares especializados;

8) NOTIFICAR a todas las partes;

9) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrado: *Pili Rodríguez Ortellado*, Jueza de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia, 2° Turno de Luque.

Ante mí: *Claudio Torres López*, Secretario.

JUICIO: “F. B. S. F. S/ MEDIDA CAUTELAR DE PROTECCIÓN”. LUQUE

AUTO INTERLOCUTORIO N° 089/2015

Luque, de Mayo de 2015.

VISTO: estos autos y las respectivas actuaciones;

CONSIDERANDO:

QUE, a fojas 52 a 56 de autos, consta el Dictamen del Defensor Público de la Niñez y la Adolescencia, del Cuarto turno de la Jurisdicción de Luque, Abogado José Orué Rolandi, que entre otras cosas expresa “... LA VALIDEZ DE LOS INSTRUMENTOS. Particularmente analizando la nota DAJ N °419 de fecha 13 de mayo del 2015 remitido por la dirección de Asuntos Judiciales del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, no encontramos indicios que nos lleven a concluir que el documento no tenga validez, ni que nos lleven a dudar de su autenticidad, creo que todos coincidiremos en este punto; sin embargo desde el punto de vista formal aparece notorio que el informe de la Junta Medica no ha sido suscripta por todos los que fueron designados por orden judicial a constituirlos; un hecho no menor en la inteligencia que la designación es un acto que importe al orden Publico, y crea una carga publica en las personas comisionadas o designadas. Como podemos apreciar a fs. 47 de autos el documento no ha sido suscripto el Lic. Mario Torres y si por la Lic. Ana Frachi quien no fue designada por la disposición judicial. A criterio de esta representación pública no estamos ante un acto nulo pero si anulable, en atención a que puede ser subsanado citando al Lic. Mario Torres ante el Juzgado a prestar declaración testifical a fin de que informe al Juzgado si ha participado o no en las deliberaciones de la Junta Médica, y en su caso si ratifica los términos en los que ha sido redactado el informe. DETERMINAR LA VIABILIDAD O NO DEL

EMBARAZO DE LA NIÑA Y QUE LA DECISIÓN CUAL SEA QUE FUESE, NO AFECTE EL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA FLORENCIA BEATRIZ SALINAS FRANCO. Visto el informe de la Junta Médica, y partiendo de la premisa que dicho informe no expresa en forma clara, manifiesta e inequívoca, que el embarazo de la niña debe continuar o debe ser interrumpido procederé a interpretar los términos en que fue redactado el mismo. Sin embargo, y Considerando todos los riesgos y beneficios citados la Junta Médica en su primera recomendación dice: "... vigilancia y monitoreo de acuerdo a protocolos establecidos (control prenatal cada 15 días con monitoreo y análisis de seguimiento) en la institución en la cual se encuentra actualmente..." (sic).

En el entendimiento que no se puede hacer un monitoreo prenatal a un embarazo interrumpido, interpretamos por lógica deducción que recomiendan que hasta la fecha se mantenga la continuidad del embarazo, hasta tanto se dé un signo de alerta. Teniendo en cuenta que expresamente el Juzgado designo a profesionales para la Junta Médica y estos fueron cambiados; igualmente a que expresamente el Juzgado pidió un informe de los riesgos en base al estado de la niña sin embargo la Junta se limitó a datos estadísticos, mencionando incluso que de las evaluaciones se establecerá un pronóstico de riesgo, considero que el informe no se ajusta a lo solicitado, por lo cual desde ya solicito de conformidad al Código Procesal Civil se cite en un plazo no mayor a 24 horas a todos los integrantes de la Junta Médica a exponer una ampliación del informe y a subsanar las cuestiones de forma. Esta representación considera necesario consultar a) si en el caso particular de niña y en el estado actual de la misma es o no es recomendable continuar con el embarazo b) si, una intervención ahora representa menos riesgo, igual o mayor riesgo que una intervención de urgencia en caso de darse los signos de alerta, y cuáles son esos signos expresamente c) si el Lic. Mario Torres estuvo o no presente en los debates de la Junta Médica y en caso afirmativo si está de acuerdo y convalida los términos del informe...".

QUE, a la petición antes referida el Juzgado, por proveído de fecha 15 de Mayo del 2015, obrante a fojas 57, resolvió tener pre-

sente los puntos peticionados, a la espera de que sea oída la Señora C.E.F., madre de la menor F. B. S. F.

QUE, de las constancias de autos surge que efectivamente en el Dictamen de la Junta Médica, obrante a fojas 46 a 47 de autos, no constan las firmas del Licenciado MARIO TORRES y la Doctora FANNY CORRALES, designados por el Auto Interlocutorio N° 69 de fecha 6 de mayo de 2015 y por el informe del MSP y BS remitido a este juzgado y obrante a fojas 36 de autos como Miembros de la Junta Medica Multidisciplinaria y cuyas firmas obran el acta labrada por el Actuario de este Juzgado al momento de constituirse en realización de la misma el día 11 de mayo obrante a fojas 45 de autos por lo que corresponde que los mismos subsanen en cuanto a su ratificación o rectificación de los términos del mencionado dictamen.

QUE, del análisis del Dictamen del Defensor Público de la Niñez y la Adolescencia, esta Magistratura encuentra pertinente correr traslado de los mismos a la Junta Medica Multidisciplinaria, a los efectos de que la misma se expida al respecto de los puntos que precisan aclaración, permitiendo que el Defensor pueda accionar en representación de la niña de conformidad a las disposiciones del Código de la Niñez y la Adolescencia.

QUE, oída la Señora C.E.F., madre de la menor F. B. S. F. manifestó en acta "... En la Ciudad de Luque, República del Paraguay, a los dieciocho días del mes de mayo del año dos mil quince, siendo las siete y treinta horas, estando presente S.S. la Jueza de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia del Segundo Turno de esta ciudad, Abog. PILI RODRÍGUEZ ORTELLADO, en su sala de audiencias y público despacho, por ante mí la Secretaria autorizante, en el expediente caratulado: "F.B.F.S. S/ MEDIDA CAUTELAR providencia de fecha 15 de Mayo de 2015, comparece a los efectos de ser oída: la señora C.E.F., con C.I. N°....., de nacionalidad paraguaya, estado civil soltera, de 33 años de edad, actualmente recluida en el Buen Pastor. Se deja constancia de la presencia de la Defensora de la Niñez y Adolescencia del Segundo Abogada Diana Ruiz de Negraes designada según Resolución D.G.

Nº 513/15 quien deberá proseguir con la causa hasta su culminación, en reemplazo del Defensor JOSÉ ORUÉ, y la Abogada Gladys María Teresa López Prado Matricula Nº 904. Abierto el acto el Juzgado cede el uso de la palabra a la señora quien manifiesta cuanto sigue: Soy la madre de la niña F.B.F.S. Las abogadas que me hicieron firmar la nota no me asisten, ellas se fueron cuando yo estaba más mal prácticamente se aprovecharon de mí, se fueron a ofrecer a ayudarme, pero no me dijeron del proceso y de lo que iban a hacer, como la fiscal ni me dieron tiempo de nada, cuando yo estaba en el hospital me dijeron que me bridaban su apoyo, ellas no me dijeron para que era esa nota. Cuando más mal estaba me hicieron firmar eso. Mis abogadas son Gladys López y Elizabeth Torales Ecurra, quienes gozan de mi confianza. En relación a la Junta médica realizada a mi hija solicito que la misma sea integrada también por los profesionales de la CRUZ ROJA PARAGUAYA quienes asistieron a mi hija desde el primer momento. Mi hijo mayor W. que tiene 12 años vive con mi padre y mi otro hijo con sus abuelos paternos en Itacurubí. En relación a la asistencia alimenticia hicimos un acuerdo con el padre de mi hija, él le pasa mensualmente 685.000 guaraníes, tengo tarjeta del B.N.F., luego de mucho tiempo logré que se resuelva. Estoy dispuesta a colaborar con la Justicia para que se aclare esto. Estuve con el desgraciado que le hizo eso a mi hija por 8 años, tuve parálisis infantil, pero a pesar de todo salía a trabajar para mis hijos, para que no les falte nada. Mi sueño era tener una casita para vivir con mis hijos. Es 25 es el cumpleaños de mi hija, y quiero compartir con ella, verle al menos un rato, le dije que iba a festejarle este año una pancheada en la escuela con sus compañeras..." este Juzgado entiende que corresponde hacer lugar a sus peticiones, ampliando Junta Medica Multidisciplinaria, con la inclusión de la Doctora Dolores Castellanos que conforme constancias de autos interviene y trata a la niña FBSF desde su fecha de ingreso a la Cruz Roja Paraguaya y posee más datos al respecto de la salud de la niña y su estado de gestación, por lo que podrá aportar opiniones trascendentes al respecto del desarrollo de la unidad biológica.

QUE, el Art. 4 de la Constitución Nacional dispone: “DEL DERECHO A LA VIDA. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica y el Art. 54 del mismo cuerpo legal establece: “DE LA PROTECCIÓN AL NIÑO. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente”, el Art. 68 de nuestra Carta Magna reza: “DEL DERECHO A LA SALUD. El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana.

QUE; la Convención sobre los derechos del niño incorporada en nuestro derecho positivo por la Ley 57/90 en su Art. 3 dispone

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 consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y

competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada y el Artículo 24 entre otras cosas estipula: *“Apartado I, 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 disfrute a esos servicios sanitarios. Apartado II, a) reducir la mortalidad infantil y en la niñez, b) asegurar la prestación de la 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, d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres, f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y a la educación y servicios en materia de planificación de la familia”*.

QUE, el Art 3 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone: *“DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR. Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías...”*, el Art. 9 del mismo cuerpo legal expresa: *“DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS POR NACER. La protección de las personas por nacer se ejerce mediante la atención a la embarazada desde la concepción y hasta los cuarenta y cinco días posteriores al parto. Estarán obligadas a ella el progenitor y, en ausencia de éste, aquellas personas para quienes este Código establece la responsabilidad subsidiaria”*. Igualmente el Art. 10 del estipula: *“DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Será responsabilidad del Estado: a) atender a la mujer embarazada insolvente, a la que se proveerá de alojamiento, alimentación y medicamentos necesarios; ... c) elaborar planes de atención especializada para la protección de la adolescente embarazada, y d) promover la lactancia materna. La mujer embarazada será sujeto de las medidas de asistencia establecidas en este artículo, aun cuando el niño naciere muerto o muriese durante el periodo neonatal”*; respecto del análisis de autos legislativos: *“DE LA OBLIGACIÓN DE LA ATENCIÓN MÉDICA. Cualquier mujer embarazada que requiera urgente atención médica, será atendida*

en la institución de salud más cercana del lugar donde se encuentre. La insolvencia del requirente o la falta de cama u otros medios de la Institución requerida no podrá ser invocado por la institución de salud para preferir o rechazar a la mujer embarazada en trabajo de parto o que requiera urgente atención médica, sin antes recibir el tratamiento de emergencia inicial. La insolvencia y la urgencia del caso no implicarán discriminación en cuanto a su cuidado y asistencia en relación con los demás pacientes”.

QUE, la Ley 836/80 del Código Sanitario: Art. 15) Las personas por nacer tienen el derecho a ser protegidos por el Estado, en su vida y en su salud, desde su concepción. Art. 16) Durante la gestación la protección de la salud comprenderá a la madre y al ser en gestación como unidad biológica Art. 17) El aborto en su calificación y sanción quedará sujeto a las disposiciones de la legislación penal común. Art. 21) Es obligatorio y derecho de los progenitores el cuidado de su salud y la de su hijo desde el inicio de la gestación. Art. 22) El Estado, por su parte, protegerá y asistirá sanitariamente al niño desde su concepción hasta la mayoría de edad. Art. 23) Es responsabilidad de los establecimientos que presten atención obstétrica y pediátrica la identificación, el cuidado, la seguridad y la custodia del recién nacido mientras le dure la internación de la madre o del lactante.

QUE, igualmente las 100 Reglas de Brasilia adoptadas por Acordada de la Corte Suprema de Justicia en su regla (41) dispone: Actuación interdisciplinaria. Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad.

QUE, del análisis de la situación planteada y la legislación positiva en materia de Salud y específicamente como derecho inalienable de los niños y niñas, se puede colegir que igualmente corresponde, como forma de efectivizar y garantizar la atención a la salud de la niña y el feto en desarrollo ya que ambos constituyen sujetos de derecho y por tanto deben ser protegidos en forma inte-

gral por el Estado como responsable de brindar todas las garantías para su desarrollo armónico e integral, disponer la aclaración de los puntos mencionados en el dictamen del Defensor interviniente en su oportunidad por parte de la Junta Medica Interdisciplinaria conformada anteriormente con la inclusión de la Dra. Dolores Castellano medica tratante de la niña F. B. S. F., y siendo la principal función del Estado velar por la salud pública de sus habitantes y lo hace a través del MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y BIENESTAR SOCIAL, órgano competente para la prestación, regulación y supervisión de todos los servicios sanitarios establecidos en el territorio nacional, deberá ser dicha institución estatal nuevamente la encargada de arbitrar los medios y disponer la efectividad de la realización de cualquier disposición en materia de salud en este caso la Junta médica interdisciplinaria conformada por los profesionales ya designados con la inclusión mencionada.

QUE asimismo corresponde analizar en autos las disposiciones del Art. 12 de la CNUDN que entre otras cosas estipula: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

QUE, al respecto las 100 Reglas de Brasilia establece en relación a la participación de niños, niñas y adolescentes en actos judiciales expresando que: *“En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso: Se deberán celebrar en una sala adecuada. Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo. Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares”*.

QUE, ante el avance del desarrollo de estos si bien esta magistratura y la Defensoría de la Niñez y Adolescencia interviniente están al tanto de todas sus necesidades y en contacto constante con la niña FBSF en estado de gestación y sujetos de protección en estos autos, este Juzgado considera oportuno que la misma sea formalmente oída por el Juzgado a fin de plasmar en autos todas sus opiniones en relación a su estado actual.

QUE, en relación al presente proceso cabe mencionar al respecto la regla 38 de las 100 Reglas de Brasilia en cuanto a la "Agilidad y prioridad: se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia" por ello y atenta a que existen total identidad de sujetos y objetos tanto en el presente auto como en los autos primeramente ingresados " F. B. S. F. S/ MEDIDA CAUTELAR DE PROTECCIÓN (ABRIGO)" ante este mismo Juzgado, a fin de evitar confusiones y de concentrar todos los datos para dar una mejor protección de sus derechos a la niña FBSF en estado de gestación, corresponde la acumulación de autos conforme las disposiciones de los Artículos 121, 122, 123 y concordantes del Código Procesal Civil de aplicación subsidiaria en el fuero de la niñez y adolescencia conforme las disposiciones del C.N.A.

POR TANTO; en base a las consideraciones fácticas y legales analizadas, este Juzgado.

RESUELVE:

1) CORRER TRASLADO a la JUNTA MÉDICA MULTIDISCIPLINARIA de las consultas que obran en el dictamen del Defensor Público de la Niñez y la Adolescencia de Luque, a fin de evacuar las mismas y ampliar el dictamen emitido en su oportunidad en un plazo de 24 horas debiendo elevar a este juzgado dicha actuación.

2) DISPONER que los profesionales Licenciado en Psicología MARIO TORRES y la Doctora FANNY CORRALES designados por el Auto Interlocutorio N° 69 De fecha 6 de mayo del 2015 como Miembros de la Junta Medica Multidisciplinaria, comparezcan ante la nueva convocatoria a fin de subsanar las cuestiones de forma cuestionadas por la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia en relación la primera expedición de la misma.

3) AMPLIAR la integración de la Junta Médica Multidisciplinaria, establecida por el Auto Interlocutorio N° 69 de fecha 6 de mayo del 2015 con la Dra. Dolores Castellano, medica tratante de la niña F. B. S. F.

4) ENCARGAR al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social la convocatoria e integración de la Junta Medica Multidisciplinaria, conforme a lo dispuesto anteriormente, debiendo informar inmediatamente a este juzgado las actuaciones realizadas y en consecuencia librar el oficio correspondiente.

5) SEÑALAR fecha y hora a fin de que la niña F. B. S. F. sea oída por este Juzgado y en presencia de la Defensora de la Niñez y la Adolescencia y de la Psicóloga tratante de la misma el en el lugar donde la misma se encuentra albergada.

6) DISPONER la acumulación de estos autos a los autos "F. B. S. F. S/ MEDIDA CAUTELAR DE PROTECCIÓN (ABRIGO)" Año 2015 N° 243-A Folio: 116, tramitado ante este mismo Juzgado y la refoliatura correspondiente, por los motivos expuestos en el exordio de la presente resolución.

7) NOTIFICAR a todas las partes.

8) ANOTAR, registrar y remitir copia a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Magistrado: *Pili Rodríguez Ortellado*, Jueza de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia, 2° Turno de Luque.

Ante mí: *Claudio Torres López*, Secretario.

“RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL ABG. B. S. Z. A. EN LOS AUTOS A. F. Y A. M. s/ HOMICIDIO CULPOSO”. TOMÁS ROMERO PEREIRA

ACUERDO Y SENTENCIA N° 946/2012

En la Ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los siete días, del mes de agosto del año dos mil doce, estando reunidos en la Sala de Acuerdos los señores Ministros de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, **ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, SINDULFO BLANCO y LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA**, ante mí la Secretaria autorizante, se trajo el expediente caratulado: **“RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN interpuesto por el Abog. B. S. Z. A. en los autos A. F. Y A. M. s/ HOMICIDIO CULPOSO en Tomas Romero Pereira”**, a fin de resolver el recurso dirigido contra el Acuerdo y Sentencia N° 247/07/01 del 31 de diciembre de 2007, del Tribunal de Apelaciones, Primera Sala, de Encarnación.

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, resolvió plantear las siguientes:

C U E S T I O N E S:

¿Es admisible el recurso de casación presentado?

¿En su caso, resulta procedente?

A los efectos de determinar un orden para la emisión de las opiniones, se realizó un sorteo que arrojó el siguiente resultado: **Dres. SINDULFO BLANCO, ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA y LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. SINDULFO BLANCO, DIJO: En el proceso penal planteado en el expediente, fueron juzgados M.Á.F.E, auxiliar de enfermería; y, A.C.M.V., Licenciada en Enfermería y Obstetricia; ambas domiciliadas en Tomas Romero Pereira. Por S.D. N° 103/07 del 27 de setiembre de 2007 (ver foja 56 y sgtes. del expediente principal), el Tribunal Colegiado de Sentencia las condenó a la pena privativa de libertad de tres años y seis meses, por la comisión en grado de autoría del hecho punible de homicidio culposo, *“ocurrido en fecha 18 de enero de 2006, en la localidad de María Auxiliadora, del cual resultara victima I. B., madre del feto fallecido, subsumiéndose la conducta delictual de las mismas dentro de las disposiciones del Artículo 107, en concordancia con el Artículo 29 in. 2º, ambos del Código Penal”*.

La Sentencia fue apelada, pero el Tribunal de Apelaciones de Encarnación, Primera Sala, por Acuerdo y Sentencia 247/07/01 del 31 de diciembre de 2007 (ver foja 87 del expediente principal), confirmó el fallo del A-quo en cuanto a la calificación penal, dejando reducida sin embargo la condena a dos años de pena privativa de libertad.

Presentó ante la Corte recurso extraordinario de casación el Abogado B. S. Z. A., por la defensa técnica de A. C. M. V. El Letrado impugnó la decisión de alzada, extrayéndose en lo esencial, que *“la sentencia recurrida viola gravemente el principio de legalidad, pues de ningún modo ha realizado ninguna valoración de que, en la Sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia, se haya establecido que los presupuestos de la punibilidad de homicidio culposo por el cual (sic) ha sido enjuiciada mi defendida, hayan sido expresado debidamente...”* (...).

En cuanto a la impugnabilidad objetiva, se ha recurrido una decisión definitiva del Tribunal de Alzada que pone fin al proceso, según el Artículo 477 del Código Procesal Penal (CPP). El recurso fue presentado dentro de los diez días exigidos legalmente.

En cuanto a la impugnabilidad subjetiva, ha recurrido el abogado defensor, en representación de su cliente, quien tiene una pena privativa de libertad en expectativa de ejecución. Sus agravios responden al inciso 3° del Artículo 478 del CPP, que atribuye como uno de los motivos de procedencia de la casación, la sentencia o el auto manifiestamente infundado. Los motivos de admisibilidad se hallan debidamente acreditados. Debe estarse en consecuencia por la admisibilidad del recurso. **ES MI VOTO.**

A SUS TURNOS, los Doctores ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA Y LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA manifestaron su adhesión al voto precedente por sus mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Doctor SINDULFO BLANCO, dijo: Como fundamentación principal del recurrente, no se ha reparado la errónea aplicación de la ley de fondo seleccionada para juzgar y condenar a su cliente. De esa manera, el Tribunal de Apelaciones omitió realizar el debido control para subsanar los errores de derecho generados en Primera Instancia, que, de haber sido corregidos, devendría necesariamente en la absolución de A. C. M. V. En síntesis, se la procesó por su supuesta responsabilidad en el alumbramiento sin vida, del hijo esperado por la víctima I. B. R. Tanto el Tribunal de Sentencia como el de Alzada, subsumieron su conducta punible en el Artículo 107 (homicidio culposo) y su concordante 29 (autoría), del Código Penal. Pero expresa el abogado defensor, no es posible condenarla por homicidio culposo.

Se extrae, según su argumentación, que el material fáctico acreditado en juicio habría dado por constatada la muerte del feto en el seno materno. Aludió en cuanto al tema que *“partiendo desde el mismo concepto de homicidio, entendida esta expresión como “muerte causada a una persona por otra”, conforme lo define el diccionario de la lengua española, concepto este recogida (sic) en las disposiciones en los arts. 105 y 107 del Código Penal, que en las partes pertinentes de los mismos respecto a la definición de HOMICIDIO expresan: “el que mata a otro...” Y “el que por acción culposa causara la muerte de otro...”*, establecen claramente que el sujeto pasivo o víctima de un hecho de homi-

cidio es una persona previamente viva que luego resultara muerta y que es definido como el "otro", mencionado en los Artículos 105 y 107 del Código Penal.

De lo expuesto, cabe preguntarse entonces si efectivamente, la constatación fáctica dio por acreditada o no la muerte del feto en el seno materno. La respuesta es afirmativa. Efectivamente, en la Sentencia de juicio se lee: "el día 18 de enero del 2006, las acusadas M. Á. F. y A. C. M. V., iniciaron los trabajos propiamente tendientes al alumbramiento esperado por I. B. R... Las dos acusadas fueron coincidentes en señalar que la parturienta no pujaba convenientemente según le indicaban... Ante esta dificultad las dos acusadas, conjuntamente utilizaron métodos mecánicos manuales o corporales, ya que seguían insistiendo en extraer el bebé virtualmente ya a la fuerza, al punto que un momento dado, recurrieron a un poco ortodoxo método de trabajo, concretamente A. C. M. V., se subió sobre el abdomen de la parturienta, a hacer fuerza con su propio cuerpo a fin de facilitar el nacimiento del bebé, mientras su colega hacía similar su violencia y la fuerza que se imprimió en ellas, desembocó (sic) en la rotura de la bolsa amniótica y la contaminación del líquido contenido en ésta por materia fecal expedida por el bebé, debido a la fuerza exterior que debía soportar. Esta contaminación, que produce un color verdoso en el líquido amniótico, según lo destacó el Dr. R. M., fue detonante para que él bebe que se intentaba hacer nacer absorbiera ese líquido envenenado y le produjera la muerte por asfixia perinatal... En un momento dado las profesionales que asistían en el parto se percatan de tal evento contaminante y de sus consecuencias, que obviamente producirían la muerte del bebé en contados minutos o segundos, y alarmadas y asustadas se trasladan inmediatamente al consultorio del Dr. R. M..., pero lamentablemente, todo resultó tarde e infructuoso, dado que según lo indicó el referido médico, al realizar los exámenes de práctica que requería el caso, pudo constatar que el bebé, que todavía se hallaba en el seno materno, ya había muerto... Una vez en su consultorio, la mujer parturienta, realizó las tareas propias de un parto y en el lapso de treinta minutos más o menos, logró extraer –por parto norma- del seno materno al bebé,

lamentablemente ya sin vida. Este hecho contrasta notoriamente con el acto profesional de las dos acusadas que estuvieron en tal tarea, más o menos desde las 13 horas, desde el día 17 al 18 de enero, sin que pudieran obtener resultados favorables... Las acusadas conocían o debían conocer ese riesgo, lo que conduce a deducir que lo más razonable era que cuando comenzaron las complicaciones del parto en el cual intervenían, en su inicio, ya debían adoptar las medidas que el deber de cuidado de su profesión les impone (Principio de previsibilidad). En este caso, podían haber derivado a la paciente al hospital de la ciudad... y no arriesgarse a un parto que se presentaba difícil, complicado, de imprevisibles consecuencias...”.

Para el Tribunal de Alzada, el agravio de la parte recurrente pretende introducir una suerte de confusión de señalar que no están constituidos los elementos del tipo de homicidio culposo sino más bien de aborto, cuando que el aborto es la interrupción del embarazo antes del tiempo en que el feto pueda nacer con vida, pero si el embarazo está completo, el proceso de gestación se haya concluido e inicia el proceso de parto, su muerte con relevancia penal, no puede ser considerada como aborto, sino como homicidio.

Por el Dictamen N° 234 del 06 de marzo de 2009, el Fiscal Adjunto Abog. Humberto Insfrán, en aplicación del criterio de objetividad que rige la actuación del Ministerio Público, se allanó al pedido de la defensa, pues corroboró que los cuestionamientos del recurrente en relación a la calificación de la conducta de la condenada A. M., reflejaban un *vicio in iudicando* –error en la aplicación del derecho. Concluyó que por decisión directa y por correcta aplicación del derecho, no existía otra posibilidad que no fuera la absolución de la acusada.

Procede el escrito de aplicación directa para resolver la casación, de conformidad al Artículo 474 del CPP. Por otro lado, y en lo que al aspecto principal se refiere, el análisis de la cuestión planteada revela efectivamente la incorrecta subsunción de la conducta de la condenada, dentro del tipo penal de homicidio culposo. Al

decir del Fiscal Adjunto, quien se allanó al recurso, la conducta adecuada al *factum* habría sido la de aborto. Pero como el Tribunal de mérito determinó que el resultado de la muerte del feto dentro del seno materno se debió al comportamiento negligente de la acusada, y el hecho punible de aborto no sanciona la conducta culposa, no queda otra posibilidad que la absolución de culpa pena.

Visto el tema de esta manera, cabe subrayar que, en normativa penal, el tipo de homicidio reconoce como componente para la tipicidad el atentado contra la vida de un ser humano vivo. Trasladando este axioma al caso concreto, resultaba un requisito indispensable que el bebé esperado nazca con vida, para luego producirse su muerte; eventualidad que no aconteció. Corresponde en consecuencia, hacer lugar al recurso intentado, en el sentido de anular, por la configuración del *vicio in iudicando* relativo a la tipicidad penal, las Sentencias del Tribunal de Apelación y del Tribunal Colegiado del Juicio; en consecuencia, disponer por esa circunstancia la absolución de culpa y pena de la acusada A.C.M.V. **ES MI VOTO.**

A su turno la MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA dijo: Disiento con el voto del Ministro Preopinante Sindulfo Blanco, conforme a las siguientes consideraciones:

La discusión sobre la cual gira el Recurso Extraordinario de Casación consiste *en una errónea aplicación* del Artículo 107 del C.P.

A fin de esclarecer la cuestión legal debemos tener presente que la *Protección a la Vida humana* se halla garantizada por la Constitución Nacional desde su concepción, cualquiera sea su etapa de desarrollo, es decir, desde que es concebida por medio de la unión de las células germinales, que marca el inicio de ese desarrollo hasta que se acaba con la extinción del funcionamiento orgánico (muerte).

El Artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, efectuada en Bogotá, Colombia, en 1948, y sus-

crita por Paraguay, con plena vigencia en la actualidad, establece que *“todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona”*, pues todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos determina que Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Art. 4º Pacto de San José de Costa Rica. Téngase presente que como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección legal, tanto antes como después del nacimiento”–Preámbulo párrafo 9–. Esta consideración de “niño” desde su concepción hasta los 18 años, la repite nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia –Ley 1680/01– estimándolo como persona menor de edad, garantizándole su derecho a la vida, desde el momento mismo de la concepción, debiendo el Estado garantizarle y protegerle este derecho, con políticas económicas y sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo integral –Artículo 9–. Conforme a la plataforma legal plasmada corresponde enmarcar el concepto de “persona” a todo ser humano vivo desde que es concebido, recalcando, en lo que es de interés para la causa en estudio que “el ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida a que no se le prive de ella – formulación negativa– pero también a exigir de otras conductas positivas para conservarla. Sobre tales principios, el Código Penal contempla como delitos contra la vida humana, el homicidio en sus diversas modalidades doloso y culposo, la incitación al suicidio y el aborto sin contemplar la modalidad culposa.

En cuanto al homicidio se sanciona con penas más graves a la vida de las personas después del nacimiento y respecto al aborto, se protege la vida humana en germen. El Artículo 105 *ibídem*, sanciona a quien matare a otro. Por su parte, la norma contenida en los Arts. 349, 350, 352 del Código Penal vigente al momento del hecho (derogado por el Art. 2º de la Ley 3.440/08) se refiere al que con una conducta dolosa causare un aborto, es decir, el causare la muerte del feto.

Ahora bien, la cuestión principal en el presente caso consiste en determinar desde que momento es considerado una persona viva a los efectos de determinar el elemento objetivo del “otro” en el tipo penal del homicidio a los efectos de la teoría del hecho para la correcta aplicación de la norma sustancial.

Siguiendo el análisis, el Código Penal no define el elemento objetivo del “otro”, en ese sentido se advierte que el Código Penal (sin las modificaciones posteriores) parten de una clara distinción entre los conceptos de “otro” (sujeto pasivo de la figura de homicidio, ya sea doloso o culposo), y de “feto” (sujeto pasivo de las figuras de aborto). Sin embargo, la diferencia entre ambos corresponde dicha labor al operador jurídico de tal manera deberá echar mano a varias herramientas hermenéuticas, entre las cuales obviamente se encuentra la *doctrina* que informa esas normas penales sustantivas.

Ahora bien, la doctrina se halla dividida respecto al punto controvertido, una, establece dicha distinción a partir de varios criterios, todos los cuales indican que el feto (que no por ello pierde la calidad de “*ser humano*”) no va a adquirir la condición de persona sino a partir del *nacimiento*. En realidad, este último concepto es el que no resulta pacífico en la doctrina, pues al respecto existen varias posiciones. (Derecho Penal, Parte Especial 1, Pág. 10/11 Carlos Creus y Jorge Eduardo Boumpadre).

La segunda posición exige para la existencia de homicidio la total separación del claustro materno evidenciada por el corte del cordón umbilical (así: Muñoz Conde...). Una tercera posición señala que lo decisivo es que la criatura haya salido totalmente del claustro materno, independientemente protegido en los delitos de aborto en la vida del producto de la concepción. La protección a través del delito de aborto se extiende desde la concepción hasta la expulsión del seno materno, a partir de este último momento la protección es por medio del delito de homicidio...”.

Esta es la posición asumida por el impugnante, quien argumenta que en vista que el niño falleció dentro del seno materno, (cuando aún no había sido expulsado ni separado completamente

de la cavidad uterina), no llegó a adquirir la condición de “*persona*”, de tal manera que por tratarse de un “feto” no estaríamos ante un delito de homicidio culposo sino a lo sumo ante la figura el aborto culposo y al no estar tipificado la modalidad culposa para el aborto, resulta la atipicidad de la conducta.

Si bien dicho planteamiento (seguido por el preopinante) es respetado por esta Magistratura, la misma no lo comparte, pues más bien se ha inclinado por la tesis la que lleve la protección jurídico penal un poco más atrás, al entender que –a efectos de determinar la correcta calificación jurídica del hecho– existe *nacimiento* desde aquel momento en que, habiendo adquirido el producto de la gestación la madurez necesaria, se da inicio al *proceso* de alumbramiento.

En este sentido debe aclararse que el nacimiento no es un acto único, concreto y determinado, sino todo un *proceso* que da inicio cuando el infante ha adquirido la madurez necesaria y se presentan las contracciones uterinas; cuando éstas se inducen artificialmente; o cuando se da inicio al proceso de extracción quirúrgica.

Conforme a los hechos descriptos y acreditados por el Tribunal de Merito se destaca: “...en un momento dado las profesionales que asistían en el parto a I. B. R., se percatan de tal evento contaminante y de sus consecuencias, que obviamente producirían la muerte del bebe en contados minutos o segundos y alarmados y asustadas se trasladan inmediatamente al consultorio del Dr. R. M. para contar con la intervención de un profesional médico idóneo en la materia pero, lamentablemente, todo resulto tarde e infructuoso, dado que según el referido médico, al realizar los exámenes de práctica se constata que él bebe, **que todavía se hallaba en el seno materno, ya había muerto...**”.

De acuerdo al relato factico, el Tribunal de Merito conforme al relato de los hechos concluyo que el feto había fallecido en el vientre de la madre durante la realización de los trabajos de parto, es decir, se había iniciado los trabajos de parto. Por este motivo se reprocha como Homicidio Culposo la conducta desplegada por las

acusadas, puesto que el feto es considerado como producto de la concepción, desde que pasa el periodo embrionario *hasta el momento del parto*. No cabe en consecuencia, el agravio referente que, en el caso de autos, no se mató a una persona viva, puesto que el actuar culposo de las imputadas segó la vida de un “otro” conforme al criterio asumido por esta Magistrada, pese a que su muerte, ciertamente, se dio dentro del útero de su madre, ya se había dado inicio al inicio del parto, de allí que no resulten de recibo los alegatos expuestos en cuanto a la pretendida atipicidad en la conducta desplegada. Si bien es cierto, la doctrina diferencia el concepto de Aborto, desde la óptica penal, de la concepción meramente médica, para los efectos penales, el aborto puede definirse como la interrupción violenta e ilegítima de la preñez, mediante la muerte de un feto inmaduro, dentro o fuera del útero materno –ver Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV. Reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1989, página 140– Esta definición es importante para comprender los alcances de la figura penal de Aborto, a efecto de poder distinguirlo del Homicidio; así, el primer elemento que caracteriza el delito de Aborto *es la interrupción del embarazo o gestación*, en donde la mujer *pareantes del tiempo en que el feto puede vivir*, de modo que si el embarazo está completo, el proceso gestativo ha concluido, el feto está maduro e inicia el proceso de parto, su muerte con relevancia penal, no puede ser considerada como Aborto, sino que constituye un Homicidio, ya sea de ser considerada como Aborto, sino que constituye un Homicidio, ya sea de carácter doloso o culposo. La doctrina, entre la que se incluye la italiana, argentina y parte de la española, perfectamente aplicable en nuestro medio contrario a lo que señalan los recurrentes, establece que la línea que divide el ámbito de protección entre el homicidio y el aborto, debe trazarse *en el comienzo del nacimiento*, extendiéndose en consecuencia la protección del homicidio y las lesiones a aquellas acciones que producen su resultado durante el nacimiento, es decir, que la protección de la vida de las personas después de ese hecho es más amplia –Bacigalupo, Enrique. Los delitos de Homicidio. Monografías Jurídicas. Editorial Temis. Bogotá. Colombia, 199. Reimpresión, pp. 6 y

7-. El inicio del nacimiento principia con las contracciones expulsivas, y en los casos en que el alumbramiento no se produce espontáneamente por las contracciones del útero, como cuando se recurre a la cesárea, por ejemplo, el comienzo del suceso está marcado por el inicio de la operación, es decir, por la práctica de la incisión en el abdomen, no siendo necesario aguardar hasta la apertura quirúrgica del útero. Asimismo, en los supuestos en que las contracciones expulsivas son inducidas por algunas de las técnicas médicas al respecto, el comienzo del nacimiento será el de la ejecución de la técnica concreta de inducción –Bacigalupo. Op. cit., pp. 16 a 17-. Otros autores fijan también ese hecho desde el comienzo de los dolores o desde el proceso del parto hasta el momento de la completa separación, o bien desde el proceso del parto, incluyendo a aquel sin dolor o artificial –Varela, Bernardo C... Homicidio Simpe. Buenos Aires. Lerner 1968, página 19 –De allí que podamos concluir que *las acciones ejercidas contra el feto durante el proceso del parto constituyen Homicidio y las acciones ejercidas contra el feto, con anterioridad a ese proceso, constituyen aborto*, en ambas situaciones estaremos frente a una persona, protegida constitucional y legalmente. En consecuencia, la protección de la vida de las personas, sancionable desde la óptica de la figura penal del Homicidio, principia desde el comienzo del nacimiento, no resultando necesario que la criatura sea viable, ni que incluso haya sido separada del seno materno, pues ese es precisamente el periodo comprendido en la expresión durante el nacimiento”.

Así las cosas, es claro que el planteamiento de fondo se esboza en el presente recurso, resulta improcedente el Recurso Extraordinario de Casación, interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 247 del 31 de Diciembre de 2007, dictado por el Tribunal de Apelaciones, en lo Penal, Primera Sala de la circunscripción judicial de Encarnación. Imponer las costas en el orden causado por ser una cuestión novedosa que requirió interpretación legal. Es mi voto.

A su turno el MINISTRO LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA manifiesta que se adhiere al voto de la MINISTRA ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA por los mismos fundamentos.

Con lo que se dio por terminado el acto firmado S.S.E.E., todo por ante mí de que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

Ante mí:

ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: Novecientos cuarenta y seis

Asunción, 7 de Agosto de 2012.

VISTO: Los méritos del Acuerdo que antecede, la;

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL

R E S U E L V E:

1) DECLARAR ADMISIBLE a estudio y resolución, el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Abogado B. Z. A., en representación de la acusada **A. C. M. V.**, en el proceso por supuesto homicidio culposo en T. R. P.

2) NO HACER LUGAR por improcedente el Recurso Extraordinario de Casación, interpuesto contra el Acuerdo y Sentencia N° 247 del 31 de Diciembre de 2007, dictado por el Tribunal de Apelaciones, en lo Penal, Primera Sala de la circunscripción judicial de Encarnación.

3) IMPONER las costas en el orden causado.

4) ANOTAR, registrar y notificar.

Ministros: *Sindulfo Blanco, Alicia Beatriz Pucheta de Correa y Luis María Benítez Riera.*

Ante mí: *Karina Penoni de Bellasai, Secretaria Judicial.*

JUICIO: “N. G. C. c/ CENTRO MATERNO INFANTIL HOSPITAL DE CLÍNICAS S/ AMPARO CONSTITUCIONAL”. SAN LORENZO

SD N° 584/2011

San Lorenzo, 03 de Noviembre de 2011.

VISTO: El juicio de amparo constitucional promovido por el Señor W. B. I., de los que:

R E S U L T A:

Se ha promovido amparo constitucional, por el Señor W. B. I., bajo patrocinio de abogada, en nombre y representación de su esposa la Señora N. G. C., de conformidad al Artículo 134 de la Constitución Nacional, y los Artículos 565 y siguientes del Código Procesal Civil contra el Centro Materno Infantil de San Lorenzo Hospital de Clínicas Campus Universitario de San Lorenzo de la Universidad Nacional de Asunción-UNA, el 24 de octubre de 2011 (fs. 40/43).

De fs. 3 a fs. 39 de autos obran documentos presentados por el amparista.

Por providencia del 24 de octubre de 2011, el Juzgado tuvo por presentado al recurrente en el carácter invocado y por constituido su domicilio en el lugar señalado, en virtud de la invocación del Artículo 60 del CPC y tuvo por iniciada la presente acción de Amparo Constitucional que deduce W. B. I. en representación de

su esposa N. G. C. contra el Centro Materno Infantil de San Lorenzo. Se requirió un informe circunstanciado acerca de los antecedentes del caso de conformidad al Artículo 573 del CPC. Se ha señalado audiencia para el 28 de octubre de 2011, a fin de que las partes sean oídas por el Juzgado. Se ha habilitado días y horas inhábiles.

A fs. 51 de autos se han denunciado hechos nuevos y se ha solicitado una medida de urgencia.

El Juzgado a fs. 53 de autos ha proveído en atención a la solicitud de medida de urgencia planteado por el Señor W. B. I. y solicitado una junta médica para la emisión de un dictamen del Comité de Bioética presidido por el Doctor Enrique De Mestral con relación al pedido de interrupción del embarazo.

A fs. 54 de autos se halla la cédula de notificación del amparo al Centro Materno Infantil de San Lorenzo.

A fs. 55 de autos se ha agregado una cédula de notificación dirigida al Hospital de Clínicas.

Se ha agregado el informe del Comité de Bioética del Hospital de Clínicas a fs. 56/58.

Obran pruebas documentales a fs. 59/71 presentadas por el representante legal del Materno Infantil de San Lorenzo, Dr. Carlos Bataglia Araujo.

Se ha presentado el informe requerido al Materno infantil de San Lorenzo, a fs. 72/76, a través del representante legal del Materno Infantil de San Lorenzo, el 28 de octubre de 2011.

A fs. 77 de autos el Juzgado ha oído a las partes y recibido las pruebas pertinentes al caso.

A fs. 78 de autos obra el oficio dirigido a la Ministra de Salud Pública y Bienestar Social, Doctora Esperanza Martínez a los efectos de que emita un Dictamen Bioético sobre la protección de la vida de la madre y de la persona por nacer.

A fs. 79 de autos, se agregó el oficio dirigido a los representantes de la Organización Panamericana de la Salud.

El oficio dirigido al Presidente de la Corte Suprema de Justicia Doctor Luis María Benítez Riera, se halla glosado a fs. 86 de autos. Así mismo el oficio 1158, de fecha 28 de octubre de 20011, se ha agregado a fs. 81 de autos.

A fs. 84/85 se ha glosado el informe remitido por la Organización Panamericana de la Salud.

El informe remitido por la Ministra de la Salud se ha agregado a fs. 86/91 de autos.

De fs. 92 a 96 de autos se han agregado todos los oficios diligenciados y el escrito presentado bajo patrocinio de la abogada Natalia Torres Méndez por el Señor W. B. I.

A fs. 97/98 de autos se ha presentado: el sobre que contiene el interrogatorio para la declaración del testigo propuesto por el amparista: el Dr. Vicente Bataglia Doldán.

Se han presentado documentos a fs. 99/118 en fecha 31 de octubre del corriente año, por el Doctor Vicente Bataglia Doldán.

A fs. 119/ 120 ha prestado declaración testifical el Doctor Vicente Bataglia Doldán.

La Corte Suprema de Justicia ha remitido todos los informes requeridos por el Juzgado el 31 de octubre del corriente año y se agregaron a fs. 121/129.

El 01 de noviembre de 2011, el Juzgado ha designado por providencia a dos psicólogas forenses dependientes del Poder Judicial para que asistan a la paciente N. G. C., fs. 131.

Por A.I. N° 331 del 01 de noviembre de 2011, el Juzgado, a pedido del amparista ha conformado una nueva junta médica integrada por peritos médicos forenses dependientes del Poder Judicial, fs. 132 de autos. Los mismos han aceptado el cargo y han emitido su dictamen, el que fue agregado el 02 de noviembre.

A fs. 137 de autos se halla glosado el informe psicológico remitido por las profesionales designadas para realizar el acompañamiento de la paciente.

A fs. 138/141 de autos se presentó el señor W. B. Y a los efectos de agregar carta poder y acreditar la representación invocada.

A fs. 142/146 de autos obra el Poder General que otorga el Centro Materno Infantil - Hospital de Clínicas de la Ciudad de San Lorenzo a favor del Abog. JUAN VICENTE FRETES. Dicho profesional ha ratificado las actuaciones hechas por el Abog. CARLOS BATAGLIA ARAUJO en el mismo escrito.

CONSIDERANDO:

La promoción de la Garantía Constitucional del Amparo presentado el 24 de octubre de 2011, por el Señor W. B. I. en representación de su Señora esposa N. G. C. y con el patrocinio de la Abogada Natalia Torres Méndez contra el Centro materno Infantil - Hospital de Clínicas Campus Universitario de San Lorenzo Universidad Nacional de Asunción.

El escrito de Amparo, fs. 40/43, en la parte sustancial dice que: "mi esposa N. G. C., con quien estoy casado desde el 17 de febrero de 2007 quedó embarazada, noticia que nos puso muy felices y así empezó su tratamiento prenatal en el Hospital de Clínicas de Sajonia aparentemente todo normal, hasta que sintió unas molestias, se hizo los estudios y le diagnosticaron embarazo ectópico tubárico, los médicos me explicaron que se trataba de un embarazo anormal que ocurre por fuera de la matriz y que él bebe no puede sobrevivir y que se tenía que extraer la célula en desarrollo para salvar la vida de mi esposa..."; por esta razón fue intervenida quirúrgicamente realizándose la paroscopía exploradora y se le practicó una salpingostomía, explicando los médicos que procedieron a extraer el embrión. Le dieron el alta con la indicación de realizarse una ecografía transvaginal. Así el 04 de octubre del corriente año, en el Instituto Cotas Thompson se le practica la Ecografía, donde nuevamente para nuestra sorpresa constataron que, en el fondo del saco de Douglas, se hallaba un embrión de 7,5 de desarrollo,

con actividad cardiaca positiva con ritmo regular. Frecuencia cardiaca de 150 latidos por minuto. Posteriormente los médicos de Clínicas nos explicaron que hubo un embarazo de mellizos. Posteriormente recomendaron el traslado al Centro Materno Infantil de San Lorenzo donde mi esposa se encuentra internada, con aproximadamente 10 semanas de gestación y hace más de 20 días. En este hospital ya le practicaron todo tipo de estudios. Finalmente, los médicos recomendaron de urgencia un procedimiento quirúrgico para extraer el embrión explicándome que este tipo de casos la mortalidad fetal es del 100 %. Luego de muchos estudios y consultas realizadas los médicos del Materno infantil de San Lorenzo, nos solicitaron una orden judicial para realizar el procedimiento a pesar de haber dado nuestro consentimiento para la realización de la cirugía con sentimientos de mucho dolor". "Por lo cual se apela a la justicia, promoviendo esta Acción de Amparo Constitucional. Se solicita como medida de urgencia se proceda al estudio del estado actual de gestación del embrión, así como de la madre y en consecuencia practique el procedimiento médico quirúrgico que corresponda, según el protocolo médico establecido para este caso en particular".

El juzgado por providencia del 24 de octubre de 2011, tuvo por iniciado el Amparo, conforme al Artículo 60 del CPC, y solicito informe al Materno Infantil de San Lorenzo, a su vez señaló audiencia a las partes para la presentación de sus pruebas, fs. 44 de autos.

Ante un nuevo pedido de urgencia realizado el 25 de octubre del corriente año, por el amparista, fs. 51/52, el Juzgado dispuso la realización de una junta médica constituido por el Comité de Bioética del Hospital de Clínicas de San Lorenzo y se solicitó una recomendación al Juzgado para salvar la vida de la madre y del embrión o feto, en el plazo de 24 horas.

El Comité de Bioética del Hospital de Clínicas ha respondido en el plazo establecido por el Juzgado, y ha dicho: "En una situación difícil como la actual y sin disponer de evidencias sobre el tema (tanto sobre la viabilidad del feto o del riesgo para la madre),

es difícil llegar a un consenso unánime. La opinión de los miembros del comité es como sigue: La Doctora Julia Rivarola dice: La unión del óvulo con el espermatozoide constituye la concepción y el inicio de una vida humana y tiene la dignidad de una persona humana. Este embrión tiene 11 semanas con todos sus órganos formados y en este momento la madre no presenta complicaciones como hipotensión ni dolores abdominales. Por lo tanto, recomienda: la "Expectación Armada" hasta la viabilidad del feto (32 a 34 semanas). Tan pronto exista una complicación, como la aparición de un síndrome de abdomen agudo, se debe intervenir quirúrgicamente en el momento. Se recomienda el traslado al IPS. El Dr. Umberto Mazzotti adhiere a estos términos y pone de relieve la virtud de la prudencia que indica que existiendo un servicio que tiene mejores condiciones para la atención de este tipo de paciente, debe ser trasladada a IPS. El profesor Dr. Enrique de Mestral opina: si bien existen casos anecdóticos de fetos viables, esto no se puede imponer como norma para todos estos embarazos con riesgo netamente aumentados para la madre. Como en este momento no hay complicaciones y los padres desean el niño, se puede continuar el control cercano del embarazo en un medio adecuado, tienen IPS, En todo caso si sobreviniese cualquier signo de sangrado interno, se debe proceder con lo que las reglas de la práctica médica indiquen en ese momento. La Doctora Elena de Mestral adhiere al respecto de la vida del binomio madre feto asegurando la atención en un servicio adecuado".

Esta Magistratura infiere claramente que el informe antes transcrito concluye que se debe proseguir con el embarazo, hasta tanto surja una complicación en la madre. Recomienda el respeto a la vida del binomio madre feto en un medio como el IPS.

El Doctor Carlos Bataglia Araujo en nombre y representación de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de Asunción, viene a evacuar el informe solicitado por el Juzgado y dice: "recibidas expresas instrucciones de mi principal en tiempo y forma vengo a evacuar el informe con relación al Amparo promovido y en la parte pertinente menciona, luego de explicar la situación médica completa de la paciente N. G. C.: " Se ha informado a

la paciente el 24 de octubre de 2011 que el Hospital de Clínicas de San Lorenzo cuenta con personal calificado (gineco-obstetras), pero no así de otras especialidades, pues los servicios quirúrgicos absolutamente necesarios dada la complejidad de su cuadro clínico se encuentran ubicados en el local del Hospital de Clínicas de la Capital, sito en el B° San Antonio, a poco más de una hora de distancia en automóvil. Tampoco el Hospital de Clínicas San Lorenzo dispone del entorno habilitante de apoyo que garantice la adecuada atención de su caso de embarazo ectópico abdominal y menos aún en el supuesto de una emergencia derivada del proceso de gestación que pudiera poner en riesgo su salud. Así mismo le informo que la conducta del Plantel Médico de la Cátedra cumple fielmente lo que establece la Constitución Nacional en el Artículo 4: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción" Y concluye el informe diciendo que: "dicho servicio no cuenta en este momento con todo el equipo necesario para enfrentar una complicación aguda, como cirujano vascular, transfusionista, terapeuta, coloproctólogo, urólogo. Se recomienda el traslado a una institución que permita una atención integral en todos esos aspectos. Recomendamos IPS.

En la audiencia llevada a cabo por esta Juzgadora, el 28 de octubre de 2011, la parte requerida presentó el informe antes copiado en las partes esenciales y el Señor W. B. I. acompañado de su abogada la Doctora Natalia Torres Méndez, solicitaron como prueba la declaración testifical del Doctor Vicente Bataglia y la constitución de una nueva junta médica conformada por Médicos Forenses dependientes de la Corte Suprema de Justicia. El Juzgado dispuso que la Ministra de Salud la Doctora Esperanza Martínez, emita un dictamen como máxima autoridad en materia de salud, a partir de la conformación de una Junta Medica Bioética a fin de proteger la vida de feto en gestación y de la madre. Se ordenó por el Juzgado la asistencia psicológica a pedido del marido de la Señora N. G. C.

El 29 de octubre, dentro del plazo establecido por el Juzgado, la Ministra de Salud, la Doctora Esperanza Martínez ha remitido a

esta Magistratura el dictamen bioético al respecto de la cuestión de fondo suscitada y puntualmente sobre la posibilidad de proteger la vida de la madre y de la persona por nacer. El informe dice en la parte pertinente: "Habiendo analizado la ficha clínica y personal completa de la señora N. G. y extensa bibliografía sobre casos de embarazos ectópicos abdominales: se pasa a exponer cuanto sigue: "La señora N. G. ya ha sido sometida a un tratamiento quirúrgico sin que el mismo pudiera obtener la resolución del caso debido a la patología de base que presenta: endometriosis severa con adherencias de todos los órganos intra pélvicos: pelvis congelada. Por ello consideramos poco prudente esperar que se presente una complicación que en este caso en particular podría ser sumamente grave porque implicaría la lesión de órganos vitales como los grandes vasos sanguíneos de la pelvis, que conducirían a una hemorragia incoercible que podría llevar a la muerte a la paciente. Todo embarazo ectópico es riesgoso para la vida de ambos y sólo excepcionalmente los embarazos abdominales llegan a edades gestacionales viables. El comité entiende que lo más conveniente es la remoción quirúrgica terapéutica del embarazo actual de la señora N. G. en la brevedad posible. Firma este informe la Dra. Raquel Escobar, el Dr. Pedro Pablo Guanes, el Padre Gabriel Insaurralde, La Doctora Margarita Ferreira, el Abogado Gustavo Irala Villar, el Dr. Vicente Acuña Appleyard, el Dr. Roberto Kriskovich, la Dra. Marta Ascurra y Don Alcibíades González Delvalle.

El informe copiado precedentemente recomienda a esta Magistratura, sin equívocos, a la remoción quirúrgica del embarazo de la Señora N. G., en la brevedad posible. Por lo cual el Juzgado cuenta con dos informes médicos bioéticos contrarios, el primero sugiere la continuidad del embarazo con control especializado (fs. 57/58) y el segundo recomienda la interrupción del embarazo (fs. 86/91).

El tercer informe (fs. 134/136) petitionado por el actor del amparo, integrados por los Médicos Forenses dependientes de la Corte Suprema Doctores Francisco Molinas Koy, Nora Rodríguez de Paniagua y Cecilia Rodríguez Rodas han concluido: "que se considera feto viable a partir de las 27 semanas de gestación, de

acuerdo al caso de la paciente N. G., en donde la edad gestacional es de 12 semanas, el producto feto, se encuentra en la categoría de inviable. En cuanto al riesgo de vida de la madre dicen: "Toda gestación eutócica y ectópica conlleva riesgos de vida para la madre. En este caso de la paciente N. G. el porcentaje de complicaciones como hemorragias e infecciones es elevado y con ello se aumenta la morbi mortalidad materna.

El último informe citado precedentemente, no recomienda la prosecución ni la interrupción del embarazo. Responde a los puntos de la pericia, sin sugerir los supuestos antes recomendados por las dos juntas médicas.

El informe psicológico obrante en autos, copiado en la parte pertinente dice: "...En este momento se evidencia en la misma buena adecuación a la realidad y clara conciencia de sus actos. Emocionalmente se halla hipersensible, angustiada, ansiosa y con gran incertidumbre ante las decisiones a tomarse a nivel jurídico. La señora N. G. C. conoce los peligros que implica su estado gestacional y asume claramente los riesgos a correr ...".

En la declaración testifical prestada como Jefe de la Cátedra y Servicios del Hospital de Clínicas Gineco-obstétrica de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de Asunción, el Doctor Vicente Mario Bataglia Doldán, ante el Juzgado, (fs. 119/120), el 31 de octubre del corriente año, el mismo exhaustivamente y en forma detallada explica a esta Juzgadora con documentos que avalan su declaración testifical, la audiencia copiada en la parte pertinente dice: "PREGUNTADO: Diga el testigo si tiene conocimiento del embarazo ectópico en Fondo de Saco de Douglas, diagnosticado a la paciente N. G. C., que estuviera internada y tratada en el centro Materno Infantil del Hospital de Clínicas de San Lorenzo, y en caso afirmativo, refiera al Juzgado circunstanciadamente todo cuanto sepa al respecto. Dijo: Si, tengo conocimiento, un embarazo es normal cuando está implantado dentro de la cavidad uterina, cuando no, se llama embarazo ectópico. Se puede localizar en el cérvix, intersticial, en la trompa se puede localizar en el ísmico y ampular, en el ovario o en la cavidad libre

(abdominal). El caso que nos ocupa es un embarazo ectópico abdominal, no hubo embarazo gemelar, hubo uno solo, se produjo un aborto tubárico y se implantó en el fondo del saco de Douglas de manera espontánea, se reimplantó y le rodeo el epiplón, y se produjo el plastrón (protege y limita el embarazo fuera de los otros órganos). Estaba en la trompa y se expulsó y se ubicó en el saco de Douglas. Es un embarazo ectópico abdominal secundario o persistente, ubicado en el fondo del saco de Douglas, está vivo en la cavidad libre. Cuando ocurre esta circunstancia, en diversos congresos se estudiaron ocho casos entre los años 57 al 70, se da un caso por cada 3187 partos, de las ocho mujeres ninguna murió, todas salieron en perfecto estado de alta, los embarazos fueron de tercer mes a noveno mes, hubo un solo feto vivo que después falleció a los diecisiete días. Es de recalcar que estos embarazos casi en 95% eran quirúrgicos, ahora ya hay tratamiento médico, la cirugía es mucho más delicada porque es un ser que no está en un lugar donde debe estar. En el tercer congreso del 66, se presentaron dos casos del Hospital de Barrio Obrero, uno vivo y que salió de alta con su madre, mortalidad materna 0. El quinto congreso paraguayo de ginecología obstetricia, se presentaron tres casos del IPS, que había llegado de término, dos había llegado con feto vivo y uno con feto muerto, mortalidad materna 0. El segundo caso de ese congreso presentó en Dr. Ruoti (1984), presentó un caso privado de una mujer que tuvo un embarazo abdominal que después tuvo una complicación y se le sacó un feto, la misma mujer tuvo nuevamente un embarazo abdominal con un feto de 750 gramos, mortalidad materna cero. El sexto congreso (1988) se hizo una revisión del 77 al 86, ocho casos, fetos pequeños, y muertos seis, fetos vivos dos, posteriormente fallecidos por malformación. Las estadísticas nuevas hablan de un 20% de malformación, que no es significativo estadísticamente, es normal. En los ocho casos sin muerte materna y con un feto vivo. En la Cruz Roja hubo tres casos, se encontró un embarazo abdominal por cada 5180 partos, entonces se tomaron tres casos, dos casos eran gemelares, la mortalidad materna cero. De los 26 casos en los congresos paraguayos, no murieron ninguna madre, de los veintiséis hay seis fetos vivos y uno que llegó a tér-

mino, pero falleció por embarazo prolongado. A nivel internacional tenemos que las estadísticas nuevas, de 1809 a 1993, los embarazos abdominales de más de treinta semanas, se encontró una supervivencia del 63% y 20% de malformación. Actualmente se hace tratamiento médico con embarazos ectópicos pequeños con un medicamento llamado Metotrexato, entonces algunas estadísticas hablan de 1 por 10.000 nacidos vivos. Esa la visión general de qué es lo que ocurre con un embarazo abdominal, antes no era tan corriente, los diagnósticos son más tempranos, el seguimiento de la evolución ayuda muchísimo, la ecografía y el dosaje hormonal de Beta-HCG ayuda mucho para el seguimiento de la evolución de un embarazo abdominal. Sumado a eso, nosotros sabemos la atención calificada, significa recurso humano calificado que sabe lo que tiene que hacer y un entorno habilitante, es decir que tiene que tener una serie de recursos y servicios de apoyo para realizar bien el trabajo, a la pericia del médico se suma la satisfacción de otros recursos. Entonces, ante un embarazo ectópico abdominal, tiene que considerarse esta historia, de que es un feto vivo, hay que controlar su evolución, pues tenemos pruebas de que llegan a término, en manos de gente capacitada no ha fallecido ninguna mujer. Ahora tenemos sistemas de apoyo mejores teniendo en cuenta las circunstancias cuando fueron tomadas las estadísticas. Ella tuvo una ecografía y recurrió al servicio de cirugía, le hicieron dos intervenciones, una laparoscopia y una laparotomía y ahí le hicieron una salpingostomía de la trompa izquierda, era un embarazo tubárico primariamente y secundariamente uno abdominal, en suma, hay un solo embarazo. Recién a las 8 semanas de Clínicas de Sajonia la derivan a San Lorenzo, primariamente en una reunión clínica establecimos los cursos de acción, nosotros le hicimos dos ecografías, una resonancia para saber dónde está ubicado, hicimos dos reuniones de jefes de sala y dos reuniones clínicas, que revela una actitud positiva y de responsabilidad en cada caso, esas dos reuniones eran para tener una visión completa de la situación, con todos esos elementos se hace la reunión clínica el 24 de Octubre, es un caso de embarazo abdominal de 10,4 semanas, con ubicación en Douglas y con feto vivo. Previo a esa reunión del veintiuno, el es-

poso nos visita en la reunión de jefes de sala y me solicita la interrupción del embarazo, "aborto" es la interrupción del embarazo antes de las 22 semanas, después ya se llama diferente, parto inmaduro, cuando él me solicita eso, yo le dije que eso ya entra en un campo jurídico, ya hay una discusión médico deontológica, que se debe manejar ante la justicia, en ningún momento le dije que traiga un papel para que le hagamos el "aborto", y le dije que el pedido suyo ya tiene otra orientación, porque existe y está establecido en la Constitución, en el Código Penal, en el Código Civil, en el Código Sanitario y en el Código de la Niñez normativas al respecto. Le dije que eso tiene que llevar a otro campo. Eso fue viernes, el lunes se planteó la situación a la plenaria de la cátedra y se decidió dejar evolucionar y no tocar, segundo nosotros en este momento no tenemos el entorno habilitante y calificado para hacer bien lo que tenemos que hacer en su caso, ya que el embarazo puede interrumpirse y se entra en una cirugía compleja... El embarazo abdominal de por sí, al no estar ubicado donde corresponde, es un embarazo delicado, que requiere una atención muy cercana porque las complicaciones pueden ser hemorragia e infección, en la literatura Nacional e Internacional, hay casos que llegan a término, entonces, en nuestro país por ejemplo los casos tiene mortalidad cero, pero si es mucho más delicado y requiere más atención, más servicio de apoyo para poder resolverlo positivamente... **PREGUNTADO: Diga el testigo, si de seguir el curso del embarazo de la paciente N.G.C., qué secuelas podría ocasionar en la misma, específicamente en cuanto a sus órganos vitales de reproducción y otros que pudieran verse afectados.** Dijo: Eso yo no puedo decir, no puedo hacer futurología, eso solo se sabe en el momento. Nosotros tenemos en medicina una trilogía "salvar la vida, salvar el miembro, salvar la función" y eso se decide en base a lo que uno encuentra al hacer el análisis en el abdomen... **PREGUNTADO: Diga el testigo, de seguir prosperando el embarazo de la paciente afectada podría darse complicaciones como ser hemorragia masiva, edema pulmonar, septicemia generalizada, obstrucción intestinal, etc.** Dijo: Repito, yo no puedo hacer futurología, nosotros procedemos de acuerdo a lo que va sucediendo,

pero en una persona que se le cuida y se busca prevenir todas las complicaciones citadas no van a ocurrir y si ocurren van a ser subsanadas... **PREGUNTADO: Diga el testigo, si el embarazo ectópico abdominal diagnosticado a la paciente N. G., con vitalidad fetal, con embarazo menor a 23 o 24 semanas. ¿Es procedente la realización de la intervención inmediata para evitar mortalidad materna, debido a que el pronóstico de morbilidad fetal es de muy escaso porcentaje?** Dijo: No. Adjunto todas las pruebas que fundamentan esa respuesta, ella puede tener un hijo... **PREGUNTADO: Diga el testigo, si el feto que se está desarrollando en esas condiciones, en Fondo de Saco de Douglas, o sea entre la vagina y el ano, con el transcurrir de las semanas, tendría el volumen de líquido amniótico suficiente para su desarrollo u oxigenación?** Dijo: Es entre el útero y el recto, y si tendría el líquido amniótico suficiente para el desarrollo. El feto se alimenta a través de la placenta, buscando un vaso que le convenga para la alimentación... **PREGUNTADO: Diga el testigo, si a la entrada y al alta de la paciente el diagnóstico siempre fue el mismo, porque esperaron tanto para sugerirle que sea trasladada a otro centro.** Dijo: Cuando recibimos una paciente la estudiamos, y una vez que tenemos el diagnóstico final recién realizamos la sugerencia, eso fue el 24 de octubre. No se daba en ese momento para nosotros una posibilidad de que ocurra algo, por el control que tenía, por eso la estudiamos para saber si la tendríamos. Todos los días se le hacían controles... **PREGUNTADO: Por la razón de sus dichos.** Dijo: Porque yo soy el Jefe de la Cátedra y estoy informado día a día de todo lo que ocurre dentro del hospital, tengo un reporte diario, hay recorridas general, parciales, reuniones de jefes, reuniones clínicas. Además, lo que leí y la experiencia que tengo, casi cincuenta años de ejercicios de la profesión". A criterio de esta Juzgadora el Dr. Vicente Bataglia recomienda la prosecución del embarazo.

La Constitución Nacional, en su Art. 134 dispone: "... Toda persona que, por un acto u omisión manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías

consagradas en esta constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley...”:

El Art. 4 de la Carta Magna establece: “... El derecho a la vida es inherente a la persona humana, se garantiza su protección, en general, desde la concepción...”.

El Art. 565 del Código Procesal Civil - De la Procedencia - establece: “... La acción de amparo procederá en los casos previstos en el Art. 134 de la Constitución Nacional...”.

El Art. 566 del mismo cuerpo legal dispone: “... Será competente para conocer en toda acción de amparo, cualquier juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto, omisión o amenaza ilegítimo tuviere o pudiere tener efectos...”.

El Art. 6 de la Ley 57/90 “Que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño” establece: “... *Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño...*”.

El Art. 4 de la Ley 1/89 establece: “... Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...”.

El Art. 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia - De la Protección de las personas por nacer - dispone: “...La protección de las personas por nacer se ejerce mediante la atención a la embarazada desde la concepción y hasta los cuarenta y cinco días posteriores al parto...”.

El Art. 10 del mismo plexo normativo establece: “... Será responsabilidad del Estado: a) Atender a la mujer embarazada insolvente, a la que proveerá de alojamiento, alimentación y medicamentos necesarios...”.

El Art. 2 de las Cien Reglas de Brasilia al respecto establece: "... Se recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de las políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad...". El Art. 34 del mismo contexto normativo establece: "... Se proporcionarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de éstas personas...".

A su vez, el Art. 64 de las 100 Reglas de Brasilia dispone: "... Se procurará la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en psicología, trabajo social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinados a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial...".

El Art. 109 inc. 4 del Código Penal Paraguayo dispone: "... No obra antijurídicamente el que produjera indirectamente la muerte de un feto, si esto, según los conocimientos y las experiencias del arte médico, fuera necesario para proteger de un peligro serio la vida de la madre...".

Seguidamente, analizadas las constancias obrantes en autos y en vista a las disposiciones legales invocadas, esta Judicatura procede a formular sus valoraciones: La Constitución Nacional protege la vida de la persona desde la concepción. En el Amparo en estudio se debe proteger dos vidas: El feto y a la madre. Según los informes médicos el feto se hallaba en el Centro Materno Infantil de San Lorenzo y se encuentra aún, con desarrollo normal, con latido cardiaco, todo formado, con respecto a la madre en el momento de su internación en el Hospital de Clínicas de San Lorenzo se encontraba estable, estuvo internada más de veinte días en dicho hospital público hasta el 28 de Octubre, fecha en que fue trasladada al Instituto de Previsión Social por un acuerdo entre las partes y por recomendación de los informes médicos constituidos

en juntas. Por lo cual en el momento de estar cuidada la paciente, por los médicos del Centro Materno Infantil-Hospital de Clínicas de San Lorenzo, no existió acto u omisión manifiestamente ilegítima, de una autoridad, o de un particular que lesione gravemente un derecho, en este caso de la paciente N. G. C. Hasta la fecha la paciente se encuentra con vida según los últimos informes médicos.

Por otro lado, conforme al Art. 566 del C.P.C. que dispone sobre la competencia del Juez de Primera Instancia, dice: es competente el Juez con jurisdicción en el lugar del acto, omisión o amenaza ilegítima. La paciente N. G. al ser trasladada del Hospital de Clínicas de San Lorenzo; dejó de estar sujeta a la competencia de este Juzgado. Y por otro lado no existe acción alguna en este Juzgado contra el Instituto de Previsión Social. Por lo cual, los presupuestos de admisibilidad del amparo en estudio conforme a la ley no se hallan subsumidos a los hechos alegados.

Esta Magistratura considera que no se puede desnaturalizar la institución del Amparo ordenando la interrupción del presente embarazo. Los médicos tratantes de la paciente N. G. están compelidos por el conocimiento científico que poseen a salvar la vida de la madre y a proteger la vida concebida y en gestación hasta el nacimiento del niño/a con vida; las leyes vigentes antes citadas, también obligan a los médicos a proteger las dos vidas y finalmente deben (los médicos) actuar conforme al protocolo médico.

Las costas deberán ser impuestas en el orden causado, debido a que las partes llegaron a un acuerdo para trasladar a la paciente al Instituto de Previsión Social. A su vez el Hospital de Clínicas de San Lorenzo no contaba con especialistas para atender cualquier urgencia que pudiera surgir, conforme se ha demostrado en autos. De conformidad a lo preceptuado por el Art. 195 del Código Procesal Civil que dispone: "... Si el resultado del pleito o incidente fuere parcialmente favorable a ambos litigantes, las costas se compensarán o se distribuirán por el Juez, en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos...".

POR TANTO, atento a lo expuesto y a las disposiciones legales mencionadas precedentemente, este Juzgado:

RESUELVE:

1. NO HACER LUGAR, al presente Amparo Constitucional promovido por el señor **W. B. Y.** en representación de su esposa, la señora **N. G. C.** contra el **CENTRO MATERNO INFANTIL H.C. - SAN LORENZO (FCM)** conforme al exordio del considerando de la presente resolución.

2. DISPONER, la permanencia de la paciente **N. G. C.** en el Instituto de Previsión Social, dado que es asegurada de dicho nosocomio, con los más especializados cuidados y atención máxima de los médicos tratantes.

3. COSTAS, en el orden causado.

4. NOTIFÍQUESE, a las partes.

5. ANOTAR, registrar, notificar y remitir copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.

Magistrado: *Gloria Elizabeth Benítez R.*, Jueza de la Niñez y Adolescencia.

Ante mí: *Alexis Díaz Pita*, Actuario Judicial.

FALLOS INTERNACIONALES

CORTE IDH. CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (*FERTILIZACIÓN IN VITRO*) VS. COSTA RICA*

Ficha técnica

Sumilla

El caso trata de la responsabilidad internacional del Estado por las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la Fecundación in vitro (FIV).

Palabras Claves

Bioética, Derecho a la familia, Derecho a la honra y la intimidad, Derecho a la integridad personal, Dignidad, Familia, Garantías judiciales y procesales, Igualdad ante la ley, Libertad personal, Personas con discapacidad, Protección judicial, Salud, Vida privada.

Derechos violados

Convención Americana de Derechos Humanos

Artículo 1 (Obligación de respetar los derechos.), Artículo 11 (Derecho a la honra y dignidad), Artículo 2 (Deber de adoptar dis-

* Datos extractados de la ficha técnica publicada en http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235. Se extractaron principalmente las cuestiones vinculadas al tema abordado en esta obra.

posiciones de derecho interno), Artículo 24 (Igualdad ante la ley), Artículo 25 (Protección Judicial), Artículo 27 (Protección a la familia), Artículo 4 (Derecho a la vida), Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal), Artículo 7 (Derecho a la libertad personal), Artículo 8 (Garantías Judiciales).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”).

Otros Instrumentos: Convención sobre los Derechos del Niño – Naciones Unidas, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Naciones Unidas, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convención Europea de Derechos Humanos) – Consejo de Europa, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina – Consejo de Europa, Declaración de los Derechos del Niño – Naciones Unidas, Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad – Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – Naciones Unidas.

Hechos

– Los hechos se relacionan con la aprobación del Decreto Ejecutivo N° 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000.

– El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre **violación del derecho a la vida**. El 15 de marzo de

2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo.

– Nueve parejas presentaron una petición a la CIDH debido a esta situación. En las personas se verificó: i) las causas de infertilidad de cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y v) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.

Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Fecha de presentación de la petición: 19 de enero de 2001
- Fechas de informes de admisibilidad (25/04): 11 de marzo de 2004
- Fecha de informe de fondo (85/10): 14 de julio de 2010

Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

– Fecha de remisión del caso a la Corte IDH: 29 de julio de 2011.

– Petitorio de la CIDH: La CIDH presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte IDH decidiera si el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de los peticionantes.

– Petitorio de los representantes de las víctimas: Se alegó la violación de los artículos 17.2, 11.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2; así también la violación de los artículos 4.1, 5.1, 7, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2.

– Fecha de audiencia ante la Corte IDH: 5 y 6 de septiembre de 2012.

Competencia y Admisibilidad

I. Excepciones Preliminares

1.1. Falta de agotamiento de recursos internos

24. La Corte observa que lo primero que procede determinar en relación con esta excepción es el tipo de alegatos que presentó el Estado antes de la emisión del informe de admisibilidad, es decir, en el momento procesal oportuno para plantear esta excepción. Al respecto, el Estado sólo presentó un escrito en relación con este tema, el 23 de enero de 2004, en el que señaló que una de las víctimas *“podría haber acudido en amparo”*. El escrito donde el Estado analizó la posible idoneidad de la jurisdicción contencioso administrativa para resolver el presente caso fue presentado en 2008, cuatro años después de emitido el informe de admisibilidad. En consecuencia, la Corte considera que los argumentos planteados en relación con la necesidad de agotar procedimientos contencioso administrativos o demandar la omisión en la regulación del procedimiento de la FIV según los parámetros establecidos por la Sala Constitucional, resultan extemporáneos y el análisis se concentrará en los alegatos en torno al recurso de amparo.

27. (...) El Tribunal considera que interponer un recurso de amparo no era idóneo para remediar la situación de las presuntas víctimas, dado que el más alto tribunal en la jurisdicción constitucional había emitido su decisión final respecto a los problemas jurídicos centrales que deben resolverse en el caso en relación con los alcances de la protección de la vida prenatal (...). Dado que la Sala Constitucional es la que conoce de todos los recursos de amparo que se interponen en Costa Rica, esa misma Sala sería la que habría tenido que valorar el eventual recurso de amparo que interpusieran las presuntas víctimas. Asimismo, las presuntas víctimas pretendían recibir el tratamiento médico de la FIV en el marco de la regulación prevista en el Decreto Ejecutivo. Ante la declara-

ción de inconstitucionalidad del decreto en su conjunto, la posibilidad de acceder a la FIV bajo las condiciones establecidas por la Sala Constitucional es sustancialmente diferente a los intereses y pretensiones de las presuntas víctimas. Por ende, en las circunstancias específicas del presente caso, la Corte considera irrazonable exigir a las presuntas víctimas que tuvieran que seguir agotando recursos de amparo si la más alta instancia judicial en materia constitucional se había pronunciado sobre los aspectos específicos que controvierten las presuntas víctimas. Así las cosas, la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno no era idónea para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, no podía ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado.

28. Por todo lo indicado anteriormente, la Corte desestimó la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

II. Competencia

41. La Corte Interamericana es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que Costa Rica es Estado Parte de la Convención desde el 8 de abril de 1970 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal el 2 de julio de 1980.

Análisis de fondo

I. Derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación

1.1. Alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar en el presente caso.

142. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar.

Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad

forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

144. La Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

145. En primer lugar, el Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma. El artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar, aunque las circunstancias sean extremas. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

146. En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo

16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho *“a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”*. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

147. En tercer lugar, la Corte resalta que, en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud (...).

148. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...).

149. (...) La salud reproductiva implica (...) los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.

150. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la

población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

151. En el presente caso el Estado considera que los derechos mencionados podían ejercerse de diversas maneras, bajo el supuesto de que no existía una prohibición absoluta de la FIV. Este aspecto ha sido controvertido por las demás partes. Por tal razón, la Corte determinará a continuación si existió una restricción de los derechos que se han mencionado para luego analizar la justificación que hizo el Estado para sustentar tal restricción.

1.2. Efectos de la prohibición absoluta de la FIV

162. Al comprobarse que existió una injerencia tanto por el efecto prohibitivo que en general causó la sentencia de la Sala Constitucional, así como el impacto que lo anterior produjo en las presuntas víctimas en el presente caso, la Corte considera necesario entrar a analizar si dicha injerencia o restricción se encuentra justificada. Antes de entrar a efectuar un juicio de proporcionalidad al respecto, el Tribunal estima pertinente analizar en detalle el argumento principal desarrollado por la Sala Constitucional: que la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del "*derecho a la vida*" del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones.

1.3. Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso

172. Hasta el momento la jurisprudencia de la Corte no se ha pronunciado sobre las controversias que suscita el presente caso en lo que respecta al derecho a la vida. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, la Corte ha señalado 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. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción. Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna.

173. (...) Para analizar si existe una obligación de protección absoluta en esos términos, la Corte procede a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "*persona*", "*ser humano*", "*concepción*" y "*en general*". El Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual una norma de la Convención debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. En ese marco, a continuación, se realizará una interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado.

a) Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

176. En el presente caso, la Corte observa que el concepto de “persona” es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano”, términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

179. El Tribunal hace notar que la prueba en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de “la concepción”. En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer.

185. (...) Respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que les confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte

resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “*ser humano*”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (...).

187. En este sentido, la Corte entiende que el término “*concepción*” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “*Gonadotropina Coriónica*”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación (...).

189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “*concepción*” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “*en general*” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

190. Por otra parte y tomando bajo consideración que el artículo 4.1 es asunto materia de la discusión del presente caso y lo

fue en el ámbito de lo debatido ante la Sala Constitucional, el Tribunal estima pertinente interpretar dicho artículo utilizando los siguientes métodos de interpretación, a saber, la interpretación sistemática e histórica, evolutiva y teleológica.

b) Interpretación sistemática e histórica

244. La Corte concluye que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

c) Interpretación evolutiva

246. En el presente caso, la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención (...). Por tanto, la Corte analizará dos temas en el marco de la interpretación evolutiva: i) los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al status legal del embrión, y ii) las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

– El estatus legal del embrión

253. (...) La Corte observa que **las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida.**

– Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado

256. La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

d) El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado

263. (...) La Corte concluye que **el objeto y fin de la cláusula “en general” del artículo 4.1** de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que **dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.**

e) Conclusión de la interpretación del artículo 4.1

264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que **el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana.** Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que **la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el**

útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “*en general*” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

1.4. Proporcionalidad de la medida de prohibición

272. La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja.

273. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, la Corte ha resaltado que el “*derecho absoluto a la vida del embrión*” como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana (...), razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión.

274. Para esto, **la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia.**

Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

276. La Corte efectuará una ponderación en la que analizará: i) la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar y los demás derechos involucrados en el presente caso. Asimismo, esta severidad es analizada desde el impacto desproporcionado relacionado con: ii) la discapacidad; iii) el género, y iv) la situación socioeconómica. Finalmente se evaluará: v) la controversia sobre la alegada pérdida embrionaria.

c) Controversia sobre la alegada pérdida embrionaria

309. No le corresponde a la Corte determinar cuál teoría científica debe prevalecer en este tema ni corresponde analizar a profundidad cuál perito tiene la razón en estos temas que son ajenos a la experticia de la Corte. Para el Tribunal es suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente es concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones. Asimismo, tanto el perito Zegers como el perito Caruso concordaron en señalar que las estadísticas sobre pérdida embrionaria en los embarazos naturales son poco medibles a comparación con la medición de las pérdidas en la FIV, lo cual limita el alcance que se procura dar a algunas de las estadísticas que se han presentado ante la Corte.

311. Teniendo en cuenta lo anterior, **la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. El Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild según el cual "es fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cuales-**

quier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer [...]. El Tribunal reitera que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida (...).

313. En suma, tanto en el embarazo natural como en técnicas como la de la inseminación artificial existe pérdida embrionaria. La Corte observa que existen debates científicos sobre las diferencias entre el tipo de pérdidas embrionarias que ocurren en estos procesos y las razones de las mismas. Pero lo analizado hasta el momento permite concluir que, teniendo en cuenta las pérdidas embrionarias que ocurren en el embarazo natural y en otras técnicas de reproducción que se permiten en Costa Rica, la protección del embrión que se busca a través de la prohibición de la FIV tiene un alcance muy limitado y moderado.

d) Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida

316. (...) **La Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia.** Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. Además, teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención (...), la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional.

1.4. Conclusión final sobre el fondo del caso

317. Por todo lo anteriormente reseñado la Corte declaró la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artícu-

lo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los peticionantes.

Reparaciones

La Corte dispone que,

– La Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas constituye per se una forma de reparación.

– El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto.

– El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas.

– El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto.

– El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas.

– El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.

– El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.

– El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos.

– El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

– La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Puntos Resolutivos

La Corte declara que,

– El Estado es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los peticionantes.

Voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi. Corte Interamericana de Derechos Humanos caso *Artavia Murillo y otros**

"Fecundación in vitro" vs. Costa Rica

SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Introducción

Con el mayor respeto y consideración hacia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Corte, y, ciertamente, hacia cada uno de sus miembros, se formula el presente voto disidente (1) a la Sentencia indicada en el título, en adelante

* Fuente: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

(1) Art. 66.2 de la Convención: *"Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de éstos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual"* y Art. 24.3 del Estatuto de la Corte: *"Las decisiones, juicios y opiniones de la Corte se comunicarán en sesiones públicas y se notificarán por escrito a las partes. Además, se publicarán conjuntamente con los votos y opiniones separados de los jueces y con cualesquiera otros datos o antecedentes que la Corte considere conveniente"*. Sobre particular, ver, además, *Constancia de Queja*, presentada en las Corte el 17 de agosto de 2011, con relación a parte del Voto Concurrente Conjunto emitido con ocasión de las Resoluciones *"Medidas Provisionales respecto de la República de Colombia, Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia"*, de 30 de junio de 2011, *"Medidas Provisionales respecto de los Estados Unidos Mexicanos, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México"*, de 1 de julio de

la Sentencia, en mérito del razonamiento que se expone seguidamente y que, ciertamente y como corresponde, se limita única y exclusivamente a lo señalado en la misma (2) y, muy particularmente, al asunto que se considera que condiciona a todos los demás en el presente caso, esto es, el Artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante la Convención.

Ciertamente, los comentarios incluidos en este voto disidente han hecho considerando, no lo que el intérprete desea, sino lo que el Derecho expresa. Igualmente, se ha tenido en cuenta que a la Corte le corresponde interpretar y aplicar la Convención (3) y no asumir la función que le compete a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (4) ni la función normativa, la que le corresponde a los Estados, únicos habilitados para eventualmente modificar la Convención (5) Y, final y especialmente, se ha tenido

2011 y *“Medidas Provisionales respecto de la República de Honduras, Caso Kawas Fernández vs. Honduras”*, de 5 de julio de 2011.

(2) Art. 65.2 Del Reglamento de la Corte: *“Todo Juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto concurrente o disidente que deberá ser razonado. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por la Presidencia, de modo que puedan ser conocidos por los Jueces antes de la notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias”*.

(3) Art. 62.3 de la Convención: *“La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”*.

(4) Art. 41, primera frase, de la Convención: *“La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, ...”*.

(5) Art. 76. 1 de la Convención: *“Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención”* y Art. 39 de la Con-

presente que de lo que se trata es precisar lo que la voluntad de los Estados expresaron en la Convención y acuerdos y práctica posteriores, de suerte de poder exigirles aquello a lo que efectivamente se comprometieron (6).

Pues bien, el señalado razonamiento concierne a dos temas principales. El primero se refiere precisamente al análisis de dicha disposición, por estimar que es su violación la que en definitiva y preferentemente se alega en autos. Y el segundo dice relación con la inflexión jurisprudencial experimentada por la Sentencia en cuanto a la interpretación de ese artículo.

I.- EL ARTÍCULO 4.1 DE LA CONVENCIÓN

A su vez, el análisis del Artículo 4.1 de la Convención plantea tres aspectos. El primero es atinente a la perspectiva con que la Sentencia aborda el presente caso. El segundo concierne a la interpretación del mismo. Y el tercero alude a la jurisprudencia de la Corte sobre el particular.

A.- Perspectiva con que aborda el caso

Es indudable que la perspectiva desde la que la Sentencia aborda el caso influye en la conclusión a la que arriba. De allí que sea necesario, como primer asunto, aludir a ella.

vención de Viena: *“Norma general concerniente a la enmienda de los tratados. Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa”*.

(6) Art. 2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en adelante la Conv. de Viena: *“Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”*.

Al respecto, la Sentencia señala que procede, como primer asunto de fondo, *“a determinar el alcance de los derechos a la integridad personal y a la vida privada y familiar, en lo relevante para resolver la controversia”* (7).

Y posteriormente indica que *“el objeto del presente caso se centra en establecer si la sentencia de la Sala Constitucional generó una restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas”* (8).

La Sentencia se está, evidentemente, refiriendo a la Resolución del 15 de marzo de 2000 de la Sala Constitucional de su Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, en adelante la Resolución, por la que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, del 3 de febrero de 1995, que reglamentaba la Fecundación in Vitro, por infracción al Artículo 4.1 de aquella (*“Derecho a la Vida”*).

Sobre el particular, la Sentencia expresa que *“al comprobarse que existió una injerencia tanto por el efecto prohibitivo que en general causó la sentencia de la Sala Constitucional, así como el impacto que lo anterior produjo en las presuntas víctimas en el presente caso, la Corte considera necesario entrar a analizar si dicha injerencia o restricción se encuentra justificada”* y por eso estima pertinente analizar en detalle el argumento principal desarrollado por la Sala Constitucional: que la Convención obliga a efectuar una protección absoluta del *“derecho a la vida”* del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones”, añadiendo posteriormente que, *“analizará si la interpretación de la Convención que sustentó las injerencias ocurridas es admisible teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional pertinentes”* (9).

(7) Párr. 141 de la Sentencia. En adelante, cuando se exprese “Párr. o Parrs.”. Se entenderá que el párrafo o párrafos citados son de la Sentencia.

(8) Párr. 171.

(9) Párr. 162.

Ahora bien, es cierto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Comisión, y los representantes de las víctimas, en adelante los Representantes, plantearon que la mencionada resolución violó los Artículos 11.2 (*“Respeto de la Honra y de la Dignidad”*), 17.2 (*“Protección a la Familia”*) y 24 (*“Igualdad ante la Ley”*), en relación con los Artículos 1.1 (*“Obligación de Respetar los Derechos”*) y 2 (*“Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”*), todos de la Convención. Pero, es igualmente verdad que uno de los representantes invocó, además, los Artículos 4.1 (*Derecho a la vida*), 5.1 (*“Derecho a la Integridad Personal”*) y 7 (*“Derecho a la Libertad Personal”*) (10) y que la citada Resolución expresamente se sustenta en el citado Artículo 4.1.

Por tal razón, el asunto de autos no consiste como lo plantea la Sentencia, sino a la inversa.

Efectivamente, considerando las normas consuetudinarias aplicables (11), en el presente caso se trata de determinar, a la luz de lo previsto en la Convención (12), si la citada Resolución (13) es

(10) Párr. 7.

(11) Recogidas en el Proyecto preparado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU [obre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, acogido por Resolución aprobada por la Asamblea General [*sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)*] 56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 85^a sesión plenaria, 12 de diciembre de 2001, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr. 1 y 2). 2 *Ibíd.*, en adelante Proyecto de Responsabilidad Internacional del Estado.

(12) Art. 62.3 de la Convención, ya citado.

(13) Art. 4 del Proyecto de Responsabilidad Internacional del Estado: *“Comportamiento de los órganos del Estado. 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organiza-*

internacionalmente lícita o, por el contrario ilícita (14), lo que implica contrastar, antes que nada, dicho acto estatal con la obligación internacional por él mismo aducida como su justificación, es decir, el citado Artículo 4.1, y solo una vez dilucidada esta cuestión se podría abordar la conformidad de la misma con lo contemplado en los señalados Artículos 5.1,11.2,17.2 y 24.

De manera, entonces, que resultaba más lo lógico que la Sentencia en comento hubiese entendido y tratado el presente caso fundamentalmente como una posible violación del señalado Artículo 4.1 y no como lo hace.

Al proceder como ha hecho, la Sentencia no solo sigue la lógica procesal y argumental que legítimamente plantearon la Comisión y los Representantes, muy acorde a sus respectivos intereses y roles procesales, por lo demás, sino que de esa forma en definitiva y en la práctica minimiza o subordina todo lo referente al “derecho a la vida” ante los otros mencionados derechos. En tal perspectiva de análisis del caso por la que se opta en la Sentencia, tiene un

ción del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado”.

(14) Arts. de Proyecto sobre Responsabilidad Internacional del Estado: 1: “Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional”; 2: “Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado; 3: “Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito. La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”.

efecto práctico muy relevante, puesto que conduce, en última instancia, a privilegiar esos derechos por sobre el “*derecho a la vida*”.

B.- Interpretación del Artículo 4.1

Como se ha afirmado y al contrario del derrotero que sigue la Sentencia, el principal asunto planteado en esta causa dice relación con determinar si el Estado, al dictar la citada Resolución, incurrió en responsabilidad internacional por violar (15), de esa forma, el Artículo 4.1 de la Convención, que expresa:

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

Y dado que se trata de la interpretación de una norma convencional, esto es, de desentrañar la voluntad de los Estados Partes de la Convención expresada en ella, ello se debe hacer conforme lo dispone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en adelante la Convención de Viena, que contiene tanto las normas convencionales como las consuetudinarias en la materia. En atención a la importancia que éstas tienen en la presente causa, se ha estimado menester reproducirlas.

El Artículo 31 de dicha Convención dispone:

“Regla general de interpretación.

1. 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:

(15) Art. 12 del Proyecto de Responsabilidad Internacional del Estado: *“Existencia de violación de una obligación internacional. Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”.*

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 norma 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”.

Por su parte, el Artículo 32 de la misma Convención estatuye:

“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”.

Pues bien, para poder acometer la interpretación del mencionado Artículo 4.1, parece menester referirse a los aspectos básicos que plantea en este caso, esto es, el Titular del derecho; la protección de ese derecho y la privación arbitraria del mismo.

1.- Titular del derecho

Visto el Artículo 31. 1 de la Convención de Viena, ese vidente que el derecho que consagra el antes citado Artículo 4.1 consiste en que “*se respete... (la) vida*” de su titular. Ese es el “*objeto y fin*” de dicha norma, lo que significa que ella fue establecida para que realmente alcanzara lo por ella perseguida y no para que quedara sin contenido.

La disposición da por supuesto que, en consecuencia, que el titular del derecho consistente cuya vida debe respetarse, preexiste en tanto tal.

Asimismo, es claro que dicha norma establece que el titular de ese derecho es “*toda persona*”, vale decir, ese artículo no hace distinción alguna entre los titulares del aludido derecho. Ello se condice plenamente, por lo demás, con lo previsto previamente en la Convención en orden a que los derechos que los Estados partes de la Convención se comprometen a respetar y garantizar se refieren “*a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos*” de “*cualquier... índole*” (16).

Y en mérito de la regla del “*sentido especial*” de la interpretación de los tratados, contenida en el Artículo 31.4 de la Convención de Viena, para la interpretación del término “*persona*” hay que atenerse a lo previsto en el Artículo 1.2 de la Convención que prescribe:

“Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

(16) Art. 1.1 de la Convención: “*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

Como conclusión ya un que parezca obvio, se puede afirmar que el Artículo 4.1 de la Convención constata o consagra el derecho *“toda persona”* o *“ser humano”*, sin distinción alguna y que, además, ya existe, a que se le respete *“su”* vida. Es decir, toda la citada disposición, todas sus frases, así como, por lo demás, toda la Convención, conciernen solamente a la *“persona”* o *“ser humano”*, esto es, exclusivamente a sus derechos y no a otros intereses o entidades.

2.- Protección legal del derecho

El aludido Artículo 4.1 dispone, en su segunda frase y luego de un punto seguido, que *“este derecho (vale decir, el de “toda persona... a que se respete su vida”) estará protegido por la ley”*. Esta frase con lleva a interpretar tres expresiones. Una, lo que se entiende por *“ley”*, otra, lo que significa *“y en general”* y la tercera relativa al término *“concepción”*.

a.- “Ley”

Al indicar que prescribir que el citado derecho *“estará protegido por ley”*, la Convención le impone al Estado la obligación de dictar las normas jurídicas con tal propósito, obligación que igualmente está contemplada, en términos más generales y amplios en el ya citado Artículo 2 de la Convención (17).

Por cierto, se debe entender que el término *“ley”* lo emplea en su sentido lato, vale decir, como norma jurídica, sea constitucional, legal o reglamentaria, dictada por el órgano competente del

(17) Art. 2 de la Convención: *“Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*.

Estado que, en términos generales y obligatorios, regula una conducta o actividad de todos sus habitantes (18).

También habría que tener presente que la circunstancia de que el citado Artículo 4.1 disponga que el derecho de *“toda persona... a que se respete su vida”* debe estar *“protegido por la ley”*, no importa que la conformidad o disconformidad de esta última con el Derecho Internacional y, en particular, con la Convención, es decir, su licitud o ilicitud internacional, no pueda ser determinada por la Corte.

En tanto comentario relativo específicamente al caso de autos, cabe destacar que el Artículo 21 de la Constitución Política del Estado, de 1949, ya establecía que *“la vida humana es inviolable”* y que la Resolución que motiva esta causa expresamente concluye que *“el reglamento cuestionado (Decreto Ejecutivo N° 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud) es inconstitucional por infracción al Artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”* (19), de manera que podría entenderse que de esa forma el Estado estaba dando cumplimiento a lo mandado por el señalado Artículo 4.1 de proteger por ley el derecho de *“toda persona... a que se respete su vida”*.

b.- “Y, en general”

Con relación al sentido y alcance de las palabras *“y, en general”* que utiliza el mencionado Artículo 4.1, habría que tener presente, por de pronto, que la Convención no le da a dicho término un *“sentido especial*, por lo que habría que recurrir al *“sentido corriente”* de los mismos (20).

(18) La Expresión *“Leyes”* en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6.

(19) Párr. 76.

(20) Art. 31.1 de la Conv. de Viena.

Entre las acepciones que comprende el sentido corriente de la palabra “*general*”, que son las mismas en la época de la suscripción de la Convención y aún hoy, se hayan las de “*común, frecuente, usual*” y “*común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente*” y entre los significados de los términos “*en general*” están los de “*en común, generalmente*” y “*sin especificar ni individualizar cosa alguna*”.

Para mejor comprensión de esos términos, tal vez puede ser útil evocar sus antónimos, tal como se entendían a la época de la Convención (21) y se entienden en la actualidad, es decir, los términos “*particular*”, que significa “*propio y privativo de algo, o que le pertenece con singularidad*”, “*especial, extraordinario, o pocas veces visto en su línea*”, “*singular o individual, como contrapuesto a universal o general*”; “*singular*”, cuyas acepciones son “*solo (único en su especie)*”, “*extraordinario, raro o excelente*”; e “*inusual*”, que implica “*no usual, infrecuente*”.

Asimismo, teniendo presente la regla del “*contexto de los términos*” (22), habría que agregar que, dado que las expresiones “*y, en general*” que emplea la disposición que se comenta, se vinculan a la obligación de “*proteger por ley*” el derecho de “*toda persona...a que respete su vida*”, lo que dispone dicha norma es que ello debe ser “*a partir de la concepción*” de la “*persona*” de que se trate.

A su vez y según la regla de interpretación del “*objeto y fin*” de la Convención, cual es el respeto de los derechos humanos y garantizar su libre y pleno ejercicio (23), y del propio Artículo 4.1 de la misma, que es el respeto a la vida, las referidas palabras “*y, en general*” deben ser entendidas en tal perspectiva, es decir, con “*efecto útil*” a tal propósito, de modo que efectivamente contribuyan al objeto y fin general perseguido y no que constituyan una excepción a ello ni menos, en particular, una negación del derecho a la vida.

(21) *Ídem*.

(22) Art. 32.1 de la Conv. de Viena.

(23) Art. 1.1 de la Convención ya citado.

A este respecto procede tener presente que en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos que aprobó la Convención, tres países propusieron, a los efectos de que no se prohibiera el aborto, la eliminación, en el Artículo 4.1, de la frase " y, en general, a partir del momento de la concepción", propuesta que, empero, fue rechazada, quedando así esa frase, por decisión adoptada por la mayoría de los Estados participantes en la mencionada Conferencia, incorporada en la citada disposición (24). Es decir, es a todas luces evidente que se quiso ampliar o no dejar lugar a duda alguna de que la protección que por ley se debe dar al derecho de toda persona a que se respete su vida, lo debe ser aun cuando se encuentre como concebido o no haya nacido aún.

En consecuencia, dicha frase fue establecida para permitir que la protección que por ley se debe dar al derecho de "*toda persona... a que se respete su vida*", "*a partir de la concepción*", lo sea también para el no nacido aún. En otras palabras, esa protección debe ser "*común*" para el nacido y el que no es aún, consecuentemente, no procede hacer distinción, en este aspecto, entre ellos, "*aunque sean de naturaleza diferente*", dado que "*constituyen un todo*", en ambos hay vida humana, hay un ser humano, una persona.

El bien jurídico protegido es, entonces y en última instancia, el derecho a la vida de "*toda persona*" y es por ello que en la Convención se optó por no dejar margen de duda alguna respecto de que lo que se protege con el citado Artículo 4.1 era fundamental, cualquiera fuese la etapa en que se encontrare.

En tal sentido, la expresión "*en general*", importa una referencia a la forma en que le ley puede proteger al no nacido aún, evidentemente que podría ser distinta a la protección que le suministre al nacido.

En suma, la expresión "*y en general*" no alude a una excepción, a una exclusión, es, por el contrario, inclusiva, hace aplicable

(24) Párrs. 203 a 205.

la obligación de proteger por ley el derecho de toda persona a que se respete su vida desde la concepción.

c.- “La concepción”

Igualmente, y por lo antes afirmado, es indispensable, para entender lo previsto en el citado Artículo 4.1, precisar el sentido y alcance del término “concepción” que emplea aquél, dado que a partir de ella es que el Estado debe proteger por ley el derecho “a que se respete (la) vida”. En otras palabras, resulta claro el sentido de la norma en orden a que ese derecho existe “a partir de la concepción”.

De los autos y demás antecedentes se desprende que, al suscribirse la Convención, no se determinó lo que debía entenderse por “concepción” y que tampoco se ha hecho después. Por otra parte, la Convención tampoco le concedió a esa palabra “un sentido especial” (25) y, en particular, no hizo remisión a cómo se entendera según la ciencia médica. La regla aplicable en la especie es, sin duda la del “sentido corriente” de dicho término (26) y particularmente al existente al momento de la suscripción de la Convención en 1969.

Según la versión de 1956 del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (27), vigente entonces, el término “concepción” se entendía como la “acción y efecto de concebir”; el de “concebir” como “quedar preñada la hembra”; el de “preñada” como “dícese de la mujer y de la hembra de cualquier especie, que ha concebido y tiene el feto o la criatura en el vientre”; el de “preñar” como “empreñar”; el de “empreñar” como “hacer concebir a la hembra”; y el de “fecundar” como “unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser”.

(25) Art. 31.4 de la Conv. de Viena.

(26) *Ídem*.

(27) 18ª. edición.

Y casi coetáneamente con la suscripción de la Convención, esto es, en la versión de 1970 del mencionado Diccionario (28), el término “preñar” fue entendido como “*empreñar, fecundar o hacer concebir a la mujer*”. Es de advertir que este significado es recogido en la actualidad (29).

Lo anterior significaba, entonces, que se entendía y aún se entiende, que el ser, en la especie, el humano, se origina al “*unirse el elemento reproductor masculino al femenino*” y cuando ello acontece se entiende que esa “*criatura*” se encuentra en el “*vientre*” de la mujer. De allí, pues, que se entendía que los términos *fecundar o hacer concebir a la mujer*” como sinónimos.

De suerte, entonces, que el término “*concepción*” empleado por el Artículo 4.1 de la Convención jurídicamente debería ser interpretado, más allá de cualquier otra consideración, como la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Eso fue y no otra cosa, en lo que se convino en 1969, al suscribirse la Convención y ese es todavía jurídicamente el sentido de tal término e incluso parte muy importante, por no decir mayoritaria (30), de la ciencia médica así también lo estima (31). Con esto no se está sosteniendo que lo que exprese la ciencia médica no deba ser tenido en cuenta, sino que ello lo debe hacer en la medida que el Derecho lo incorpore en su acervo.

Debe considerarse también a este respecto que, según se debe entender de las reglas de interpretación de los tratados, no existen otros acuerdos o tratados entre los Estados Partes de la Convención que consagren un concepto distinto al expresado (32). Tampoco otros acuerdos o la práctica seguida por los mismos en la aplicación de la Convención indican una modificación de ese con-

(28) 19^a edición.

(29) 22^a edición.

(30) Notas 266 a 284 de la Sentencia.

(31) Párrs. 79 y ss.

(32) Art. 31.2 de la Convención.

cepto (33). Por otra parte, no hay norma consuetudinaria diferente a la interpretación dada que les sea aplicable. Y, finalmente, no puede sostenerse la existencia de un principio general de derecho, originado por las legislaciones internas de esos Estados, que consagre un significado distinto al referido (34).

Por otra parte, es evidente y lógicamente que la “*concepción*” a que se refiere el Artículo 4.1 es la de “*toda persona*” cuyo derecho a la vida debe ser protegido por ley.

Y ello está en plena correspondencia con el “*contexto de los términos*” (35) ya que todo lo que él se dispone y aún toda la Convención (36), se refieren a ese sujeto y no al de alguna entidad, objeto o realidad distinta.

En consecuencia, si la citada disposición hubiese querido establecer o hacer extensiva la protección que por ley se le debe proporcionar al derecho de toda persona a que se respete su vida, a una entidad, objeto o realidad distinta al de la persona, así lo hubiera dispuesto derecha y claramente o bien se habría utilizado una frase, inciso o artículo diferente en el mencionado 4.1 o incluso, lo habría consagrado en un tratado distinto. Pero, no aconteció así. Todo lo mandado por la disposición, así como por toda la Convención, concierne, entonces, única y exclusivamente a la “*persona*”, al “*ser humano*”.

En síntesis, para la Convención, la vida de una persona existe desde el momento en que ella es concebida o, lo que es lo mismo, que se es “*persona*” o “*ser humano*” desde el “*momento de la concepción*”, lo que ocurre con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. A partir de esto último se tiene, entonces, según aquella, el “*derecho... a que se respete (la) vida*” de “*toda persona*” y,

(33) Art. 31.3, a) y b), de la Conv. de Viena.

(34) Art. 31.3., c), de la Conv. de Viena.

(35) Art. 31.3 de la Conv. de Viena.

(36) Art. 1.1 de la Convención, ya citado.

consecuentemente, existe la obligación de que se proteja ese derecho.

Una interpretación distinta a la expuesta, ciertamente dejaría sin su sentido natural y obvio las expresiones “*a partir de la concepción*” que emplea el citado Artículo 4.1 y especialmente, no le asignaría sujeto a esta última, y es de toda evidencia que de lo que se trata es de “*la concepción*” de “*toda persona*”.

d.- Privación arbitraria del derecho

Finalmente, la disposición en comento, al establecer que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, está implícitamente señalando que el derecho de “*toda persona ... a que se respete su vida*”, no es absoluto, pues admite una restricción, siempre y cuando ella no sea arbitraria, es decir, de conformidad a lo que se entendía por arbitrariedad en la fecha de la Convención y a lo que se entiende aún ahora, es decir, que no sea un “*acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho*” (37).

Como se colige del expediente, esta faceta más bien no ha estado en discusión en este proceso.

C.- La jurisprudencia de la Corte

Ha sido la jurisprudencia de la Corte la que, de manera constante y uniforme, ha precisado la naturaleza del derecho de “*toda persona ... a que se respete su vida*”. Lo ha manifestado en los siguientes términos:

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

(37) 18^a y 22^a ediciones.

enfoques restrictivos del mismo” (38), y que “los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable” (39).

Esta ha sido la jurisprudencia constante y uniforme de la Corte sobre el particular. Se ha expresado en más de doce casos (40). Incluso, en el año en curso ha sido reiterada en dos ocasiones (41).

Ahora bien, en razón de la gran importancia que la jurisprudencia de la Corte le ha reconocido al derecho de la vida previsto en el Artículo 4.1 de la Convención, es que, consecuentemente, a

(38) Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párr. 144.

(39) Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237, párr. 48.

(40) Caso Myrna Mack Chang, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C N° 101, párr. 152; Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C N° 99, párr. 110; Caso 19 Comerciantes, Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C N° 109, párrs. 152 y 153; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C N° 140; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C N° 146, párr. 150; Caso Baldeón García, Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C N° 147, párr. 82; Caso de las Masacres de Ituango, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C N° 148, párr. 128; Caso Ximenes Lopes, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C N° 149, párr. 124; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N° 150, párr. 63; Caso Albán Cornejo y otros, Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C N° 171, parr. 117.

(41) Castillo González y otros Vs. Venezuela y Masacres de El Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador, ambas sentencias de octubre de 2012.

éste se le aplica con mayor énfasis, por una parte, el principio rector del Derecho de los Tratados, cual es el de la “buena fe” (42), que importa suponer que lo convenido lo fue para que efectivamente tuviese aplicación, y por la otra parte, el principio *pro homine o pro persona*, contemplado en la Convención (43), en virtud del cual las normas sobre derechos humanos deben ser interpretadas en los términos más favorables para sus titulares.

Por otra parte, en dos casos, la jurisprudencia en comento ha estimado a los no nacidos como “hijos” (44) y “bebé” (45).

A este respecto y en tanto acotación específicamente referida al caso en comento, se llama la atención acerca del hecho de que el año anterior a la Resolución del Estado del 15 de marzo de 2000, es decir, en el año 1999, ya se había dictado la importante sentencia en el caso “Niños de la Calle”, que dio origen a la reproducida juris-

(42) Art. 31.1 de la Conv. de Viena.

(43) Art. 29 de la Convención: “*Normas de Interpretación. 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*”.

(44) Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 292.

(45) Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 67, x).

prudencia (46), de suerte que, al dictarse aquella, sustentándose expresamente en lo dispuesto en el Artículo 4.1 de la Convención (47), se debería entender que ello se hizo en consideración precisamente a la interpretación dada en dicho fallo. En otras palabras, es de presumir que la Resolución en cuestión hizo lo que hoy se denomina “*control de convencionalidad*” (48) y procuró ajustarse a ello.

II.- LA INFLEXIÓN JURISPRUDENCIAL

Con la Sentencia se produce, empero, un notable cambio o quiebre con la recién indicada jurisprudencia y ello en tres sentidos. Uno, en cuanto a limitar el alcance de lo que hasta ahora había ella señalado, el otro en relación con la aplicación del Artículo 4.1 en cuestión al presente caso y el tercero en cuanto a las interrogantes que no resuelve o responde.

A.- Limitación del alcance de la jurisprudencia

Efectivamente, la Sentencia parece restringir lo que hasta ahora, en esta materia, venía, de manera constante y uniforme, señalando la jurisprudencia de la Corte. Y así esta vez omite la frase “*en razón (del)... carácter fundamental (del derecho a la vida) ..., no son admisibles enfoques restrictivos del mismo*”.

Es verdad que ello aconteció también en otros casos. Pero, en esta ocasión, esa omisión adquiere una muy singular relevancia habida cuenta que la reiteración de los demás conceptos son precedidos de dos acotaciones preliminares. La primera, indicando

(46) Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y Otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N° 63, párr. 144.

(47) Párr. 76.

(48) Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 22026 de noviembre de 2010, párr. 225.

que *“hasta el momento la jurisprudencia de la Corte no se ha pronunciado sobre las controversias que suscita el presente caso”* y la segunda, afirmando que *“en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, la Corte ha señalado 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”* (49).

Con esas frases, la Sentencia estaría insinuando que lo sostenido hasta ahora por la jurisprudencia de la Corte respecto al derecho a la vida, no tendría aplicación sino solo en lo atinente a las *“ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados”* y, en consecuencia y en todo caso, no sería aplicable a la presente causa, ya que ésta versaría sobre algo distinto. De esa forma, la Sentencia estaría acotando muy severamente lo que, hasta ahora, venía sosteniendo la jurisprudencia de la Corte en esta materia.

B.- Inaplicabilidad del Artículo 4.1 al presente caso

Y lo que señala ahora la Sentencia, resulta en funcional a las afirmaciones que hace posteriormente en ordena que: *“la ‘concepción’ en el sentido del Artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del Artículo 4 de la Convención”* (50), *“no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”* (51); y *“el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del Artículo 4.1 de la Convención Americana”* (52);

Como es evidente, el cambio jurisprudencial que significa la Sentencia es muy relevante.

(49) Párr. 172.

(50) Párr. 264.

(51) Párr. 223.

(52) Art. 264.

Para fundamentarlo, en la Sentencia se recurre a la interpretación de los términos “concepción” y “en general”, por entender que “para efectos de la interpretación del Artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano” (53) y al hacerlo recurre a la interpretación conforme al sentido corriente de los términos, a la interpretación sistémica e histórica y a la interpretación evolutiva, métodos que se encuentran previstos en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.

1.- Método del sentido corriente de los términos

Es éste uno de los aspectos en el que el presente voto disiente de la Sentencia, en mérito de que ésta procede sobre la base de que el “alcance” de los términos “concepción” y “ser humano” que utiliza la Convención, “debe valorarse a partir de la literatura científica” (54).

Y es que la Sentencia no tiene en cuenta que, no habiéndole dado la Convención a cada uno de esos términos “un sentido especial” en que constara “que tal fue la intención de las partes” de la misma (55) ni habiendo tampoco hecho remisión, para estos efectos, a la ciencia médica, lo que corresponde es atenerse al “sentido corriente” que se le atribuye a tales términos, que no se troque el sentido natural y obvio expresado en el fija el diccionario, el que, como ya se indicó, entiende por concepción la unión del óvulo con el espermatozoide. No corresponde, pues, para valorar o entender el sentido y alcance de los referidos términos, recurrir a la ciencia médica, toda vez que no es lo que esta última entienda como “concepción”, sino lo que los Estados Partes de la Convención entendieron por ello y que, se reitera, se expresa en el sentido corriente de esa palabra, expresada en el diccionario, el que, por lo demás y como también ya se indicó, coincide con la postura que, sobre la

(53) Párr. 176.

(54) *Ídem*.

(55) Art. 31.4 de la Conv. de Viena.

materia tiene parte muy relevante, quizás la mayoritaria (56), de la ciencia médica (57). Lo que ésta exprese es válida en la medida en que haya sido incorporada en el Derecho o éste se remita o renvíe a ella, lo que, empero, no acontece en el presente caso.

Sobre el particular, es menester adicionalmente llamar la atención acerca de que la Sentencia afirma que *“algunas”* ... *“que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena”* ... *“pueden ser asociadas a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones”*, ... *“concepciones”* que *“no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”* (58).

Tal afirmación es correcta. Empero, no se condice con la posición que en definitiva asume la Sentencia en esta materia. Efectivamente, mientras reprocha que la Resolución del Estado que motivó esta causa haya optado *“por una de las posturas científicas sobre este tema para definir desde cuando se consideraba que empezaba la vida “y que”* ...entendiera *“que la concepción sería el momento en que se fecunda el óvulo y asumió que a partir de ese momento existía una persona titular del derecho a la vida”* (59), ella opta por otra de las posturas, a saber, aquella que diferencia *“dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación”* y que consecuentemente sostiene que *“sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción”* (60).

Para sustentar lo anterior, la Sentencia acude a dos razones. Una, de orden científico, esto es, *“que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no suce-*

(56) Notas 265 a 3284 de la Sentencia.

(57) Párrs. 182 a 184.

(58) Párr. 185.

(59) Párr. 177.

(60) Párr. 186.

de" (61). Y la otra "que, al momento de redactarse el Artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación", por lo que, "al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación" (62).

En cuanto al primer argumento, es del caso considerar que, existiendo varias posturas científicas tanto en lo atinente a lo relativo al "comienzo de la vida" (63) cuanto al concepto de "concepción", como la misma Sentencia lo reconoce (64), se inclina empero, por una, la de que la concepción se produce al momento en que el embrión se implanta en el útero de la mujer, sin analizar los argumentos de las otras y, particularmente, de aquella que considera que "la vida humana inicia en la fusión espermatozoide-ovulo, un 'momento de concepción' observable" (65), descartándola sin más.

Ahora bien, esa posición de la Sentencia parece no tener correspondencia con lo que ella misma señala, por una parte, en cuanto a que "el primer nacimiento de un bebe producto de la Fecundación in Vitro ocurrió en Inglaterra en 1978 "y que "en Latinoamérica, el nacimiento del primer bebe producto de la Fecundación in Vitro y la transferencia embrionaria fuere portado en 1984 en Argentina" (66), y por la otra parte, en orden a que "la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado", ya que "antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer".

Efectivamente, de esas afirmaciones se desprende que no era, entonces, posible que en la época en que se suscribió la Convención, es decir, en 1969, se pudiese saber que era posible que

(61) Párr. 187.

(62) Párr. 187.

(63) Párr. 177.

(64) Párrs. 180 a 185.

(65) Párr. 182.

(66) Párr. 66.

“concepción” y “fecundación” fueran dos fenómenos distintos, absolutamente diferenciables. Y de allí, por lo tanto, que no es comparable la aseveración de que “la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado”. Puede que lo sea para algunos científicos en medicina, pero la definición de los redactores al respecto sigue manteniéndose en el Derecho aplicable.

Y con ello procede abordar la segunda razón invocada en la Sentencia como fundamento de su posición, cual es, el ya en el diccionario de la época, 1969, *“diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación”*. Ya se ha señalado (*infra...*) que ello en rigor, no es así. En la edición de 1959 del Diccionario no resulta evidente que los términos *“concebir”* y *“fecundar”* fuesen considerados antagónicos, distintos. Pero, además, no hay que olvidar que, en la edición de 1970 del Diccionario, esto es, la del año inmediatamente posterior al de la suscripción de la Convención, y hasta la vigente edición del mismo, mientras el término *“concebir”* es entendido como *“quedar preñada la hembra”* y el término *“preñar”* lo es como *“empreñar, fecundar o hacer concebir*.

Finalmente y siempre en el ámbito del empleo por la Sentencia del método del sentido corriente de los términos, ella afirma que *“la interpretación literal indica que [la] expresión “en general” se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular”* (67), concluyendo que *“la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla”* (68).

Sin embargo, ya se ha señalado en este escrito (*infra...*) lo que el Diccionario entiende por *“en general”*, lo que no dice relación alguna con excepcionalidad o excepciones. Si en la Convención se hubiese querido establecer una excepción, en vez de afirmar *“y, en general a partir de la concepción”*, se hubiese dispuesto, por ejemplo, *“y, excepcionalmente a partir de la concepción”*, lo que

(67) Párr. 188.

(68) Párr. 189.

no se hizo, precisamente para indicar que, en todo caso y en cualquier evento o circunstancia y quizá de una manera un tanto distinta, la protección que la ley debe dar al derecho de *"toda persona ...a que se respete su vida"*, se hará a partir de la concepción de esa persona.

2.- Interpretación sistemática e histórica

La Sentencia se refiere asimismo a la interpretación sistemática e histórica, invocando el Artículo 31 de la Convención de Viena, muy particularmente su inciso tercero, a los efectos de no sólo de tomar *"en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del Artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del Artículo 31)"*, esto es, el derecho internacional de los derechos humanos" (69). E igualmente y en el mismo acápite, indica que empleará los medios complementarios previstos en el Artículo 32 de la Convención de Viena *"para la determinación de la interpretación de los términos del Artículo 4.1 de la Convención Americana lo dispuesto en el Artículo 31.4 de la Convención de Viena, según el cual se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes"* (70).

a.- Regla del sentido especial de los términos

Desde una perspectiva metodológica, no se puede compartir lo recién indicado, ya que la referencia que formula al Artículo 31.4 de la Convención de Viena es hecha fuera de su propio entorno. Efectivamente, esa norma se inserta, como la final o última, de las normas que conforman lo que se conoce como la *regla general de interpretación*, constituyendo dentro de ésta, la *regla del sentido especial de los términos*, que es excepción a la del *sentido corriente de los mismos*. De modo, pues, que no forma parte de las normas que integran los *medios complementarios* previstos en el artículo siguiente al mencionado, esto es, el 32 de la Convención de Viena.

(69) Párr. 191.

(70) Párr. 193.

Dicho en otras palabras, de acuerdo a lo dispuesto en el citado Artículo 31. 4, “*la intención de las partes*” sobre el “*sentido especial*” de un término debe constar sea en algunos de los acuerdos, instrumentos o prácticas a que el Artículo 31 alude en sus numerales 2 y 3, y que se distinguen por estar íntimamente vinculados con el tratado correspondiente o por dar cuenta de un acuerdo sobre la interpretación del mismo, sea en una norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre tales Estados Partes.

b.- Regla del contexto y del desarrollo progresivo o evolutivo

Pues bien, en mérito de que el Estado los ha invocado, la Sentencia alude a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (71), el Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos (72), la Convención para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (73) y la Convención de los Derechos del Niño (74) y lo que se dispone en los Sistemas Universal (75), Europeo (76) y Africano de Derechos Humanos (77), así como lo que señala en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (78) y de siete tribunales constitucionales nacionales (79). Y lo hace en el marco de la interpretación sistemática e histórica, aunque respecto de algunos lo debería hacer en el de la *regla del contexto*, prevista en el Artículo 31.2 de la Convención de Viena y, en cuanto a otros, en la regla del *desarrollo progresivo del derecho*, contemplada en el Artículo 31.3 de la misma.

(71) Párr. 224.

(72) Párr. 225.

(73) Párrs. 227 y 228.

(74) Párrs. 229 a 233.

(75) Párr. 226.

(76) Párr. 234.

(77) Párr. 243.

(78) Párrs. 236 a 242.

(79) Párrs. 252, 261 y 262.

Empero, tales acuerdos e instrumentos no revisten las características para ser considerados como instrumentos o acuerdos celebrados con ocasión o en relación con la Convención y, por ende, que puedan ser tenidos en cuenta para la interpretación de ésta. Tampoco hacen, en rigor, referencia a la práctica ulteriormente seguida por los Estados Partes de la Convención en la aplicación de ésta por la cual conste el acuerdo de ellos acerca de su interpretación. Y en lo atinente a las normas de derecho internacional aplicables en las relaciones entre los Estados Partes, es evidente que ellas no son "*pertinentes*" al caso, tal como lo mandata el Artículo 31.4 de la Convención de Viena.

Y a mayor abundamiento, se debe señalar que lo estipulado en los aludidos tratados, lo dispuesto en los mencionados fallos de los tribunales internacionales y europeos y lo establecido en las citadas normas de derecho interno de los Estados Partes de la Convención, citados para interpretar a esta última, no pueden ser considerados como expresión sea de norma consuetudinaria, sea de principio general de derecho. No son costumbre internacional, dado que no constituyen precedentes, esto es, actos repetidos en forma constante y uniforme con la convicción de actuar conforme a derecho, y tampoco son principios generales de derecho, ya que no se infiere no deducen lógicamente de la propia estructura jurídica internacional o no son suficientes para que sean estimados como comunes a la gran mayoría de los Estados Partes de la Convención.

Pero, lo que resulta más significativo aún es que tales acuerdos e instrumentos no son procedentes en este caso no solo porque algunos de ellos no vinculan a los Estados Partes de la Convención, sino también porque lo único que demuestran o que lo que más bien se desprende de ellos, con una gran nitidez por lo demás, es que no contemplan la situación del no nacido aún o concebido precisamente para permitir o no prohibir el aborto (80).

(80) Párrs. 226, 227, 235, 236, 237 y 249.

c.- Regla sobre prevalencia de ley especial sobre ley general

Y es quizá por lo mismo que ninguno de ellos contiene una disposición como el Artículo 4.1 de la Convención, el que, por ende, constituye una peculiaridad del sistema interamericano de derechos humanos, circunstancia que, sin embargo, la Sentencia no considera al interpretarlo. Ella, consecuentemente, omite una regla de interpretación del Derecho en general y no solo del Derecho Internacional, incluido el Derecho de los Tratados, a saber, *"ley especial prevalece sobre ley general"*.

En efecto, dicha norma convencional forma parte del conjunto de normas internacionales que, aunque no alcanzan para ser calificadas como Derecho Internacional Americano, regional, especial o particular, son, con todo, particulares o especiales a los Estados Partes de la Convención. Por lo tanto, tal norma no puede ser interpretada acorde a normas del Derecho Internacional general o de otros Sistemas de Derechos Humanos que no lo contemplen, haciendo, de ese modo, que éstas prevalezcan sobre aquella o que, en última instancia y en la práctica, la modifiquen.

d. Incapacidad

Habida cuenta todo lo afirmado precedentemente, no se comparte la conclusión a la que arriba la Sentencia en lo atinente a la interpretación sistemática de la Convención y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, cuando señala que *"no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno"* de los artículos de esos textos, puesto que olvida lo que implican los conceptos de incapacidad absoluta y relativa de las personas que contemplan los distintos ordenamientos jurídicos y que impiden o limitan el goce de sus derechos, sin que por ello dejen de ser personas.

Pero, menos se puede coincidir aún con lo expresado en la Sentencia en orden a que *"teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (infra...), se puede concluir respecto al Artículo 4.1 de la Convención que el*

objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la protección del no nacido se realiza fundamentalmente a través de la protección de la mujer...”(81).

Y no se puede coincidir con lo afirmado en este párrafo ya que, por de pronto, entiende a la concepción como un fenómeno que *“solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer”*, lo que es correcto, pero que, al hacer referencia a otro párrafo, se está sosteniendo ello sobre la base de que *“la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión”*, lo que conduciría a considerar lo que se trata de un asunto que únicamente empecería a la mujer embarazada.

No se puede compartir lo sostenido en dicho párrafo dado que, en segundo término, si se hubiese querido señalar que la protección del derecho del no nacido *“a que se respete su vida”* se realizaría a través de la protección de la mujer embarazada, así expresamente se hubiese dispuesto, lo que no acontece.

En tercer lugar, no se coincide con lo afirmado en la Sentencia, ya que el Artículo 4.1 de la Convención, tal como está redactado, es suficiente para proteger a la mujer embarazada y, consecuentemente, al no nacido, protección que asimismo se expresa en lo prescrito en el Artículo 4.5 de la Convención, atingente a la prohibición de aplicar la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez, en el Protocolo de San Salvador y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, citados aquél y ésta por la propia Sentencia (82), instrumentos todos de los que se desprende que la mujer embarazada es sujeto de derechos humanos y no objeto o instrumentos de los mismos.

En síntesis, se discrepa de lo dicho en el transcrito párrafo pues él conduce a estimar que el concebido o no nacido y no solo el embrión hasta antes de su implantación, no tiene, *per se*, el derecho *“a que se respete su vida”*, sino que ello dependería no solo de

(81) Párr. 222.

(82) *Ídem*.

que se respete ese derecho de la mujer embarazada sino también que ésta quiera respetar el que le correspondería a aquél, eventualidad ésta que se aleja en demasía de la letra y el espíritu del Artículo 4.1 de la Convención y que, como es evidente, se relacionan con temas como el del régimen jurídico del aborto.

3.- Método de Interpretación evolutiva

La Sentencia recurre también, para interpretar el mencionado Artículo 4.1 de la Convención, al método interpretación evolutiva de los tratados, sobre la base de que *“los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”* y que dicha interpretación *“es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el Artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”* (83).

Y efectivamente esa sí. El Artículo 29 de la Convención (84) dispone que ninguna norma de la Convención puede ser interpretada suprimiendo, excluyendo o limitando, esto último más allá de lo por ella permitido, sea el goce de los derechos en ella o en leyes de los Estados Partes establecidos o que sea inherentes al ser humano o deriven de la forma democrática representativa de gobierno sea los efectos de la Declaración Americanas de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. Por su parte, el Artículo 31.3 de la Convención de Viena contempla la interpretación evolutiva de los tratados, centrándola en todo acuerdo o práctica ulterior de los Estados Partes del tratado pertinente acerca de la interpretación del mismo o en que conste el acuerdo entre ellos sobre el particular y en toda norma pertinente del Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Empero, resulta que los antecedentes que la Sentencia aporta sobre el particular no reúnen las condiciones establecidas en el

(83) Párr. 245.

(84) Ya citado.

Artículo 29 citado, habida cuenta que, en definitiva, ellos no apuntan sino a limitar a tal punto lo prescrito en el Artículo 4.1 de la Convención que lo hacen inaplicable al caso y, más aún, lo despojan de contenido o efecto útil en lo que se refiere a la frase “*y, en general, a partir de la concepción*”.

Y en lo concerniente al mencionado Artículo 31.3, mientras algunos antecedentes aludidos para determinar el status del embrión son jurisprudenciales de otros sistemas normativos y, por ende, que no dicen relación con acuerdos o prácticas de los Estados Partes de la Convención ni con normas de Derecho Internacional que le sean aplicables, otros, los pertinentes a legislaciones de Estados Partes de la Convención, son, como se verá más adelante (supra...), insuficientes y, en todo caso, ellos simplemente demuestran que en once de los veinticuatro Estados Partes de la Convención se practica la reproducción asistida, una de cuyas técnicas es la Fertilización in Vitro; que tres de esos países prohíben aquella “*por fines diferentes de la procreación humana*”; que uno de éstos “*prohíbe la congelación de embriones para transferencia diferida de embriones*”; que otro de ellos “*prohíbe la utilización de procedimientos que apunten a una reducción embrionaria*”; que el mismo Estado establece que “*el número ideal de óvulos y preembriones a ser transferidos no puede ser superior a cuatro, para no aumentar los riesgos de multiparidad*” y prohíbe “*la comercialización del material biológico, por lo que dicha práctica implica un delito*”; y que dicho Estado y otro permiten “*la criopreservación de preembriones, espermatozoides y óvulos*” (85).

De manera, en consecuencia, que no resulta consistente la conclusión a que llega la Sentencia en cuanto a que “*ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV*” (86). Y eso porque no solo no se da esa mayoría sino también porque no consta en autos antecedente alguno que demuestre

(85) Párr. 255.

(86) Párr. 256.

que los once Estados Partes de la Convención que permiten la reproducción asistida, lo han hecho en aplicación o consideración de lo previsto en el Artículo 4.1 de la Convención.

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

Finalmente, la Sentencia acude a la *regla del objeto y fin del tratado* a los efectos de demostrar que el derecho a la vida desde la concepción no es absoluto. Al respecto afirma que *“el objeto y fin del Artículo 4.1 es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”* (87).

No se puede estar más en desacuerdo con esta apreciación ya que el objeto y fin del Artículo 4.1., visto conforme al principio de buena fe, a los términos del tratado y en el contexto de éstos, no puede ser otro que efectivamente la ley proteja el derecho de *“toda persona... a que se respete su vida y, en general, a partir de la concepción”*, vale decir, que efectivamente se proteja ese derecho de toda persona, incluido, por tanto, el del concebido no nacido aún.

A este respecto, la Sentencia incurre, por otra parte, en una contradicción, a saber, que mientras antes señaló que el Artículo 4.1 de la Convención no era aplicable en este caso, en esta oportunidad, empero, lo invoca para sostener que entre los derechos e intereses en conflicto debe existir *“un adecuado balance”* (88). No se percibe cómo puede darse tal balance si se ha afirmado que el *“el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del Artículo 4.1 de la Convención Americana”* (89), esto es, no tendría derecho *“a que se proteja su vida”*, por lo que no habría derechos que balancear, armonizar o compatibilizar.

(87) Párr. 258.

(88) Párr. 260.

(89) Art. 264.

Por último, la Sentencia, para fundamentar lo que expresa, invoca, una vez más, sentencias sea del todo ajenas a los Estados Partes de la Convención, sea de únicamente de tres de éstos, del todo, en consecuencia, insuficientes para sentar una conclusión como a la que llega.

C.- Interrogantes sin resolver

La Sentencia expresa que, en atención a que el *“derecho absoluto a la vida del embrión “como base para la restricción de (otros) derechos..., no tiene sustento en la Convención Americana”, “no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos “requeridos para que un derecho pueda ser restringido, vale decir, que las “injerencias no sean abusivas o arbitrarias”, que estén “previstas en ley en sentido formal y material”, que persigan “un fin legítimo” y que cumplan “con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad” (90).*

Sin embargo, procede, pese a todo, a ese análisis, para *“exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión” (91) y con ello incurre, como se expresó, en una contradicción, habida cuenta que confronta ese sacrificio, no con la aplicación de un derecho, que en este caso y según la Sentencia, se reitera, no se aplica y que, de haberlo sido, implicaría una armonización entre los derechos en juego, sino con la prohibición de emplear la técnica de la Fertilización in Vitro.*

Obviamente, en tal comparación el resultado no puede ser otro que el que indica la Sentencia (92) y ello, en mérito de que, se reitera, no confrontan dos derechos sino algunos con una técnica.

Pero, aún en ese caso y respecto a la referida técnica, la Sentencia no puede desprender de los antecedentes sino conclusiones muy parciales. Efectivamente, ya se ha indicado que no es en la

(90) Párr. 273.

(91) Párr. 273.

(92) Párrs. 277 y ss.

mayoría de los Estados Partes de la Convención, sino únicamente en once de los veinticuatro, donde se practica la reproducción asistida, una de cuyas técnicas es la Fertilización in Vitro y que algunos de ellos se prohíben ciertos procedimientos vinculados a aquella.

Pues bien, lo que se colige de esos datos, no es “*que la Convención permite la práctica de la FIV*” (93), sino que la mayoría de los Estados Partes de aquella no han expresado nada al respecto, probablemente en mérito de que han entendido que tal técnica no ha sido, *per se*, regulada por el Derecho Internacional y, por lo mismo y dado, además, que la Sentencia desvincula lo dispuesto en el Artículo 4.1 de la Convención de la situación del embrión, al menos hasta el momento de su implantación en el útero de la mujer, ella formaría parte de su jurisdicción interna, doméstica o exclusiva (94).

No de otra manera se explica que algunos Estados Partes de la Convención prohíban ciertas técnicas de la Fecundación Asistida muy similares a las que la Sala Constitucional de la Corte Suprema del Estado tuvo en consideración al dictar su Resolución que ha dado origen a esta causa, no obstante que, eventualmente, podrían ser percibidas como atentatorias a algunos de los derechos por los que la Sentencia declara que el Estado ha violado la Convención.

Efectivamente, los referidos reparos que la mencionada Sala hizo al Decreto que declaró inconstitucional y contrario al Artículo

(93) Párr. 256.

(94) Concepto desarrollado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva sobre los *Decretos de Nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos* (7 de febrero de 1923), en la que sostuvo que el término de jurisdicción doméstica indicaba las materias que aun y cuando pudiendo tocar muy de cerca intereses de más de un sólo Estado, no eran en principio reglamentadas por el derecho internacional, es decir, las materias en las cuales cada Estado es único soberano de sus decisiones.

4.1 de la Convención en definitiva fueron que el *“embrión no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte”*(95), razones también esbozadas por tres de los Estados Partes de la Convención al prohibir la Fecundación Asistida *“por fines diferentes de la procreación humana”*, por uno de ellos al hacerlo respecto de *“la comercialización del material biológico”* y por otro de ellos al decretarlo en cuanto a *“la congelación de embriones para transferencia diferida de embriones”*, mientras uno de los Estados aludidos y un tercer Estado permiten *“la criopreservación de preembriones, espermatozoides y óvulos”* (96).

Finalmente es oportuno llamar la atención acerca del hecho de que, quizá precisamente porque sustrae el caso del Artículo 4.1 de la Convención, la Sentencia no hace mención alguna, en su parte declarativa de sus puntos resolutivos, acerca de dicha disposición. No manifiesta, como lo ha hecho en otros casos, que no procede pronunciarse sobre el particular o que el Estado es responsable o que, por el contrario, no es responsable por la violación de la misma. Sencillamente no dice nada al respecto, no obstante que, como se señaló, uno de los representantes expresamente alegó la violación del citado Artículo 4.1 de la Convención.

Consideraciones finales

Al dar las razones, como se ha hecho precedentemente, por las que no se comparte la Sentencia, se procura al mismo tiempo poner de relieve la importancia que tiene un asunto como el de autos, en donde está en juego nada menos lo que se entiende por *“derecho a la vida”* y cuando esta última comienza.

En rigor, en ello se ponen en juego no solo concepciones jurídicas, sino también filosóficas, morales, éticas, religiosas, ideológicas, científicas y de otros órdenes, todas las cuales muy legíti-

(95) Párr. 76.

(96) Párr. 255.

mamente concurren, en tanto fuentes materiales del Derecho Internacional, a la formación de la correspondiente norma jurídica, la que, empero, luego solo tiene que ser interpretada acorde a las fuentes formales del Derecho Internacional.

Y en el ejercicio de esa función interpretativa, indudablemente que la Corte tiene limitaciones. Y a otros tribunales han resaltado la dificultad de la tarea y aún la improcedencia de que tenga que ser un órgano jurisdicción al el que resuelva algo más propio, aunque no exclusivo, de la ciencia médica y respecto del cual, incluso en ese ámbito, aún no se logra un consenso (97).

Ahora bien, pese a esas dificultades y en cumplimiento de su mandato, la Corte ha debido dirimir la controversia planteada. Ello, sin embargo, no exime en lo más absoluto a los Estados de cumplir, su turno, el suyo, cual es, en la especie, ejercer la función normativa que les corresponde en este caso, regulándolo conforme lo consideren. De no hacerlo, se corre el serio riesgo, como en alguna medida acontece en autos, no solo de que la Corte incurriera en temas de esta naturaleza, los que, por lo mismo, reclaman un pronunciamiento más político, sino también que se vea obligada a asumir dicha función normativa, desnaturalizando su función jurisdiccional y afectando así el funcionamiento de todo el sistema interamericano de derechos humanos.

Eduardo Vio Grossi, Juez.

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario.

(97) Párr. 185 y nota 283.

L. O. A. M. - L. C. C/ SWISS MEDICAL S/ AMPARO

**Expte. N° 6100007/13. Juzgado Federal de
Salta N° 1, Argentina ***

VISTOS:

El recurso de apelación deducido por los actores a fs. 140/146; el Dr. Renato Rabbi Baldi Cabanillas, dijo:

CONSIDERANDO:

I.- Vienen estas actuaciones en virtud de la impugnación de referencia efectuada contra el decisorio de fs. 131/136 por el que se rechazó la acción de amparo incoada; imponiéndose las costas por el orden causado.

II.- Antecedentes.

Los actores, quienes se hallan unidos en matrimonio, habían iniciado acción de amparo solicitando "se ordene a la demandada que proporcione la cobertura integral y total de los gastos que insuma el primer intento de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) y en caso de resultar positiva, la cobertura integral del niño o niña por nacer, desde el embarazo, incluyendo el parto y el servicio neonatal. Asimismo, peticionaron para el caso de que no se produjese el embarazo, el reconocimiento de los in-

* <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/interpretacion-termino-concebido.pdf>

tentos que resulten necesarios para lograrlo a cargo del Dr. José María Aguilera” (fs. 12).

III.- A fs. 140/146 los recurrentes expresaron su disconformidad con la resolución impugnada por cuanto contiene una valoración incompleta de la normativa vigente, habiendo el juez de grado omitido, según relataron, referirse al derecho a la vida; a la salud (en particular a la salud reproductiva y el derecho de procrear); a una mejor calidad de vida; a la integridad física; a la autodeterminación y a la igualdad.

Conjuntamente, subrayaron que el magistrado soslayó la consideración de los Arts. 14 bis y 41 de la Constitución Nacional.

Asimismo, advirtieron que, contrariamente a lo sostenido por el a quo respecto a la supuesta omisión de acompañar prueba que detalle el procedimiento a seguir, hicieron especial hincapié en informar el tipo de tratamiento requerido. Sobre el punto reseñaron al diagnóstico emitido por el Dr. Juan José Aguilera, el estudio de espermograma histernosalpinografía, el informe psicológico de ambos y el presupuesto del profesional tratante.

A las consideraciones que anteceden añadieron, con cita del reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “A. M. y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica”, sent. del 28/11/12, que la prohibición de la fecundación in vitro constituye una discriminación contra las personas con discapacidad; que el embrión no está sujeto al derecho a la vida al igual que las personas, ejerciéndose su protección a través del derecho que tienen las mujeres embarazadas y que las leyes de protección de embriones no pueden afectar el derecho de las mujeres de ampararse en el ordenamiento internacional.

A su turno sostuvieron que la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha entendido que la salud reproductiva y sexual es fundamental para las personas, las parejas y las familias, así como para el desarrollo social económico de las comunidades y naciones.

Luego de definir e incluir a la infertilidad dentro de las problemáticas vinculadas con la salud reproductiva aseguraron que para hacer efectivo el derecho a la salud, de rango constitucional, resulta necesario garantizar la salud reproductiva y con ello los tratamientos que permitan su acceso, incluidos los requeridos para paliar la infertilidad.

En este contexto, afirmaron que tanto las empresas de medicina prepaga como las obras sociales están obligadas a atender todos los embarazos, partos y tratamientos de los recién nacidos, más allá de cómo hayan sido concebidos, puesto que, en caso contrario, aseguraron, se estaría ante una forma de discriminación hacia ellos y respecto de la población de menos recursos que ve frustrado su anhelo de descendencia y vulnerado su derecho a la protección de la familia consagrado en el Art. 14 bis de la Carta Magna.

Por último precisaron con relación a los costos de las técnicas solicitadas que el hecho de que el magistrado interviniente tenga la facultad de tomar una decisión distributiva de recursos escasos, como lo son los medios económicos con que cuenta una obra social o una empresa de medicina prepaga, no significa de manera alguna que ello sea causa suficiente para privarlos del goce al derecho a la salud reproductiva, el que no puede verse vulnerado o restringido, según aseveraron, por razones o motivos meramente económicos. Caso contrario, señalaron, el citado derecho quedaría reservado a las personas que poseen los medios económicos para solventar los tratamientos más sofisticados y eficaces contra la esterilidad y resultaría vedado para quienes carecen de recursos suficientes.

IV.- A fs. 148/157 vta. obra la contestación del traslado que le fuera conferido a Swiss Medical S.A. expuso la accionada que la sentencia de la anterior instancia se halla fundada en sólidos argumentos y en un análisis profundo y técnico de la totalidad de los antecedentes presentados por los actores, así como de la normativa vigente.

Sobre la alegada omisión de abordaje del derecho a la salud y en particular a la salud reproductiva adujo que el juez ha merituado correctamente todas las probanzas arrimadas a la causa y ha valorado acertadamente el derecho aplicable, entendiendo que ninguna normativa impone a los agentes del seguro de salud y a las empresas de medicina prepaga, la obligación de brindar prestaciones asistenciales referidas a la tecnología de reproducción asistida.

Así también destacó el apartado 13 del contrato firmado por la Sra. L. O. A. M. en el que se lee “quedan expresamente excluidas de la cobertura que Swiss Medical brinda a sus asociados: ...l) investigación, tratamiento y/o intervenciones quirúrgicas para la infertilidad, tales como inseminación artificial o asistida, fertilización in vitro, monitoreo de la ovulación, etc., cualquiera sea su indicación”.

De igual modo manifestó que, muy por el contrario, a los agravios vertidos por los amparistas, necesariamente debe dictarse una ley respecto del objeto de esta acción. En este sentido, explicó que el Estado a través del dictado de diversas normas expresamente ha establecido con qué términos y alcances ha delegado en terceras personas el cuidado de la salud de sus habitantes. Con cita del Art. 28 de la Ley 23.661 y de la 24.754 explicó que las prestaciones obligatorias que los Agentes de Salud deben cubrir se encuentran actualmente enumeradas por el PMO, no encontrándose incluido en dicho programa el tratamiento aquí solicitado.

Añadió que la técnica en cuestión ya existía al momento de aprobarse la última versión del PMO por lo que concluyó que en esa oportunidad el legislador –que es el único órgano de la Constitución que puede imponer conductas obligatorias (Art. 19 de la CN)–, consideró que no habría razones para incorporar dentro de las prestaciones médicas obligatorias a cargo de las Obras Sociales y Prepagas a la fertilización asistida.

En ese horizonte expresó que no obstante que existen expresos mecanismos de actualización del PMO el tratamiento peticionado nunca fue incorporado.

A lo que agregó que la aplicación de las nuevas tecnologías a los beneficiarios debe realizarse con las máximas garantías de calidad, seguridad, eficacia y eficiencia para una adecuada asignación de prioridades a la cobertura de salud de la población además de contar con la previa evaluación de mérito y conveniencia por parte de la autoridad sanitaria.

Endilgó responsabilidad al Estado Nacional para el supuesto de que debiendo hacerlo no haya articulado las herramientas suficientes y necesarias para imponer tal o cual cobertura de salud, asegurando que es contra aquél que debió dirigirse la demanda interpuesta.

Arguyó por otra parte que la pretensión postulada por los amparistas convertiría al juez en legislador avasallando lo establecido en la Constitución Nacional con relación a la división de poderes. Citó jurisprudencia.

Asimismo, sostuvo que la documentación médica aportada por los actores resulta insuficiente tal cual lo ha mencionado el a quo ya que el procedimiento de fertilización cuya aplicación se pretende no ha sido mencionado específicamente ni se ha determinado en un grado mínimo que permita vislumbrar su alcance.

Luego advirtió que existen diversas cuestiones de tipo éticas, morales, religiosas y hasta jurídicas que hacen improcedente el pedido invocado frente al vacío legal que presentan las mismas.

V.- A fs. 159/160 vta. se encuentra agregado el responde de la Obra Social de Capataces Estibadores Portuarios (OSCEP) solicitando el rechazo del recurso presentado por los actores.

En primer lugar, estimó que la impugnación referida resulta formalmente inadmisibile al no contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que se consideran erróneas, sino que se trata, aseguró, de una simple manifestación de disconformidad con el resultado al que ha arribado el juez de la anterior instancia. En este punto adujo que del escrito de apelación se puede apreciar que constituye una remisión a presentaciones anteriores de lo que incluso da cuenta los errores del título de encabezamiento.

Citando doctrina requirió que el recurso sea declarado desierto.

Subsidiariamente, hizo hincapié en la ausencia de leyes que establezcan como obligatoria la cobertura solicitada, lo que dijo haber sido reconocido por los amparistas; en la insuficiencia de la prueba aportada respecto al tipo de tratamiento que se pretende y sus alcances; en la escasez de los recursos de las entidades prestarias del servicio de salud y en el impacto negativo que la admisión de la pretensión de los actores tendría en la economía de aquellas.

VI.- Sobre la alegada falta de fundamentación del recurso impetrado.

Sobre el particular, el Art. 265 del CPCCN dispone que “el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas”.

Cabe señalar que “por expresión de agravios debe ser entendido un escrito por el cual el apelante sostiene su recurso, efectuando un ordenado y claro detalle de cada uno de los errores que, en su entender, haya podido incurrir el pronunciamiento en cuestión, bastándose a sí mismo. Ello porque los agravios van dirigidos a rebatir a la sentencia como culminación del contradictorio” (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, “Milei, José A. c. Espósito, Salvador”, sent. del 28/08/1981; “Herman, Roberto D. c. Transporte Luján, S. A., sent. del 23/11/1987; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, “Litvak, Ida c. Álvarez, Jorge Enrique y otro”, sent. del 12/12/2009, www.laleyonline.com). La expresión de agravios no importa una simple fórmula, sino que constituye una verdadera carga procesal, debiendo contener el estudio minucioso y preciso de la sentencia de que se apela y condensar los argumentos y los motivos que demuestren los errores cometidos por el juez de primera instancia para que el Tribunal de Alzada pueda apreciar en qué puntos y por qué razones el apelante se considera perjudicado en sus derechos (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia, sala II, “Cardozo, Verónica Ra-

quel c. Sánchez, Juan José y/o Transporte Puerto Vicentini S.R.L. y/o quien resulte propietario, usufructuario, resp. del vehículo dom. 949 y/o Q.R.", sent. del 08/09/2009, www.laleyonline.com).

Pues bien; del examen de la pretensión revisora, se advierte que el escrito satisface mínimamente las exigencias que establece el citado Art. 265 del Código de forma a la luz de la jurisprudencia y de la doctrina antes mencionadas.

VII.- De la cuestión de fondo.

1. Introducción.

En lo concerniente a la materia sub discussio esta Cámara ha tomado posición en la causa "R., N. F. – O.N. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Amparo" (en adelante "R., N. F."), sent. del 03/09/10. En ella, luego de analizar los derechos constitucionales implicados (a la salud de la mujer y a la vida e integridad física de los embriones, extensiva de los ovocitos pro nucleados por aplicación del principio pro homine), se propició la armonización de esos derechos en juego y el resguardo, en la mayor medida de lo posible, de su contenido esencial. En ese horizonte, se advirtió que la falta de fundamentación acerca de si la técnica a emplearse sería respetuosa no solo del derecho a la vida e integridad de la receptora, sino del o de los embriones que se requieran, sellaba la suerte adversa de la pretensión. Así también se puso de resalto las controversias científicas y ético-jurídicas que, in genere, suscitan las diversas técnicas de fecundación in vitro y se destacó que los recaudos que la Administración asume frente a los avances científicos constituyen un aspecto del poder de policía del que se halla plenamente intitulado. Finalmente, con cita ejemplificativa de la ley alemana sobre la materia, se expuso el temperamento que se entiende respetuoso del reconocimiento de la personalidad de los embriones (la transferencia obligatoria a la madre de todos los embriones obtenidos, que no podrán ser más de tres por ciclo y la consecuente prohibición de la crioconservación).

Pues bien; aun cuando se mantiene plenamente el temperamento de la jurisprudencia allí sentada en cuanto propicia el res-

guardo de los derechos de los embriones, la reciente sanción de la ley N° 26.862 de fertilización asistida por la que se garantiza “el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” (Art. 1), constituye un hecho nuevo que torna procedente la decisión que para este caso se adopta, con las precisiones y por los fundamentos que a continuación se efectúan.

2.- Del Fallo de la Corte Interamericana dictado en la causa “Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) c/ Costa Rica”.

Sobre el particular, en razón de que la recurrente hizo mérito (cfr. fs. 143 vta.) de que en fecha 28/11/12 se dictó la aludida resolución, se formularán algunas consideraciones sobre el particular. Dicho Tribunal, en efecto, sostuvo –en síntesis– que a partir de la implantación y no de la fecundación, el embrión es considerado persona y titular del derecho a la vida y que la prohibición del uso de las técnicas produjo una discriminación indirecta respecto de las personas con infertilidad, a las que consideró protegidas por los derechos de las personas con discapacidad.

Las consideraciones apuntadas, cuyo punto de partida es el desconocimiento de la personalidad del embrión, son opuestas a la posición adoptada por esta Cámara en el precedente “RNF”, por lo que se impone, en principio, la determinación de los efectos que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) tienen en el derecho interno.

A.- Sobre los efectos de las sentencias de la Corte Interamericana de Justicia en el derecho interno.

A partir del ingreso de nuestro país al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y especialmente con la reforma constitucional de 1994, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han ocupado del asunto relativo al carácter vinculante o no de las sentencias del tribunal internacional de mención.

Al respecto, cuando se trata de una decisión recaída en un proceso en el que nuestra República ha sido parte, resulta obliga-

torio su cumplimiento, tal y como se desprende del Art. 68.1 de la citada Convención.

En efecto la citada norma determina con exactitud los alcances de las resoluciones de la CIDH respecto de los países signatarios de la Convención, al disponer que “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte **en todo caso en que sean partes**” (el destacado me pertenece), de lo que, a *contrario sensu* se deduce que “no hay compromiso de los Estados a cumplir con las decisiones de la CIDH en aquellos casos en que no fueron partes, o sea, la jurisprudencia general del tribunal” (Thury Cornejo, Valentín, “La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, www.elderecho.com.ar).

Al respecto, el Procurador General en su conocido dictamen en la causa “Acosta” (Fallos 335:533, del 08/05/2012, www.pjn.gov.ar) advirtió –en un segmento de su escrito sobre el que no se pronunció el Alto Tribunal– que, “según el derecho interamericano, las únicas decisiones de los órganos de protección del sistema interamericano que son obligatorias para los Estados son las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, y ello, por un lado, en los términos del Art. 68.1 de la Convención Americana (...) (cf. dictámenes en las causas D. 1682, XL, “Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción”, del 1° de septiembre de 2006, publicado en Fallos: 330:3074; C. 1495, XLIII, “Castañeda, Carlos s/sustracción y destrucción de medios de prueba”, del 9 de marzo de 2009, Fallos: 334:1489 y, especialmente, “Carranza Latrubesse”, [“Carranza Latrubesse, Gustavo c/Estado Nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores– Provincia de Chubut”, del 1° de septiembre de 2009]), criterio éste similar al reconocido, por otra parte, por la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán respecto de las sentencias contenciosas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cf. Bundesverfassungsgericht, Segundo Senado, –2 BvR 1481/04– sentencia del 14 de octubre de 2004)”.

A lo que agregé: “de este modo, la decisión de la Corte Interamericana en un caso contencioso es obligatoria respecto de un

Estado parte de la Convención Americana que aceptó la competencia de la Corte Interamericana y fue parte en el proceso internacional concreto en el cual esa decisión fue dictada y, además, lo es exclusivamente en relación con ese proceso concreto. Las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales, erga omnes, sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado”.

Sobre este asunto, nuestro Tribunal Cintero ha descripto un fecundo camino cuyo inicio puede encontrarse en el famoso caso “Ekmekdjian c. Sofovich” (Fallos: 315:1492, de 1992, es decir anterior a la reforma) en el que precisó que la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica debe “guiarse” por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación de aquél (Fallos: 315:1492), temperamento que siguió en las causas “Girolodi” (1995, Fallos: 318:514), “Nápoli” (1998, Fallos: 327:2869), “Felicetti” (2000, Fallos: 323:4131) y “Alianza” (2001, Fallos: 324:3143), debiendo remarcar, en lo que aquí interesa, que en “Felicetti” se señaló (consid. 6º) que “la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales – equiparable al recurso de revisión-, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público y posee jerarquía constitucional” (el destacado no pertenece al original).

Con posterioridad en el fallo “Espósito” (2004, Fallos: 327:5668) se afirmó “que tanto de los términos expresos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como de su contexto se desprende que cuando ese instrumento convencional ha querido asignar carácter obligatorio de las decisiones emanadas de sus órganos de aplicación lo hizo en forma explícita. En este sentido la Convención dispone que ‘...Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte...’ (Art. 68.1), por lo que la obligatoriedad del fallo no admite dudas en la medida que el Estado Nacional ha reconocido explícitamente la competencia de ese tribunal internacional al

aprobar la citada convención (ley 23.054)” (voto de los jueces Belluscio y Maqueda, consid. 9°), criterio luego reiterado en “Derecho” (2011, Fallos: 334:1504).

Y si bien alguna doctrina (confr., sin pretensión de agotar las menciones, Juan Carlos Hitters, Silvina Beatriz Trebucq, Federico Abel, Néstor Sagües, Daniel Alberto Sabsay, entre otros) ha considerado que el Alto Tribunal abandonó este temperamento en los precedentes “Mazzeo” (2007, Fallos: 330:3248) y “Videla” (2010, Fallos: 333:1657), una atenta lectura de sus términos conduce a desmentir tal exégesis. Es que reputar a la jurisprudencia de la CIDH como “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (voto de los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco, consid. 20, de la citada causa “Mazzeo”, el énfasis se ha añadido), no es sino una manera –quizás más enfática pero no diversa– de considerarla una “guía” respecto de la inteligencia que debe otorgarse al Pacto.

Y eso es lo que, en rigor establece la doctrina de la CIDH emitida en un caso contencioso en el que la República Argentina no fue parte –la causa “Almonacid Arellano vs. Chile” (2006)– en el que el tribunal internacional expresó que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (CIDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124).

En verdad, el Tribunal interamericano no señala, pues, más que lo obvio, en tanto que expresa que ningún funcionario del Estado –incluidos los jueces– pueden desconocer las normas vigentes (constitucionales e infraconstitucionales).

Sobre tales bases, el Procurador General en la citada causa “Acosta”, puso de resalto, en contra de la interpretación que se había inferido a propósito de lo resuelto por la CIDH en el caso “Almonacid”, que “parece claro que la eficacia general de la jurisprudencia de la Corte Interamericana no puede inferirse lógicamente de la cita de las sentencias de ese tribunal que la afirman, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si las sentencias de la Corte Interamericana tienen valor general más allá de los términos estrictos del Art. 68.1 de la Convención. En otras palabras, sólo es posible afirmar que existe un deber jurídico de seguir la jurisprudencia de la Corte Interamericana en virtud de la doctrina judicial del ‘control de convencionalidad’, si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana en general (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio sería necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia. Esta razón no podría pretender ser hallada en el argumento de que la Corte Interamericana es el último intérprete de la Convención. Este argumento sólo dice que la Corte Interamericana tendrá la última palabra sobre la interpretación de la Convención en los procesos internacionales seguidos en el sistema interamericano. Pero en los procesos judiciales internos, (...) [la Corte Suprema de la Nación] es el último intérprete del derecho constitucional, y ello incluye también a los instrumentos internacionales incorporados en el bloque de constitucionalidad (Art. 116 Constitución nacional)”.

Y en ese sentido advirtió que, si fuera acertada la exégesis que aquí se controvierte, ello implicaría que la CIDH se habría convertido “en intérprete supremo de una porción del derecho constitucional argentino (precisamente aquella porción que co-

rresponde a la Convención Americana) en contra de lo dispuesto por los arts. 108 y 116 de la Constitución nacional”.

De igual modo, el glosado dictamen apuntó que “no es plausible sostener que la reforma constitucional de 1994, a través de la cláusula ‘en las condiciones de su vigencia’, incorporada en el Art. 75, inc. 22, de la Constitución, haya modificado los citados arts. 108 y 116, pues la ley 24.309 (B.O. 31 de diciembre de 1993), que declaró la necesidad de la reforma constitucional, no atribuyó a la Convención Nacional Constituyente competencia para modificar las normas de la Constitución relativas al régimen de organización y atribuciones del Poder Judicial de la Nación; por lo tanto, no podía alterar la competencia de los tribunales locales y la supremacía de V.E. en cuanto a la interpretación de todas y cada una de las normas constitucionales”.

Por lo demás, no es plausible arribar a la conclusión desechada por la Procuración porque muy otro es el cabal sentido de la señalada expresión “en las condiciones de su vigencia”, tal y como lo explican los propios redactores de la cláusula en la aludida reforma de 1994.

Sobre el particular, el Convencional Barra, miembro informante de la norma bajo examen, expuso que “los tratados sobre derechos humanos que adquieren y adquieran en el futuro rango constitucional, lo hacen ‘en las condiciones de su vigencia’, esto es, tal y como fueron incorporados al ordenamiento argentino (...). Es decir, la manifestación internacional del consentimiento obligatorio de nuestro país –lo que se hace, y por tanto, esto integra necesariamente el acto o tratado– con las reservas y declaraciones interpretativas, si las hubiese” (www.infoleg.gov.ar, el resaltado se ha agregado).

Y agregó el autor citado: “en las condiciones de su vigencia” refiere a que los tratados se incorporan “tal y como rigen del modo como se encuentran en nuestro Derecho. Se trata de una especificación de la máxima importancia ya que nuestro país, al momento de ratificar los instrumentos que aquí se constitucionalizan, ha formulado reservas y declaraciones interpretativas respecto de

éstos, de suerte que la vigencia de dichos tratados para con la Argentina ha de entenderse –de acuerdo con las prácticas del Derecho Internacional Público– de conformidad con el modo en que nuestro país ‘manifestó su consentimiento’ en obligarse por aquellos, es decir, de conformidad con la declaración manifestada en el denominado ‘instrumento de ratificación’ y en el que se explicitan las reservas y declaraciones interpretativas en relación a cada uno de los tratados de que se trate” (Barra, Rodolfo Carlos, “Declaraciones, Tratados y Convenciones Internacionales”, en AA.VV., “La reforma de la Constitución explicada por los miembros de la Comisión Redactora”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 180, el añadido no pertenece al original).

En el mismo sentido, Horacio D. Rosatti, también convencional constituyente, afirmó que “no me consta en absoluto que la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ de los tratados internacionales haya sido interpretada en la Convención Constituyente de 1994 (...) implicando la subordinación del orden local a las interpretaciones que en ámbitos internacionales se realicen sobre tales documentos. Me consta, por el contrario, que la expresión en análisis remite a las modalidades de la incorporación de tales tratados en el orden jurídico argentino (vgr: con o sin reservas (y en este último caso ‘según ellas’), con o sin jerarquía constitucional). Puedo afirmar, como convencional constituyente e integrante de la Comisión de Redacción de la Reforma de 1994, que el fundamento histórico de la incorporación de esta expresión en la Convención – más allá de que una vez inserta en el texto constitucional tal expresión cobra vigencia generalizada– no fue otro que reforzar (indirectamente) la posición de un sector de convencionales que aspiraba a consagrar constitucionalmente el criterio de que la vida humana comienza desde el momento de la concepción. Dado que este tema (el de la definición del inicio de la vida humana) no estaba habilitado por la ley de convocatoria, y habida cuenta de la resistencia de un importante sector de la Convención a debatirlo (no sólo por apelación a los términos de la Ley 24.309 sino también por motivos sustantivos o conceptuales), el grupo de convencionales que pugnaba por el tratamiento de la cuestión entendió que la

incorporación de la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ – referida a los tratados individualizados por el Art. 75 inc. 22) segundo párrafo– permitía ‘elevar’ a la jerarquía constitucional la reserva realizada por la República Argentina (entender ‘por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad’) a la Convención sobre los Derechos del Niño” (“El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, www.laleyonline.com, el énfasis se ha añadido).

Y a este respecto, cabe destacar que el más Alto Tribunal tiene dicho que la primera regla de interpretación es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 302:973, 312:529, 314:1842, entre muchos otros) y a su voluntad (Fallos: 330: 2800; 331:866, entre muchos otros), tarea en la que no pueden descartarse los antecedentes parlamentarios y el mensaje del órgano que lo propone, que resultan útiles para conocer su sentido y alcance (Fallos: 328:2627 y en el mismo sentido, 323:3386; 325:2386, entre otros).

Por último, cabe agregar –a fin de desacreditar que la expresión bajo análisis pueda suponer la obligatoriedad erga omnes de la interpretación del Pacto por parte de la CIDH en nuestro país– que, en el citado dictamen emitido en el “Acosta”, se añadió que la postura criticada “conduciría también a la invalidez de la parte del Art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional en la que pretende apoyarse. En efecto, si la cláusula ‘en las condiciones de su vigencia’ significase que, además del texto de los tratados expresamente mencionados en el Art. 75, inc. 22, también la jurisprudencia de los órganos internacionales de control respectivos forman parte de la Constitución (nótese que esa disposición dice ‘tienen jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia’), entonces cada cambio en la jurisprudencia de estos órganos tendría, en los hechos, el efecto de modificar la Constitución. Pero dado que la Convención constituyente de 1994 tampoco estaba habilitada para modificar el régimen de reforma constitucional del Art. 30 (dicho régimen se encuentra regulado, por lo demás, en la primera parte de la Constitución, cuya modificación la ley 24.309 había prohibido explícitamente), esta conclusión resulta poco persuasiva, porque,

como dije, conduciría a la invalidez de la reforma constitucional en dicho punto”.

Pero hay más; si se explora en nuestra propia tradición constitucional, la conclusión que surge diáfana es que, si ni siquiera las decisiones de nuestro más Alto Tribunal poseen carácter vinculante, a fortiori no cabe predicar semejante concepto de las sentencias de un tribunal internacional fuera del referido alcance del Art. 68.1 del Pacto.

En efecto, es conocida la jurisprudencia del Alto Tribunal que expresó que sus resoluciones solo ostentan –para los tribunales de la República- una “fuerza moral” (Fallos: 330:4040, 332:1488, entre muchos otros). Y al respecto –con sustento en esa doctrina- esta Cámara ha sostenido que “para los jueces de la República (...) los argumentos de la CSJN –y mutatis mutandi de la Corte IDH-, ostentan un respeto moral que no impide que razones específicas (...) autoricen a no seguirlos en la resolución de los casos sometidos a su conocimiento” (“Cabezas Daniel Vicente y otros s/ Denuncia –Cabeza de Buey”, Sent. del 20/04/10).

Finalmente, en línea con los argumentos vertidos, se tiene que la tesis que se sostiene ha sido igualmente adoptada en el derecho comparado. Así el más alto tribunal mexicano indicó que “los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de las sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona (...). De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger” ([TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 2; Pág. 550, www.scjn.gob.mx).

A su turno, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la sentencia dictada en el caso "Handyside c. Reino Unido", del 7 de diciembre de 1976, ha adoptado la conocida doctrina del "margen de apreciación" que busca, por el debido reconocimiento al orden jurídico interno de cada estado, otorgar deferencia al criterio de protección que en ese ámbito sea acordado a los derechos fundamentales.

Y más todavía: en el tantas veces mencionado dictamen de la Procuración en la causa "Acosta" se sugiere que tampoco las decisiones de la CIDH adoptadas en los términos del Art. 68.1 resultan obligatorias para el Estado que fuere parte del proceso si "imponen una medida que implique desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno", lo que ha sido reflejado en el voto del juez Fayt en la causa "Derecho" cuando sostiene que "en el ámbito nacional, el Art. 27 de la Constitución Nacional prohíbe cualquier interpretación que asigne al Art. 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer el Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, vulnerándose principios de orden público local". (consid. 13, de su voto, el énfasis se ha añadido).

Por lo que queda dicho, cabe concluir que la sentencia dictada por la CIDH en la citada causa "Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro) c/Costa Rica" carece de fuerza vinculante respecto de la decisión que aquí se toma.

B.- Sobre el análisis del dictum de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

B.1. Cuestiones preliminares.

Habiendo concluido que el dictum de la CIDH tiene entonces un carácter orientativo de las resoluciones de aquellos casos de las características del que lo suscitó, corresponde examinar lo allí establecido.

En este sentido, cabe destacar que desde el considerando 142 hasta el 150 incluidos, el tribunal internacional se expidió acerca de los alcances del derecho a la vida privada, a la autonomía y desarrollo personal y al consiguiente derecho a establecer y desa-

rollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior.

Asimismo, consideró que la decisión de ser o no madre o padre forma parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico. En ese contexto, entendió implicados en la cuestión tratada los derechos a fundar una familia, a la integridad física y mental y específicamente los reproductivos de las personas. Puso también de relieve el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria.

Pues bien; este catálogo de derechos –en lo esencial: derecho a la salud y a la maternidad- ha sido igualmente reconocido en el citado precedente “R., N. F.” de esta Cámara y admitida su jerarquía constitucional.

No obstante, a diferencia de la decisión de la CIDH, en aquella oportunidad se aclaró que los límites en el ejercicio de esos derechos se encontraban en los de los demás; en la satisfacción de las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática y en la seguridad de todos (inc. 2, Art. 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos e incs. 1 y 2 del Art. 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

En este orden de ideas, y habiendo reconocido, además, la personalidad del embrión desde la fecundación, y por extensión al ovocito pro nucleado, se sostuvo que los mencionados derechos a la salud y a la maternidad debían compatibilizarse con los que poseen los embriones a la vida y a la integridad física. Es pues precisamente en este punto en el que la sentencia interamericana sub examine se distancia de la dictada en esta sede, haciéndose imprescindible el análisis en particular de las consideraciones que sustentaron aquel fallo.

B.2. De la negada personalidad de los embriones.

La CIDH se adentró en esta cuestión partiendo del análisis del alcance de los Artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y

“en general”, estructurando su examen de acuerdo con los siguientes criterios de interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) de acuerdo con el objeto y fin del tratado.

i) Al abordar el asunto desde la perspectiva “del sentido corriente de los términos” consideró que la definición de persona ancla en las menciones que se hacen en el tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano”, términos cuyo alcance, sostuvo, deben valorarse a partir de la literatura científica.

En cuanto a lo que ha de considerarse por “concepción”, el Tribunal hizo notar que “la prueba en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de ‘la concepción’. En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de ‘concepción’ que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer” (parág. 179, el énfasis se ha añadido).

La afirmación que antecede, teniendo en cuenta que, efectivamente, a la época de la Convención Americana de Derechos Humanos la fecundación humana extra corpórea no había sido realizada, no hace más que evidenciar que los vocablos concepción y fecundación admitían un empleo indistinto a los efectos de referirse al inicio de la vida humana pues, como bien señala el tribunal interamericano, sólo y a partir de las FIV se “refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación”.

En este orden de ideas, las precisiones dadas por el perito Zegers, actuante en aquella causa, y tomadas por el tribunal en el considerando 181, al decir que “cuando se firmó la Convención Americana en 1969, la Real Academia de la Lengua Española definía ‘concepción’ como ‘acción y efecto de concebir’, ‘concebir’ como ‘quedar preñada la hembra’ y ‘fecundar’ como ‘unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un

nuevo ser”, ponen de manifiesto que los términos “concepción” y “fecundación” connotan la existencia inicial de la vida humana, con apenas una diferencia de matices, ya que en un caso se hace hincapié en el estado que suscita en quien la lleva en sí y en el otro en el acto que la origina.

Sobre tales bases, resulta desacertada, desde un doble punto de vista, la conclusión de la CIDH cuando expone que “al momento de redactarse el Artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación. Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación” (el destacado no pertenece al original).

De un lado, porque nada dice al respecto la definición que daba, v.gr., el diccionario de la Real Academia –el más emblemático en la materia- al momento de redactarse el Artículo 4 de la Convención Americana, la cual, en efecto, expresa “toda persona tiene derecho a que se respete su vida (...) a partir del momento de la concepción” (énfasis añadido). Más aún, “según la edición 2005 del Diccionario Espasa Calpe de Sinónimos y Antónimos, embarazo, gestación, gravidez y preñez son sinónimos, así como preñar, empreñar, fertilizar, concebir y engendrar son sinónimos de embarazar pero ninguno de ellos es sinónimo de anidar” (Carrero Valenzuela, R. D. – Álvarez Sanguedolce, A. S. A., “La vida humana como algo más que un bien jurídico. El comienzo de la vida y del embarazo humanos desde la biología y la historia reciente”, www.laleyonline.com.ar).

De otro, porque, como se expuso, las prevenciones sobre el uso de las palabras “concepción” y “fecundación” revisten interés recién a partir de las FIV, con lo que, al tiempo de la Convención, la elección por una o por otra no indica per se la adopción de la postura que la CIDH sostiene, máxime si tal señalamiento es categóricamente desmentido, como se verá, por la interpretación histórica.

Por otra parte, el tribunal interamericano reconoció “que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida” (parág. 185), subrayando “que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término ‘concepción’. Una corriente la entiende como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. Otra, como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero” (confr. parág. 182).

En cuanto a los postulados que apuntalan la primera, el tribunal internacional se hizo cargo de que “de la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto” (parág. 182), “con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ‘ser humano’” (parág. 186).

En lo relativo a los que sustentan la segunda, expuso que “la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión” (parág. 182), permitiéndole “sumar su potencial genético con el potencial materno” (parág. 183).

Seguidamente, inclinándose por esta última posición explicó que “sólo al cumplirse la implantación se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Asegurando a continuación, “lo cierto es que si (...) el embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo” (parág. 186).

A lo que añadió, “el término ‘concepción’ no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella.

Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación" (parág. 187).

Pues bien; las precedentes afirmaciones no parecen resistir la crítica que se efectuará a continuación.

En primer término, de las propias palabras de la Corte se desprende que existe ya el inequívoco reconocimiento –a partir de la evidencia científica- de que con la fecundación se está ante una "célula diferente" que posee "información genética suficiente" para permitir "el desarrollo humano". Desde luego, para el referido desarrollo es menester su implantación, más dicha ausencia no priva al embrión de su ya reconocida –científicamente– condición de humanidad, en tanto las células que lo componen (portadoras, como se dijo, de una información genética propia y distinta de la de sus progenitores) son de naturaleza "totipotente", es decir, "contiene[n] todo el ser humano" (Andorno, Roberto, *La distinción jurídica entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, París, 1996, p. 126, nota 341), con entera prescindencia de que su desarrollo cubra, por ejemplo, un período de cinco meses o de cincuenta años, pues esto alude a contingencias meramente accidentales que, es claro, no rozan la substancialidad del ser humano.

En este orden de ideas, la presencia de la hormona Gonadotropina Coriónica en la mujer –que se invoca como prueba determinante de la postura que defiende el fallo- solo resulta pertinente para verificar, efectivamente, el embarazo, pero ella nada dice respecto de la hominidad del embrión. De ahí que la afirmación de que "antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y el espermatozoide, o si esta unión se perdió antes de la implantación (parág. 187), es adecuada en el proceso de gestación natural, pero no en el de reproducción humana asistida, en tanto las técnicas que tornan posible aquel permiten crear un conjunto de células con todas las características propias que la hacen un ser humano, de modo que, disparado –en este caso artificialmente- su desarrollo (a partir de la

“implantación del embrión en la mujer”) se inicia un derrotero que, al igual que en el procedimiento natural, deriva (o no) en el embarazo y, como se anticipó, en el ulterior iter vital que ese ser humano está llamado a recorrer.

Aún más, en la ectogénesis, es decir, cuando la vida comienza en el laboratorio, la constatación bioquímica de que una nueva vida ha empezado es posible debido a que al ser fecundado, el ovocito libera diversas sustancias, como por ejemplo el ‘ovum factor’. “De hecho, la biología reproductiva está estudiando activamente las proteínas secretadas por el embrión humano (el ‘secretoma’ del embrión humano) a fin de diferenciar los perfiles bioquímicos asociados con su viabilidad (capacidad de supervivencia) y no viabilidad. En resumen, hoy se dispone de indicadores bioquímicos que permitirían detectar un embarazo, e incluso la existencia y la vitalidad del embrión mismo antes de su anidación en el útero” (confr. Carrero Valenzuela, R. D. – Álvarez Sanguedolce, A. S. A., ob. cit.).

En segundo lugar, el argumento de la CIDH – también decisivo en la tesis que adopta – relativo a que sin la implantación el embrión “no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo” (consid. 186, in fine) revela un razonamiento cuyo talón de Aquiles deriva de convertir en esencial una condición accidental de la vida.

En efecto, si se siguiera la lógica del fallo, cabría concluir que no son personas, por ejemplo, el recién nacido que es inmediatamente abandonado a su completa suerte, pues es claro que tampoco podría desarrollarse por falta de nutrientes y del ambiente adecuado para ello; ni quien mantiene su vida vegetativa con ayuda de la tecnología médica, pues su dependencia resulta evidente.

Por otro lado, pese a que el tribunal interamericano sostuvo que las distintas concepciones “no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten” (pa-

rág. 185), optó, sin una suficiente confrontación de las posturas en disputa, por una determinada posición, recayendo así en la aparente falacia antes denunciada.

Sobre tales bases, la afirmación de que “la experiencia indica que en el ámbito de los tratamientos de fecundación *in vitro* el término ‘concepción’ se reserva para la circunstancia en la que un embrión llega al útero y la mujer logra quedar embarazada”, revela la caprichosa amputación de un proceso que es un continuum, y que se inicia (he aquí, pues, donde principia la “concepción”), justamente, con el encuentro del óvulo y el espermatozoide, proceso éste que la fecundación *in vitro* ha venido a enseñar con todo rigor, en tanto el huevo (con todos los “signos característicos de humanidad” ya descriptos) –que en la generación natural seguía su camino hasta llegar a la anidación y proseguir, más tarde, su desarrollo extrauterino- resulta encapsulado a la espera, por así decir, de su implantación artificial.

De ahí que, en definitiva, desde la perspectiva de la teoría de los derechos humanos la decisión de tomar a la implantación como el momento a partir del cual se le reconocería personalidad al embrión, admite objeciones metodológicas y sustantivas.

Lo primero porque la CIDH, pese a reconocer la existencia de dudas y controversias en torno al momento en que comienza la persona, se inclinó por la visión más restringida y acotada de la protección del derecho a la vida, lo que resulta incompatible con la aplicación del principio *pro homine* que gobierna la materia y que, como expresa Mónica Pinto “es un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los Derechos Humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del Derecho de los Derechos Humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre” (“El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pauta para la regulación de

los derechos humanos”, en AA.VV., *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, 1997, p. 163).

En ese sentido, lejos de “complementar” los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento interno, la conclusión de que “el embrión no puede ser entendido como persona” (parág. 256, el énfasis se ha añadido) representa una involución en el alcance que el derecho a la vida ha alcanzado en éste ámbito, lo cual da pie a la aplicación del ya citado “margen de discrecionalidad” respecto del efecto de las sentencias internacionales en el derecho interno, máxime si aquellos –como es anticipado por el señalado dictamen del Procurador en “Acosta” o el voto del juez Fayt en la causa “Derecho”- suponen violentar principios de derecho público constitucional. Esta conclusión, que en términos formales equivale a admitir, para decirlo en los conocidos términos de Hans Kelsen, la adopción por parte de nuestros constituyentes de un esquema monista con prevalencia del derecho interno (confr. Kelsen, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, del alemán Roberto Vernengo, Porrúa, México, 1993, págs. 330/345) entraña, en términos sustanciales, que ningún tratado internacional y, a fortiori, ninguna interpretación de éstos por sus órganos permanentes puede prevalecer sobre los principios de derecho público constitucional consagrados por el Art. 27 de la Constitución Federal en 1853 y vigentes desde entonces.

Y lo segundo porque no se advierte una razón de fondo que justifique tamaña conclusión ya que, como expresa el Dr. Lazzari (“B., A.”, Suprema Corte de Buenos Aires, sent. del 22/06/01, www.laleyonline.com.ar) nada nuevo se va añadir al ser concebido desde la fecundación, sólo tiempo y desarrollo.

Desde esta lógica, las referencias a que la protección de la vida humana se posee “según su desarrollo” (cfr. parág. 264) o “grado de madurez” (parág. 183) entrañan una arbitraria selección de quien es –o no– persona en función de un criterio taxativamente vedado tanto por la filosofía sobre la que se basa la moderna con-

cepción de los derechos humanos, como por los textos constitucionales.

Lo primero porque, como enseñó Kant las personas son fines en sí mismos, “esto es, algo que no puede ser usado meramente como medio y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho (y es un objeto de respeto)” (Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Espasa Calpe, Madrid, 1983, del alemán por M. García Morente, pág. 83).

Lo segundo debido a que ya en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se dispone que “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”, temperamento reforzado cuando en su Art. 2º establece que los estados asegurarán los derechos de los niños independientemente de “los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición”.

Al respecto, ha de advertirse que las fórmulas empleadas por el Tribunal interamericano lejos de servir para determinar si se es o no titular del derecho a la vida como consecuencia del reconocimiento o desconocimiento de la personalidad –que, como expresa el Art. 51 del CC, nada tiene que ver con accidentes, como lo son “el desarrollo” o “la madurez”, solo predicables de lo que ya existe-, atañen e interesan para la regulación de quienes por sus especiales circunstancias no se hallan en plenitud para ejercer los derechos que ostentan, es decir hacen a la capacidad jurídica.

Así, en nuestro Código Civil, como en muchos otros, el desarrollo alcanzado (caso de la persona por nacer) y el grado de madurez (situación del menor impúber) en nada influyen respecto del reconocimiento de la personalidad, teniendo relevancia, en cambio, para deslindar cómo ha de regularse el ejercicio de los derechos de quienes bajo estos u otros aspectos no se encuentran en condiciones de expresar su voluntad con discernimiento, intención y libertad. En estos supuestos, todo el sistema vela por la especial protección de los vulnerables, asegurándoles no sólo los mismos

derechos que los demás, sino añadiendo el que se deriva de la peculiar situación en que se encuentran.

ii) A su vez, refiriéndose a los trabajos preparatorios, expuso que “no ofrecen una respuesta definitiva sobre el punto en controversia” (parág. 200), expresando que “para conciliar las diferentes opiniones frente a la formulación ‘desde el momento de la concepción’, suscitadas desde la IX. Conferencia Internacional Americana de Bogotá en 1948, a raíz de las legislaciones de los Estados americanos que permitían el aborto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos revisó el Artículo 2 (derecho a la vida) y decidió introducir antes de la formulación ‘desde el momento de la concepción’ las palabras ‘en general’” (parág. 204).

Por el contrario, una lectura de las intervenciones de los delegados permite arribar a una diáfana conclusión respecto de la norma sub examine. Al respecto, el delegado de Brasil proponía la eliminación de la cláusula “y en general, a partir del momento de la concepción”, por ser vaga y no tener eficacia para impedir que los Estados Partes en la futura Convención incluyan en sus leyes internas los más variados casos de aborto”, posición apoyada por los Estados Unidos, en tanto que el delegado de Venezuela estimó que “en cuanto al derecho a la vida, desde el momento de la concepción del ser humano, no puede haber concesiones”, por lo que consideró “inaceptable una Convención que no consagre dicho principio” ([http://www.oas.org/es/cidh/docs/enlaces/Conferencia %20Interamericana.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/docs/enlaces/Conferencia%20Interamericana.pdf). Parágs. 208/210).

Pues bien; a la luz de las consideraciones vertidas se advierte no sólo la preocupación de algunos Estados por garantizar la protección del derecho a la vida sin distinciones, sino también que el tópico que rondaba en torno de la norma tratada era el del aborto, lo cual es lógico, ya que -y esto es lo relevante- en este punto dable es recordar nuevamente que las FIV no existían al tiempo de los instrumentos internacionales de referencia, por lo que sus antecedentes no constituyen un elemento de convicción respecto de la tesis sostenida por la CIDH alrededor de la negada personalidad de los embriones.

Asimismo, resultan desacertadas las consideraciones de ese tribunal relativas a que del análisis de los artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana en los que se utiliza la expresión “toda persona” se puede concluir respecto al Artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer” (parág. 222).

Al respecto, ha de señalarse que aun cuando la protección de la mujer resulte doblemente fundamental cuando lleva una vida en sí, habida cuenta de su propio carácter de persona y de su condición de portadora del no nacido, no puede afirmarse que ella sea el objeto directo de la protección a la vida, pues se trata de dos individuos diferenciados, cada uno titular por sí del derecho a poseerla, conservarla y transitarla.

Más todavía, la sentencia parece omitir una lectura sistemática de la Convención, en tanto el Art. 4, inc. 5, es categórico en cuanto a que prohíbe la pena de muerte de la mujer encinta, disposición que, es claro, priva de todo sustento la citada proposición de la Corte Interamericana, tornando superflua cualquier argumentación añadida, en tanto dicho inciso está enseñado que se está ante dos seres humanos que, por lo mismo, merecen idéntico respeto, lo que no sucedería –tomando a uno como “medio” u “objeto” del otro– de admitirse la tesis del fallo que se glosa.

iii) En lo que concierne a la denominada “interpretación evolutiva” y luego de que la CIDH expusiera cómo han sido las FIV tratadas en los distintos ordenamientos jurídicos, consideró que la circunstancias de que en la mayoría de los Estados de la región se permite que la FIV se realice dentro de sus territorios se relaciona “con la manera en que interpretan los alcances del Artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV.

La precedente afirmación tampoco convence porque, no solamente el Art. 4 no excluye, como principio, las técnicas bajo

examen, sino que su admisión (tal el caso v.gr., de la ley alemana examinada al resolver la citada causa “R., N. F.”), por lo ya dicho, está suponiendo que el embrión es persona, lo cual también ha sido sostenido por constante jurisprudencia de los tribunales nacionales (confr. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, “B. C. y otra c/UP s/amparo, sent. del 17/12/09; “C., N. B. y otro c/ DIBA y otro”, sent. del 22/04/10, LLBA 2010 (noviembre), 1159, LLBA 2011 (marzo), 173; “II c/ Obra Social de Capataces Estibadores Portuarios y otros”, sent. del 23/03/11, LLBA 2011 (octubre), 1028; CNCiv., Sala I, “R., R. D. s/ medidas precautorias”, sent. del 3/12/99, ED 185, pág. 407, entre muchísimos otros).

iv) A propósito del principio de interpretación más favorable al objeto y fin del tratado, a pesar de que el tribunal no reconoció la personalidad de los embriones se expidió sobre la necesidad de armonizar el interés en su protección “con los derechos fundamentales de las otras personas, especialmente la madre” (parág. 260, el resaltado no pertenece al original). Más allá de la distinción entre interés y derecho –inaceptable si se admite la tesis de la personalidad de los embriones-, se evidencia un sorprendente desliz semántico cuando alude al vocablo “otras” contiguo al atributo de “personas”, lo cual estaría reconociendo que unos –embriones- y otros –especialmente la madre- son personas.

Sea como fuere, es claro que asumido que los derechos fundamentales positivizados en los textos constitucionales evidencian, para decirlo con Alexy, las formas más relevantes del derecho racional de la modernidad, frente a la duda en torno de su alcance, como ya se adelantó, debe estarse a la aplicación del principio pro homine. Y en el caso, dicha aplicación conduce a la tesis opuesta a la sostenida por el tribunal internacional, es decir a asegurar la personalidad del embrión desde su inicio en la fecundación.

B.3.- De la admitida posibilidad de reglamentación y adopción de medidas protectorias de los embriones.

Ahora bien; resulta de gran importancia destacar que, sin perjuicio de lo resuelto, el tribunal internacional admitió la posibilidad de regular, incluyendo limitaciones, las prácticas FIV.

En este horizonte precisó que “según el Programa de Acción de la Conferencia, ‘deberían proporcionarse técnicas de fecundación in vitro de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas’” (Cfr Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.17; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995). Parág. 249).

En la misma línea, puso de manifiesto que “el Decreto declarado inconstitucional por la Sala Constitucional contaba con medidas de protección para el embrión, por cuanto establecía el número de óvulos que podían ser fecundados. Además, prohibía “desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes”. En este sentido, existían medidas para que no se generara un “riesgo desproporcionado” en la expectativa de vida de los embriones (parág. 306, el subrayado y destacado se han añadido).

Sobre estas bases, se tiene que el tribunal internacional sólo entendió contrario a derecho la prohibición absoluta de las FIV, más no la posibilidad de fijar límites a su utilización de consuno con los propiciados por esta Cámara en la citada causa “R., N. F.” (confr., especialmente, punto 3, acápite c.4, parág. 7)

3.- Acerca de la precisión de la técnica de fecundación in vitro en el sub lite y de la nueva ley de fertilización.

En lo concerniente a este punto, contrariamente a lo acontecido en el referido caso “R., N. F.”, los actores sí señalaron expresamente que la técnica de alta complejidad indicada por el médico especialista tratante, es la denominada ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoides) (ver fs. 9). Consiste en la extracción del ovocito para ser fecundado fuera del organismo femenino con espermatozoides previamente obtenidos del hombre, y su posterior implantación en el útero femenino, lo que supone una serie de pasos tales como estimulación ovárica, preparación del semen, aspiración folicular por punción bajo control ecográfico, cultivo de los ovocitos, control de la fertilización y crecimiento embrionario y transferencia embrionaria bajo control ecográfico. La particularidad de la técnica ICSI está dada a partir de que la fertilización del

óvulo con los espermatozoides se realiza mediante inyección Intracitoplasmática (Micropipeta), reservada para aquellos casos de gametos masculinos con trastornos de movilidad o azoospermia (confr. Resolución 8538/10 del Instituto de Obra Médico Asistencial de la Pcia. de Buenos Aires -IOMA-).

Asimismo, el Dr. Aguilera, médico que atiende a los amparistas informó (documento reservado como prueba) que “no existe en el caso en cuestión posibilidad de tratamientos alternativos de menor riesgo”. Por otra parte, explicó que efectuar la transferencia del embrión, en estadio avanzado de blastocisto (día 5/6) “permitiría transferir un solo embrión aumentando así las chances de embarazo (40 – 50%) minimizando el riesgo de ocurrencia de un embarazo múltiple”.

A las apreciaciones médicas se añade un informe psicológico del matrimonio involucrado en autos que da cuenta que se encontrarían “en condiciones de decidir responsablemente realizar el tratamiento de fertilidad asistida indicado de acuerdo al diagnóstico médico” (cfr. prueba reservada).

Ahora bien; aun cuando los datos aportados no detallen acabadamente aspectos que en la citada causa “R., N. F.” este Tribunal ha considerado relevantes para determinar, bajo el prisma constitucional, las condiciones que resguardan el derecho a la vida de los embriones fruto de la utilización de las prácticas de reproducción asistida; no puede desconocerse la reciente sanción de la mencionada ley N° 26.862 de fertilización asistida.

A este respecto, se tiene que dicha norma incluyó como “prestaciones obligatorias” tanto para el sector público como para el privado de salud en el Programa Médico Obligatorio (PMO) la técnica aquí requerida (ver arts. 1 y 8). Tal circunstancia, aun cuando no resulta dirimente (confr. lo expuesto en el citado fallo “R., N. F.”, punto c.5., 3er párrafo), revela la voluntad estadual de que dichos sectores asuman los costos que apareja el empleo de estos avances tecnológicos, cupiéndole a la Justicia, en ejercicio del control de constitucionalidad que le es propio, verificar que su

puesta en práctica resguarde debidamente los derechos constitucionales en juego.

Desde este horizonte y sin perjuicio de la reglamentación, cuya elaboración, conforme al Art. 11 de la nueva ley de fertilización, ha sido fijada en un período de noventa días desde su publicación –acaecida el pasado 25 de junio–, corresponde fijar para el caso las pautas bajo las cuales su pretensión será admitida:

1) Deberá ser requerido con anterioridad a la realización de cada procedimiento, la aceptación libre y consciente de los amparristas, previa explicación y debida información de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos.

2) Todos los embriones obtenidos por ciclo a partir de la práctica empleada deberán ser implantados de una vez, no pudiendo exceder su número de tres, cantidad que se considera conveniente no superar de conformidad a los estudios realizados y que determinaron tal limitación en la legislación alemana. Y sobre todo en el presente caso en que el médico tratante señaló la conveniencia de transferir un solo embrión. Queda en consecuencia expresamente prohibida cualquier intervención que atente contra la condición y dignidad humana del embrión u ovocito pronucleado, tales como su selección, reducción, manipulación, descarte o destrucción, así como su crioconservación, vitrificación o cualquier método análogo de congelamiento.

3) Además de los recaudos que aquí se indican serán aplicables las restricciones que estableciere la Autoridad de Aplicación en la reglamentación que oportunamente se dicte sobre la materia (vgr., límite de edad de la tratante u otras consideraciones que la pericia médica reputare atendibles en torno a la posibilidad o conveniencia de que las partes realicen los tratamientos asumidos).

4) La demandada deberá autorizar las prestaciones involucradas en las técnicas de que aquí se trata, en la medida que resulten ajustadas a las condiciones precedentemente prescriptas, encomendándosele el ejercicio de ese contralor a través de un profe-

sional específicamente designado al efecto o mediante el empleo de las medidas que estime oportunas.

VIII.- Por lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso impetrado por los amparistas, con las especificaciones enunciadas y teniendo por parte integrante de la sentencia al citado precedente "R., N. F.", cuya compulsa por mesa de entradas, dada su extensión, queda en este acto autorizada.

IX.- Las costas se imponen por el orden causado atento a la complejidad del asunto que se ventila, la existencia de posiciones contrarias sobre el punto y a que ambas partes, consecuentemente, pudieron creerse con derecho a litigar (Art. 68, 2da. parte del CPCCN).

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 140/146, ordenando a la demandada a que autorice y sufrague el procedimiento requerido por los amparistas bajo el cumplimiento de los siguientes recaudos:

1) Deberá ser requerido con anterioridad a la realización de cada procedimiento, la aceptación libre y consciente de los amparistas, previa explicación y debida información de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos; 2) todos los embriones obtenidos por ciclo a partir de la práctica empleada serán implantados de una vez, no pudiendo exceder su número de tres. Queda en consecuencia expresamente prohibida cualquier intervención que atente contra la condición y dignidad humana del embrión u ovocito pronucleado, tales como su selección, reducción, manipulación, descarte o destrucción, así como su crioconservación, vitrificación o cualquier método semejante de congelamiento; 3) además de los recaudos que aquí se indican serán aplicables las restricciones que estableciere la Autoridad de Aplicación en la reglamentación que oportunamente se dicte sobre la materia (vgr., límite de edad de la tratante u otras consideraciones que la pericia médica reputare atendibles en torno a la posibilidad o conveniencia de que las partes realicen los tratamientos asumidos) y 4) la demandada deberá autorizar las prestaciones involucradas en las técnicas de

que aquí se trata, en la medida que resulten ajustadas a las condiciones precedentemente prescriptas, encomendándosele el ejercicio de ese contralor a través de un profesional específicamente designado al efecto o mediante el empleo de las medidas que estime oportunas. Las costas se imponen por el orden causado. ASÍ VOTO.

El Dr. Roberto G. Loutayf Ranea, dijo:

En el voto que antecede, el doctor Rabbi - Baldi Cabanillas reitera los fundamentos expuestos en el precedente de esta Cámara caratulado "R., N. F. – O., N. vs. Obra Social del Poder Judicial de la Nación", protección que merece como tal; y los amplía analizando el pronunciamiento emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa "Artavia Murillo", de fecha 28-11-2012. Analiza además, las particularidades de la presente causa, y la nueva legislación nacional sobre fertilización asistida. En base a todo ello, y buscando armonizar todos los aspectos, concluye con la solución que propone en su voto, la que comparto por adecuarse a lo expresado en el citado precedente de esta Cámara y porque procura atender la realidad actual y las necesidades de la parte actora. Me adhiero, en consecuencia, al voto que antecede.

En mérito a lo expuesto, el Tribunal resuelve:

I.- HACER LUGAR parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 140/146, ordenando a la demandada a que autorice y sufrague el procedimiento requerido por los amparistas bajo el cumplimiento de los siguientes recaudos: 1) Deberá ser requerido con anterioridad a la realización de cada procedimiento, la aceptación libre y consciente de los amparistas, previa explicación y debida información de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos; 2) todos los embriones obtenidos por ciclo a partir de la práctica empleada serán implantados de una vez, no pudiendo exceder su número de tres. Queda en consecuencia expresamente prohibida cualquier intervención que atente contra la condición y dignidad humana del embrión u ovocito pronucleado, tales como su selección, reducción, manipulación, descarte o destrucción, así como su crioconservación, vitrificación o cualquier método seme-

jante de congelamiento; 3) además de los recaudos que aquí se indican serán aplicables las restricciones que estableciere la Autoridad de Aplicación en la reglamentación que oportunamente se dicte sobre la materia (vgr., límite de edad de la tratante u otras consideraciones que la pericia médica reputare atendibles en torno a la posibilidad o conveniencia de que las partes realicen los tratamientos asumidos) y 4) la demandada deberá autorizar las prestaciones involucradas en las técnicas de que aquí se trata, en la medida que resulten ajustadas a las condiciones precedentemente prescriptas, encomendándosele el ejercicio de ese contralor a través de un profesional específicamente designado al efecto o mediante el empleo de las medidas que estime oportunas. Las costas se imponen por el orden causado.

II.- REGÍSTRESE, notifíquese y oportunamente, devuélvase.

El Dr. *Jorge Luis Villada* no firma la presente por encontrarse excusado de intervenir en autos.

Fdo. Dres. *Luis Renato Rabbi-Baldi Cabanillas- Roberto G. Loutayf Ranea*.

B. D., M. C/ O. N, C. M., ASSE. ACCIÓN DE AMPARO, Y RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. URUGUAY

SENTENCIA N° 6/2017 (1)

MERCEDES, 21 DE FEBRERO 2017 (2)

VISTOS: Para Sentencia Definitiva de Primera Instancia, éstos autos caratulados IUE 431-86/2017 B. D., M. C/ O. N, C. M., ASSE. ACCIÓN DE AMPARO, Y RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

RESULTANDOS:

1- A fojas 1 comparece la parte actora promoviendo el presente accionamiento en virtud de los siguientes hechos: que entabló una relación amorosa con la parte co-demandada Sra. O. fruto de la cual concibió al hijo en común llevando menos de tres meses de gestación. Si bien las partes no conformaron a la fecha una pareja con las connotaciones propias del concubinato, el Sr B. está dispuesto a hacerse cargo de su hijo lo cual hace ya a partir de la

(1) http://www.poderjudicial.gub.uy/images/2017/resoluciones_2017/sent_21-02-17_amparo_interrupcion_embarazo_jueza_book_difusion.pdf

(2) En la justicia uruguaya un padre promueve acción de amparo por considerar que se perjudican derechos de rango constitucional e internacional. El mismo cuestiona el tema del procedimiento de aborto voluntario del embarazo que dispone la Ley 18.987. Justicia Letrada de Primera Instancia de Mercedes del Tercer Turno, a cargo de la Dra. Pura Book Silva.

concepción independientemente de que la madre esté dispuesta a ejercer su rol de tal, según sus expresiones.

El 25 de enero del corriente año la Sra. O. comunicó verbalmente al actor que estaba llevando adelante un trámite ante CAMS para poner fin al embarazo no siendo su deseo dar a luz al niño.

El accionante intentó por todas formas posibles hacer reflexionar a la demandada para que depusiera su actitud, lo cual resultó infructuoso, por lo que tuvo que activar los mecanismos legales tendientes a la protección de la vida del hijo en común.

Es así que realiza el encuadre jurídico del tema por el que presenta la acción de amparo, analiza sus elementos, plantea también la acción de inconstitucionalidad, y solicita la adopción de medidas cautelares de protección para salvaguardar la vida de su hijo prohibiendo continuar procedimientos tendientes a poner fin al embarazo de la accionada, teniendo presente que el bien supremo a proteger es la vida, derecho superior e inalienable, que se encuentra por sobre cualquier otro derecho de terceras personas y que como tal debe de prevalecer.

Ofrece prueba solicitando que se dispongan las medidas solicitadas.

2- A fojas 7 mediante Decreto 358/2017 se dispuso remitir testimonio del escrito presentado ante la Suprema Corte de Justicia por la acción de inconstitucionalidad presentada.

3- Por Decreto 368/2017 a fojas 13, se tuvo por presentada la demanda de acción de amparo y se convocó a las partes a la audiencia de precepto para el día 15/2/2017 hora 12 y diligenciamiento de prueba ofrecida; llegado el día de la audiencia se advierte que no se había notificado a la parte actora de la convocatoria dispuesta.

No tuvo otra solución la Sede que contando con la conformidad de los restantes participantes del proceso que convocarla para el otro día atento a la relación personalísima abogado patrocinante-cliente. A la audiencia comparecen el día 16 de febrero las

partes debidamente asistidas, así como la defensora que, de oficio designó la suscrita al concebido hijo de B.-O.

4- Cumplidas las formalidades de rigor que surgen del acta efectuada en dicha oportunidad en que los codemandados contestaron el traslado que se les confiriera en audiencia agregando por escrito sus manifestaciones, y abogando los co-demandados por el rechazo de la acción impetrada en autos, se agregó la prueba dispuesta en autos, fue oída la Sra. Defensora, alegaron las partes y se las convocó para el dictado de la presente sentencia para el día de la fecha 21/2/2017, a la hora 12.

CONSIDERANDOS:

1- Como se ha sostenido en anteriores pronunciamientos se entiende que el instituto del amparo es excepcional, residual, y reservado para aquellas situaciones extremas en las que, por la ostensibilidad de la violación de los derechos fundamentales de reconocimiento constitucional y la falta de otros medios judiciales o administrativos, peligra la salvaguarda de tales derechos (Conforme RUDP 1/93 caso 773, pág. 163; RUDP 3/97 caso 502-503, págs. 383-386; RUDP 4/2001 caso 657, pág. 622).

2- Que según lo que dispone el Art. 1º de la Ley 16.011: "Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá deducir la acción de amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales, o paraestatales, así como de particulares que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos y libertades reconocidas expresa o implícitamente por la Constitución (Art. 72) con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de Habeas Corpus" A su vez el Art. 2º de la ley expresa que la acción de amparo "sólo procederá cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado previsto en el literal B del Art. 9º o si existiesen, fueren por las circunstancias, claramente ineficaces para la protección del derecho. Si la acción fuera manifiestamente improcedente, el Juez la rechazará sin sustanciarla y dispondrá el archivo de las actuaciones". En tal sentido entiende la suscrita que es procedente

la acción instaurada por la parte actora, entendiéndose que no tienen otra acción o forma legal de obtener reconocimiento a su derecho en tiempo como para evitar la lesión al derecho humano a la vida de su hijo; se ha constatado la ilegitimidad manifiesta para continuar con el proceso iniciado en la sociedad médica por no surgir cumplidos algunos de los requisitos formales establecidos por la Ley 18.987, lo que más abajo se explicará, accionar que determina ilegitimidad en la continuación del procedimiento por dicho incumplimiento a la ley que lo habilita bajo ciertos requisitos. La lesión tiene la característica de ser inminente, de poder llegar a producirse, por lo que su agresión de continuar el procedimiento ocurriría configurándose el aspecto de la actualidad e inminencia de la misma.

El amparo es, un instituto excepcional que debe de ser usado de manera cuidadosa, que tiene por finalidad asegurar derechos que son reconocidos constitucionalmente para “cuyo amparo no existe otro remedio específico y no cabe que se utilice como un instrumento de recambio de otras defensas coetáneas y/o subsidiarias”. Requiere que la ilegitimidad se encuentre al margen de toda controversia seriamente fundada.

Por eso los jueces deben de actuar con ponderación y fundamentalmente con prudencia, a efectos de no llegar a decidir por ésta vía, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver por los procedimientos ordinarios (Conforme RUDP N° 3 /99 caso 470 y 471, pág. 503).

El amparo es una garantía de los derechos humanos, tendiente a la protección para hacer cesar los efectos de la amenaza o eventual lesión.

En el análisis de la presente acción y las contestaciones de demanda, y la prueba agregada al proceso, corresponde hacer lugar a la solicitud de protección ante un derecho primordial amenazado por la ilegitimidad manifiesta de no haberse cumplido con todos los requisitos formales exigidos por la Ley 18.987 para su procedencia y protección en el marco de sus disposiciones.

3- DERECHO APLICABLE EN EL CASO DE AUTOS:

- **Constitución Nacional: Artículo 7º.-** Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

Artículo 72.- La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Artículo 332.- Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

- Ley 15.737: PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA:

CAPÍTULO I

ENUMERACIÓN DE DEBERES

ARTÍCULO 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

ARTÍCULO 4

Derecho a la Vida

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 puede ser privado de la vida arbitrariamente.

ARTÍCULO 5. Derecho a la Integridad Personal

Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

ARTÍCULO 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

ARTÍCULO 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

- LEY 16.137 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. APRUEBASE LA ADOPTADA EN LA CIUDAD DE NUEVA YORK EL 6 DE DICIEMBRE DE 1989:

EL PREÁMBULO: ... Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "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".

PARTE I

Artículo 1

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

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 consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

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 el desarrollo del niño.

- Disposiciones previstas en Ley 18.987.

4- LEGITIMACIÓN DE LA PARTE ACTORA: surge de la declaración de la Sra. O. que admite y confiesa que el Sr. B. es el padre de dicho niño.

5- MEDIOS DE PRUEBA CONSIDERADOS PARA LLEGAR A ESTE

FALLO: La prueba documental agregada en legal forma, declaración de las partes.

6- ANÁLISIS DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN:

- Lesión a un derecho fundamental: En la especie es inminente la violación de un derecho de raigambre y reconocimiento nacional, constitucional, legal e internacional que nuestro país ha ratificado e incorporado al derecho interno mediante la aprobación de leyes con el texto de dichos tratados. La continuación del pro-

cedimiento significa un daño violatorio de los derechos de la personalidad, consagrados en los Arts. 72 y 332 de la Constitución Nacional, dado que se lesiona el derecho a la vida del concebido.

- Acto que ocasione un grave daño, inminente o irreparable:

El acto que ocasiona el daño es actual e inminente dado que la Sra. O. tiene fecha cercana para la realización del procedimiento según se dijo en la audiencia para el 23/2/2017, el que sería letal para el niño, irreparable, por los efectos que el mismo ocasiona en su vida, en su integridad física.

La Justicia ha de intervenir en protección de los derechos individuales afectados, como medio eficaz de protección frente a un procedimiento que configura la lesión a un derecho fundamental de la persona humana, que no requeriría incluso expreso reconocimiento en el ordenamiento jurídico debido a que es inherente a esa misma condición humana (Arts. 7, 44, 72, 332 de la Constitución). Y esa defensa y preservación del derecho que debe de ejercer la Justicia, puede efectivizarse en la vía excepcional del amparo, debido a que la continuación del procedimiento tal como surge de autos probado sería ilegítimo porque la ley exige determinados requisitos formales que no se cumplieron, porque no surgen asentados del "formulario" presentado: constancia de asesoramiento integral, y en los otros tampoco surge constancia de haberse expuesto las razones que impiden, ni las que se expresan por la Sra. O. en su declaración fueron probadas, lo que corresponde porque las normas aplicables a la prueba en el CGP devienen aplicables a la acción de amparo de derechos humanos.

- Ilegitimidad manifiesta:

Para que el amparo proceda no es suficiente con la existencia de un derecho, hecho u omisión que lesione o amenace lesionar un derecho o libertad constitucional. Es necesario además acreditar que ese acto hecho u omisión es manifiestamente ilegítimo.

No existen derechos absolutos, en la actualidad, salvo estrictas excepciones, todo derecho o libertad puede ser limitado por razones de interés general, ya sea en el orden nacional, por una

ley, y en el orden departamental por un decreto con fuerza de ley. Para que un amparo prospere no alcanza con que el acto sea ilegítimo. Es necesario que sea manifiestamente ilegítimo, lo que debe de resultar clara, evidente, e inequívocamente.

Surge probado que hubo una actividad por parte de la asistencial de salud a instancias de la co-demandada, no se presentó historia clínica donde deben de surgir determinadas constancias médicas de todo lo actuado que la ley le exige, y no resulta eximido porque la misma sea electrónica, se imprime y se presenta todo completo, tal como lo exige la ley; se presentó el formulario de IVE, primeramente en fojas simples y luego en legal forma tal como se solicitó. Pero, aunque no se le intime dicha agregación corresponde su agregación para acreditar lo que la ley exige.

Y la ilegitimidad obviamente surge de la no aplicación de la misma en el sentido que se ordena, como en el caso de autos omite cumplirse con requisitos formales que una vez planteado el proceso en la órbita judicial entiende la suscrita debe controlar como en todos los procesos, y en el caso concreto, reviste importancia atendiendo a las consecuencias que derivan de la resolución que se adopte luego de dicha valoración.

La ley establece que dentro del plazo de las primeras 12 semanas la mujer debe de concurrir a consulta médica ante una institución del sistema nacional integrado de salud, a efectos de poner en conocimiento del médico las circunstancias derivadas de las condiciones en la que ha sobrevenido la concepción, situaciones de penuria económica, sociales o familiares o etarias que a su criterio le impidan continuar con el embarazo en curso.

Estos son los aspectos exigidos que no surgen cumplidos, por no estar registrado dicho extremo, asentados en el formulario presentado ni por la parte co-demandada Sra. O. Los requisitos exigidos por la ley en su Art. 3° son formalidades que deben de cumplirse y registrarse en la historia clínica, véase que hasta cuándo se va a realizar una repetición de medicamentos los médicos anotan la medicación que se repite en la historia clínica del paciente, cuanto más debe de asentarse que la paciente explicó las razo-

nes que a su criterio le impiden continuar con el embarazo en curso; y esos extremos son importantes porque la ley prevé que incluso la asistencial interactúe según el Artículo 5° de la ley, con instituciones que brinden apoyo solidario y calificado en los casos de maternidad con dificultades sociales, familiares o sanitarias. La ley también exige que cualquiera que fuera la decisión que la mujer adopte, el equipo multidisciplinario y el médico ginecólogo dejen constancia todo de lo actuado en la historia clínica.

Obliga la ley a garantizar la confidencialidad, pero todo lo actuado debe de surgir de la historia clínica. Cuando se contesta la demanda, la Sra. O. solicita se agregue la historia completa a la que después renuncia en virtud del tiempo que insumiría dicha agregación, pero la co-demandada podría haber aportado copia en legal forma de la misma lo que constituía su carga.

La suscrita interroga a la Sra. O., a efectos de verificar si se expusieron esas razones frente al médico y en su caso cuáles fueron, porque la ley no puede entenderse e interpretarse como una operación matemática que con todo respeto parece que se pretende: vio al médico, vio al equipo, expresó razones –etapa que no fue asentada–, está dentro de las doce semanas = corresponde la interrupción del embarazo.

La propia Ley 18.987 en sus principios generales establece la garantía que brinda el ESTADO al derecho de procreación responsable y consciente, reconoce el valor social de la maternidad, tutela la vida humana, y que su normativa no constituye un instrumento de control de los nacimientos.

Tiene presente la suscrita que la Sra. O. trabaja en la propia asistencial, y que se trata de una persona que conoce el texto legal perfectamente, que para cada pregunta que se formuló en audiencia como por ejemplo porqué el formulario no venía integrado a la historia clínica, ella misma respondió que era por la confidencialidad; cabe destacar que la confidencialidad no alcanza al poder judicial, ámbito en el que se deberá de controlar el respeto a la norma.

Con todo respeto se citan las razones que la Sra. expresa “tiene un rechazo natural al embarazo, yo no tengo ganas de estar embarazada ni soportar que me obliguen, conociendo mis derechos que me otorga la ley pude acceder al derecho de iniciar el trámite y hacerlo. Aparte de lo natural que no tengo ganas todo lo que es ámbito social, económico, laboral, sicológico todo eso me lleva a ratificar la idea de no tenerlo”.

La presente es una ley para proteger a la mujer sí, y para evitar abortos clandestinos y que como consecuencia de ello mueran las madres sin la atención medica debida; pero siendo ilegítimo proseguir con el procedimiento por el no cumplimiento de requisitos formales exigibles por la Ley 18.987, corresponde tener en cuenta que la CONSTITUCIÓN NACIONAL, leyes internas, y tratados internacionales protegen el derecho a la vida del concebido, se define niño a todo ser humano hasta que cumple su mayoría de edad.

Por lo que claramente el orden jurídico uruguayo interpretado lógico-sistemáticamente consagra por sobre todo el derecho a la vida, los derechos humanos importan todos, estén en el estado que estén, incluso los concebidos no nacidos, porque son individuos de la especie humana. Desde la concepción existe una persona en toda su realidad e individualidad que necesita ser alimentado, y respetado en su derecho a la vida y a su integridad.

Una vez que se solicita la defensa del concebido en la órbita judicial, las normas que rigen el proceso en lo que refiere a la prueba son las previstas en el CGP.

Estima humildemente la suscrita que deben controlarse dichos extremos –requisitos– porque si no la ley sería un pase libre para que se aborten niños entre las primeras doce semanas, solo con pedirlo, y eso no es lo que dice la ley, desde el momento que exige apoyar las carencias que pueden implicar impedimentos para continuar con su embarazo a la mujer, y tutelar la vida.

La confidencialidad no abarca como se dijo al poder judicial que debe controlar el respeto de lo establecido, no es justificación

la confidencialidad para que se pase por alto el cumplimiento de ese requisito de figurar asentado el cumplimiento de todo lo exigido por ley y de la Sra. O. de probar todo lo necesario a su carga para salir airosa de la demanda impetrada, probar que se cumplió con todo lo exigido por la ley es un imperativo de su propio interés. La co-demandada trabaja, tiene ingresos, tiene otro hijo, vive sola con su hijo, en el fondo de la casa de sus padres, y no paga alquiler por dicho lugar.

Hoy por hoy, permitirse por la suscrita continuar con el proceso implicaría una infracción a la normativa vigente y aplicable al caso, porque no se cumplen los requisitos formales previstos en el Art. 3° inc. 1, no hay prueba registrada en la historia clínica de su cumplimiento, rigiendo en este proceso la aplicación de las normas de la prueba previstas en el CGP, por lo que firmemente sostiene la suscrita deben controlarse en su prueba porque de dicho control y valoración, de estar acreditado que fueron cumplidos, depende nada menos que la continuación de los procedimientos destinados a detener el proceso de gestación, de la vida y la integridad de un concebido.

Por eso debe de existir seriedad en la aplicación e interpretación de esta ley junto a todo el sistema jurídico nacional, so pena de que quienes son directamente perjudicados queden en estado de auténtico desamparo, en forma irremediable.

Y entonces esto justifica la actuación inmediata de la justicia, a requerimiento del progenitor, que pide se protejan los derechos de su hijo y se adopten medidas de protección, pues de lo contrario se dejaría en la indebida indefensión los derechos del concebido.

Fundamenta esta necesidad de prueba de dichos extremos porque son circunstancias de la entidad que realmente si se justifican permiten que la mujer pueda interrumpir voluntariamente su embarazo; no son razones de ganas, de momentos, de razones psicológicas no comprobables, dado que tampoco surge prueba de ello, como se expresó en audiencia, que psicológicamente le perju-

dique o afecte el embarazo a la Sra. O. como para considerar esa hipótesis.

Y para desvirtuar su carácter de omisión evidentemente ilegítima porque no se cumple con dichos requisitos identificados en el Art. 3° inc. 1, no basta en el caso cualquier actividad, sino aquella ajustada a la normativa, que en el caso concreto reitero era cumplir y dejar asentado en la historia clínica el cumplimiento de todos los requisitos formales establecidos por la Ley 18.987, y de la parte co-demandada también probar todo lo atinente a su interés a los efectos de obtener una sentencia favorable y que esas razones sean las que la ley prevé.

-Inexistencia de otra vía para prevenir o reponer el daño: lo que aquí importa es que, aunque existan recursos o medios para impugnar los actos lesivos, corresponde el amparo si ellos resultaren por las circunstancias del caso, claramente ineficaces para la protección del derecho. Es éste aspecto el que le da al amparo su carácter de instrumento extraordinario, excepcional, residual que corresponde cuando dadas las circunstancias los medios normales de protección resultan impotentes.

Hay en el amparo una razón de tiempo, de inmediatez, que requiere un actuar sin tardanza, un proceder con urgencia (Conforme LEY DE AMPARO del Dr. VIERA, págs. 20 y 21).

En el caso de autos no cabe duda alguna que es así, una situación donde el tiempo juega en forma determinante y es imprescindible un actuar sin tardanza. Ya determinada la ilegitimidad manifiesta, en el caso es imprescindible un actuar sin tardanza, y aplicable totalmente estando en juego el derecho a la vida e integridad física del concebido.

7- PLAZO DE CADUCIDAD PREVISTO EN LA LEY DE AMPARO: el actor tomo conocimiento sobre mediados de enero lo que no fue cuestionado por lo que la acción se planteó dentro del plazo previsto.

8- En virtud de todo lo expuesto corresponde pues hacer lugar a la acción de amparo y disponer que no se continúe el proceso

previsto de IVE por Ley 18.987. En síntesis, el juez debe de cumplir con sopesar todos los elementos allegados al proceso, controlar el respeto de lo establecido por la ley, hacer cumplir la CONSTITUCIÓN y las LEYES, pronunciarse sobre sí se han cumplido y probado todos los requisitos formales establecidos en la Ley 18.987, que determinarán en su caso que se continúe o no con el proceso previsto en la misma para la interrupción voluntaria del embarazo.

No surgen del formulario aportado que se hubieran expresado las causas razones o motivos justificantes que le impiden a la Sra. O. que continúe el embarazo, y justifiquen la interrupción voluntaria del embarazo, al no existir la misma porque tampoco se aportó historia clínica donde debe de figurar todo lo actuado – Artículo 3–, tampoco se puede apreciar por ejemplo el esfuerzo de la institución asistencial por tutelar la vida, principios rectores de la ley, de acuerdo a lo establecido en el Art. 5° literal c) de la Ley 18.987.

No cabe duda que la mujer tiene derecho a decidir sobre su capacidad o autonomía reproductiva, como planear su familia, a estar libre de interferencias al tomar esas decisiones. Y todos esos derechos pueden ser ejercidos en plenitud antes del embarazo, al tener la mujer a su disposición cada vez con mayor amplitud y más trabajando la Sra. O. en un centro de salud, información sobre prevención del embarazo, utilización de métodos anticonceptivos, planificación familiar, ejercicio de una sexualidad responsable, y los riesgos de la actividad sexual sin adoptar previamente las medidas preventivas al alcance de todas las mujeres. Una vez producido el embarazo la situación es otra porque al haber un ser humano nuevo con derechos inherentes a su condición de tal, protegidos legalmente, la decisión de interrumpir el embarazo no atañe solo a su cuerpo, sino que realmente también afecta a otro ser humano, con vida, la vida que tutela en sus principios generales la misma Ley 18.987.

Es por esa razón la importancia de las razones que impiden continuar con el embarazo. Porque las normas que consagran derechos humanos pueden entrar en conflicto, situación que debe de

superarse mediante un juicio que aplique criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad considerando las circunstancias de cada caso concreto, concediendo a uno de ellos la primacía.

Encarar con ligereza la procedencia de estos procedimientos destinados a interrumpir la vida de un ser protegido legalmente, sin cumplir con los requisitos señalados, o dando razones no probadas de ellos, implicaría prácticamente entender al aborto como un medio interruptivo de la vida humana, de fácil y rápido acceso, en contra de toda la normativa nacional sobre el tema de acuerdo a la interpretación lógico sistemática del orden jurídico.

Ante esa falencia, y en el conflicto entre el derecho a la autodeterminación de la mujer sin razones atendibles que justifiquen el impedimento para continuar el embarazo de acuerdo a lo expuesto en la audiencia, sin prueba de afectación psicológica, valorando la situación concreta con criterio de razonabilidad o proporcionalidad, frente al derecho a la vida del concebido, entiende la suscrita debe primar el derecho a la vida consagrado en nuestro jurídico.

9- PLAZO PARA EL DICTADO DE LA SENTENCIA: La suscrita sentenciante tratándose de un caso para cuya resolución se requería un estudio profundo, detenido, detallado y cuidadoso de la normativa, de su interpretación y análisis de lo presentado en autos, lo que no podía efectuarse al momento de finalizar la audiencia, ni en el corto plazo de 24 horas, es que fijó para el dictado de ésta sentencia el día de la fecha, a las 72 horas hábiles de la audiencia dentro de los plazos legales previstos para casos excepcionales.

10- FALTA DE LEGITIMACIÓN DE ASSE: es ajustado a derecho la defensa interpuesta por ASSE, debido a que la Sra. O. corresponde a FONASA CAMS IAMPP.

11- CONSIDERACIONES FINALES: dado lo opinable y discutible que puede ser el tema, la suscrita quiere dejar expresado el profundo respeto desde el punto de vista humano y jurídico que por cada uno de los integrantes del proceso y de sus posiciones siente, y que la decisión a la que se arriba ha sido claramente ex-

plicitada y fundada, sin perjuicio de mejor o diferente opinión obviamente.

CONDENAS PROCESALES: entiende la suscrita que la conducta procesal de las partes, así como el tracto procesal de autos no amerita la aplicación de condenas causídicas en la instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Se funda el derecho en los Arts. 7, 72, 332, de la Constitución Nacional, Pacto de SAN JOSÉ DE COSTA RICA ratificado por Ley 15.737; Convenio sobre los DERECHOS DEL NIÑO ratificado por Ley 16.137; Ley 18.987

Por todo lo expuesto FALLO:

I) HACER LUGAR A LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DE ASSE.

II) HACER LUGAR A LA DEMANDA DE AMPARO, DISPONIÉNDOSE LA SUSPENSIÓN POR PARTE DE CAMS IAMP P DEL PROCESO PREVISTO EN LA LEY 18.987 RESPECTO DE LA SRA. O., DIRIGIDO A LA INTERRUPCIÓN DEL PRESENTE EMBARAZO ATENTO A LA FALTA DE PRUEBA POR FALTA DE REGISTRO DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ART. 3º INC 1ª DE DICHA LEY.

III) COMUNÍQUESE A MSP – A LA DIRECCIÓN GENERAL DE SECRETARIA DE DICHO MINISTERIO - LO RESUELTO A LOS EFECTOS DE SER TENIDO EN CUENTA SI CORRESPONDIERE.

IV) SIN ESPECIAL CONDENACIÓN EN LA INSTANCIA.

V) REMÍTASE COPIA VÍA ELECTRÓNICA DE ESTA SENTENCIA A LAS PARTES.

VI) TÉNGASE POR NOTIFICADA LA PRESENTE SENTENCIA EN LA AUDIENCIA EN LA QUE SE HA DICTADO.

VII) TENGA PRESENTE LA OFICINA QUE EL PLAZO DE QUE DISPONEN LAS PARTES PARA LA IMPUGNACIÓN DE LA PRESENTE SENTENCIA ES DE TRES DÍAS HÁBILES.

VIII) HONORARIOS FICTOS 5 BPC. DRA. PURA BOOK SILVA JUEZ LETRADO.

ANEXO II

DISCURSOS

PALABRAS DE APERTURA DE LA CONFERENCIA CENTRAL*

José Raúl Torres Kirmser **

Señoras y Señores

Con mucha satisfacción estamos dando apertura a este nuevo ciclo de Conferencias sobre la Persona Humana y el derecho a la vida de las personas por nacer.

Se trata de una iniciativa de la Corte Suprema de Justicia implementada a través de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, como un aporte para la reflexión en torno a un tema de gravitante importancia para la sociedad, cuya configuración jurídica tiene una centralidad reconocida en la propia Carta Magna.

El derecho a la vida, reconocido desde su concepción para todas las personas, constituye uno de los ejes esenciales que la Constitución Nacional estableció para sustentar su espíritu a favor

* Ciclo de conferencias. *“La protección de la persona humana. Persona por Nacer”*. Edición 2016.

** Ministro de la Corte Suprema de Justicia y Presidente de la misma en los ejercicios 2006, 2010 y 2014. Ministro encargado del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Dirección de Estadísticas Judiciales. Miembro del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Decano y Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro del Consejo Superior Universitario y de la Asamblea Universitaria de la Universidad Nacional de Asunción.

de la dignidad de la persona humana. Por eso, el debate sobre los alcances de este derecho es relevante para la sociedad. Es importante que autoridades, operadores del sistema judicial, organizaciones de la sociedad civil y ciudadanía toda se involucren en este debate a fin de tener plena conciencia sobre las garantías que deben brindarse para hacer realmente efectivo este derecho.

El tema adquiere mayor trascendencia y oportunidad, porque vivimos en un mundo y en un tiempo de grandes transformaciones sociales; y existen factores –como el desarrollo económico, el tecnológico y la globalización– que interpelan al derecho, con exigencias de nuevas formas de protección y de regulación normativa. Estas exigencias introducen desconciertos, dudas e interrogantes en la sociedad y en el mundo jurídico. Y es bueno enfrentar estos desafíos, aclarar las dudas y, consecuentemente, avanzar en el fortalecimiento y la expansión de los derechos humanos en todo sentido.

Por ello esta iniciativa de la Corte Suprema de Justicia, a través de su Instituto de Investigaciones Jurídicas, busca crear espacios para el debate en torno a la defensa de los derechos humanos; así como para el fortalecimiento de una conciencia cada vez más comprometida de las instituciones del Estado y de la sociedad en favor del respeto a la dignidad humana.

Los distinguidos conferencistas que hoy presentarán sus ponencias en estas jornadas, sin duda, aportarán la motivación especial para el debate que confiamos será muy provechoso para todos.

En nombre de la Corte Suprema de Justicia, nuestro agradecimiento a todos ellos, así como a la dilecta audiencia que engalana este acto y que estamos seguros verá cumplida sus expectativas a lo largo del ciclo de conferencias que ahora iniciamos.

Muchas gracias.



PRESENTACIÓN DE LA PRIMERA JORNADA PREPARATORIA *

Con la presente jornada preparatoria, en el marco del Ciclo de Conferencias 2015-2017 sobre Persona Humana, la Corte Suprema de Justicia y el Instituto de Investigaciones Jurídicas pretende profundizar positivamente en la relación que se da entre el ser humano concebido y la madre que lo lleva en su vientre, relación tutelada en nuestra Constitución, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las leyes vigentes.

El mundo del derecho, como todo aspecto de la vida social, se encuentra abrumado por corrientes de cambio que distinguen a nuestra era. Las novedades en el ámbito jurídico están ocurriendo a través del reconocimiento de una inmensa multiplicación de “nuevos derechos”.

Recientemente Marta Cartabia, juez de la Corte Constitucional italiana, se refirió al énfasis del discurso sobre los derechos individuales de los cuales no se había hablado sino hasta en una época reciente.

El discurso de los Derechos Humanos, según Cartabia, se centra en el individuo, y no en la relación jurídica, no se subraya nunca el peso que un nuevo derecho puede imponer sobre otro sujeto o sobre la comunidad. Los jueces saben, dice la magistrada,

* Palabra de apertura del evento a cargo de *Carmen Montanía*, Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

que deben aplicar el derecho en el ámbito de las controversias – y por tanto de relaciones conflictivas- donde es claro que ningún derecho individual puede obtener una expansión incontrolada porque concierne a la dimensión relacional de la persona.

Es verdad que estamos en una época de grandes transformaciones sociales y existen factores (como el desarrollo económico y tecnológico, la globalización) que interpelan al derecho, con una exigencia de nuevas formas de protección de la persona y de regulación normativa e introducen desconcierto, dudas e interrogantes en la sociedad y en el mundo jurídico, cuya respuesta se orienta al reconocimiento de derechos individuales.

La proliferación de estos nuevos derechos expresa la expectativa de que el orden jurídico puede hacerse cargo de los dramas más profundos de la persona y asegurar la satisfacción a las aspiraciones que albergan en el corazón de cada uno, también en el nuestro. Todo derecho siempre tiene que ser ponderado con los derechos de los otros y los intereses generales y conlleva una responsabilidad.

En el contexto actual, además de ser la vida un bien jurídico protegible, es bueno recordar que el útero materno es el primer medio ambiente humano natural, el primer hábitat de los niños.

A partir de encuentros como estos deseamos fomentar un debate cultural que abarque distintos aspectos: médico, jurídico, antropológico, a fin de que puedan ser una ayuda para vislumbrar acciones y políticas públicas, que se orienten a la protección de los derechos de las personas.

Agradezco muy especialmente a los expositores que hoy nos acompañan, los Dres. Carlos Vera Urdapilleta y Diego Moreno Rodríguez Alcalá, por su disponibilidad. Igualmente, a la magistrada Pili Rodríguez, jueza de la Niñez y la Adolescencia de Luque, quien gentilmente ha accedido a actuar de moderadora de este evento y quien nos ha acompañado desde el inicio de este proyecto, así como la jueza Gloria Benítez.

Para concluir agradezco el apoyo constante recibido de la Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa y del Ministro Responsable del IIJ, Dr. José Raúl Torres Kirmser.



PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA JORNADA PREPARATORIA *

Un cordial saludo de bienvenida, a esta Segunda Jornada Preparatoria del Ciclo de Conferencias sobre Protección de la Persona Humana en su Edición 2016. Persona por Nacer.

Agradecemos su presencia y los recibimos con gran expectativa y deseos de compartir un valioso momento de trabajo en conjunto.

Saludamos a las autoridades presentes, magistrados, fiscales miembros de la Defensoría Pública, funcionarios, abogados e invitados especiales.

Con la presente jornada, la Corte Suprema de Justicia y el Instituto de Investigaciones Jurídicas pretende seguir profundizando, en la relación (dimensión relacional) que se da entre el ser humano concebido y la madre que lo lleva en su vientre, relación jurídica tutelada en nuestra Constitución, los tratados internacionales y las leyes vigentes.

Brevemente recuerdo que en la primera jornada preparatoria el médico ginecólogo Carlos Vera Urdapilleta abordó el tema del inicio de la vida humana:

1. ¿Cómo y cuándo inicia? ¿En qué ámbito se define esto? ¿El de la religión, la filosofía, la ciencia? La única que puede responder es la ciencia.

2. Desde la fusión del óvulo y el espermatozoide, conocido como concepción/fecundación o fertilización, un nuevo ser hu-

mano cobra vida, esto hoy ya no es motivo de pruebas ni opiniones, sino que es una realidad y evidencia científica, de la genética.

3. El embrión, no es una masa de células, es un ser humano desde su concepción, con todas sus potencialidades y de él no va salir un chimpancé o un gato. Es sólo cuestión de tiempo para que el ser humano crezca y desarrolle todas sus capacidades en los siguientes nueve meses de vida (y el resto de años fuera del útero de la madre).

4. La vida del ser que la mujer lleva en su seno es autónoma y propia, esta convicción se impone, jurídicamente, en los países que tienen la pena de muerte, de no aplicarla a mujeres embarazadas.

5. La obligación primordial del médico es curar, defender y proteger la vida y la salud de sus pacientes.

El jurista Diego Moreno, nos ilustró sobre:

1. El control de convencionalidad: las dificultades teóricas y prácticas.

2. La vinculación de ese control con el derecho a la vida, pues la concepción específica que tenga la Corte Interamericana sobre el derecho a la vida y sobre la persona humana prevalece en todos los Estados sin posibilidad de discusión alguna.

3. El riesgo de que el CC no reconozca que en distintos países los DDHH puedan ser concebidos de forma diferente, como lo hace su par europeo y la importancia de la cuestión en casos como el derecho a la vida.

4. Subrayó asimismo la necesidad de que los jueces paraguayos conozcan a profundidad la Convención Americana de Derechos Humanos para su aplicación, antes que el control de convencionalidad, recordando que los mismos deben proteger prioritariamente los derechos de las personas, de la mejor manera posible.

Hoy tenemos la grata compañía de una jurista mexicana a quien agradezco profundamente por regalarnos su tiempo, cono-

cimientos y experiencias en esta breve visita por nuestro país. Sabemos de su apretada agenda.

Agradezco también la disponibilidad de Omar Rodríguez Servín, Asesor de la Corte Suprema de Justicia, master en Derecho por la Universidad de Münster, Alemania, docente, especialista en Derecho Penal y Procesal Penal, quien actuará de moderador y tendrá a su cargo la presentación de nuestra invitada a quien cedo el uso la palabra.



PRESENTACIÓN DE LA CONFERENCIA CENTRAL

Inicio mi intervención con esta bella canción de Violeta Parra. Gracias a la vida... dar gracias... ¿Por qué? Porque estamos aquí y vivos. Cada uno sabe a quién dar gracias.

Esta gratitud me lleva a recordar la historia de una joven esposa embarazada ingresada al hospital por un caso de apendicitis... los médicos le colocaron un aparato en el estómago y al final del tratamiento le sugirieron que abortara, que sería la mejor solución, porque el niño podría nacer con cierta discapacidad. Pero la joven y valiente esposa decidió que el niño naciera... el niño era el tenor italiano privilegiado con una maravillosa voz: Andrea Bocelli.

En un video el artista señala su deseo de confortar a las personas que se encuentran en dificultades y que en ocasiones solo necesitan no sentirse abandonadas y **subraya algo conmovedor** “**la fuerza de la vida es perturbadora, pero es necesario ponerse en escucha, abrir bien las orejas para acogerla**”.

Esta segunda edición del Ciclo de Conferencias ha iniciado con tres jornadas preparatorias, encaminadas a preparar el evento central.

Las mismas han consistido en un cine debate y en dos jornadas con magistrados, fiscales, defensores, e invitados especiales, en las cuales, con la ayuda de médicos y juristas, se ha profundizado y debatido sobre cuándo y cómo inicia la vida humana desde una perspectiva científica, casos de la jurisprudencia nacional, el dere-

cho a la vida desde la perspectiva internacional, pasando por el control de convencionalidad y las cortes internacionales.

Reconociendo que la relación que se da entre el ser humano concebido y la madre que lo lleva en su vientre es positiva, que el Otro es un Bien, y un Bien que debe ser atendido y protegido jurídicamente por el solo hecho de existir. El hijo se desarrolla en el útero materno, que es el primer medio ambiente humano natural, el primer hábitat del ser humano.

Desde la Corte hemos impulsado una amplia divulgación a fin de que magistrados y operadores del sistema judicial, investigadores, académicos, estudiantes y representantes de instituciones públicas y privadas puedan participar de estas jornadas que, sin duda, aportarán un enriquecedor debate sobre la materia.

Recordamos además que en la actualidad está en curso el Estudio y Reforma de leyes en materia de Niñez y Adolescencia, a través de una Comisión Nacional, conformada para elaborar propuestas de modificación. Entre sus integrantes se encuentran magistrados del Poder Judicial.

Por último, quiero agradecer a las personas, que han hecho posible esta actividad: a la Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa, al Ministro Responsable del Instituto, Dr. José Raúl Torres Kirmser, a las magistradas Gloria Benítez, Pili Rodríguez, Rosa Yambay María Angélica de Bonzi, a los juristas Omar Rodríguez y Diego Moreno, a los médicos Carlos Vera Urdapilleta y Vicente Bataglia, a las Direcciones el Poder Judicial que han colaborado con la organización y logística.



IMPORTANCIA DEL CASO *ROE V. WADE* EN EL DEBATE SOBRE EL ABORTO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO *

Diego Moreno Rodríguez Alcalá **

Muy buenas tardes

Señoras y señores

Vamos a dar inicio a esta última jornada del ciclo de conferencias de protección de la persona por nacer.

Como Uds. saben, hemos tenido dos jornadas preparatorias previas, y finalmente, este último ciclo que abarcó el día de ayer y que nos congrega el día de hoy, donde contamos con la presencia de destacados expositores nacionales y también de los expositores que han venido del extranjero, en concreto el Padre Revello y el Profesor Stith.

Antes que nada, quiero felicitar al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Corte, no quiero incurrir en omisiones, pero sí

* Presentación de la ponencia de Richard Stith por Diego Moreno Rodríguez Alcalá.

** Doctor de Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca. Master en Derecho por la Universidad de Columbia de la Ciudad de Nueva York. Egresado de la Universidad Católica de Asunción. Investigador y docente.

nombrar a Carmen Montanía y Gladys Astigarraga por haber impulsado la organización de estas jornadas que, como dijo el Profesor Stith ayer, no tiene precedentes a nivel de Cortes Supremas en el mundo entero. De modo que esto es algo que debería hacernos sentir muy orgullosos.

En cuanto al profesor Stith, ayer Gladys leyó su hoja de vida así que no voy a volver a reiterarla en este lugar. Solamente quiero decir que es un verdadero honor que un profesor de la impresionante trayectoria académica del profesor Stith, que se ha formado y ha enseñado en las mejores universidades del mundo durante décadas, Harvard, Berkeley, Yale, Valparaíso y varias otras, nos acompañe el día de hoy.

De modo que tenemos aquí a una verdadera eminencia en estos temas que hacen al derecho a la vida y que a través de su producción académica ha tratado también de dialogar y de tender puentes con autores de otras corrientes.

Profesor Stith, su presencia es algo que nos honra sobremedida.

¿Qué es *Roe v. Wade* y por qué es importante que un profesor americano venga aquí a hablarnos de un caso acerca del cual, probablemente mucho de Uds. quizás ni siquiera hayan escuchado hablar?

Resulta que nuestro derecho constitucional, así como otras ramas de nuestro derecho, está muy influenciado por la doctrina extranjera. Especialmente, los autores argentinos son muy citados y seguidos de cerca en fallos de la Corte, así como por nuestra doctrina nacional.

Pero ocurre que la doctrina extranjera, en materia constitucional, está a su vez muy influenciada por la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana. Y eso tiene una explicación muy lógica. La Corte Suprema de Justicia americana es el tribunal más influyente del mundo en materia constitucional. Las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos son seguidas muy de cer-

ca por todos los tribunales constitucionales y por la doctrina especializada del mundo entero.

De allí la importancia, conocer de primera mano lo que ocurre en la jurisprudencia del máximo tribunal norteamericano, en lugar de conformarnos con receptor esta doctrina a través de fuentes indirectas o de segunda mano.

De hecho, ese fue uno de los objetivos que el Instituto se trazó al idear estas jornadas. Evitar que la proliferación de cursos, seminarios, diplomados, conferencias, talleres, ciclos, encuentros, maestrías, doctorados, etc. que tenemos a nivel jurídico en nuestro país, nos tome "desprevenidos". Sabemos que a veces asisten profesores extranjeros a enseñar doctrina. Y lo hacen de muy buena fe, eso nadie duda. Pero ocurre que esa doctrina no necesariamente se aplica a nuestro medio, al menos no sin matices. Y, además, en varios casos es muy problemática, como ocurre, por ejemplo, con el control de convencionalidad, que es el tema que me tocó impartir. Y esto pasa también con el caso *Roe v. Wade*.

El caso *Roe v. Wade* es un caso muy famoso sobre el aborto, que debe ser conocido y estudiado por todo el que se adentre en el debate sobre el aborto desde el punto de vista jurídico. Su influencia ha sido enorme en todo el mundo. En España, por ejemplo, cuando se debatió la ley del aborto, la principal referencia que se manejaba era el caso *Roe v. Wade*. Lo mismo pasa con órganos internacionales de protección de derechos humanos, y cada vez que alguien pretende buscar algún tipo de apoyo jurídico para abordar la cuestión de la legalización del aborto.

Es decir, *Roe v. Wade*, es un caso que estamos obligados a conocer si queremos abordar el tema del aborto desde el punto de visto jurídico-constitucional.

Y qué mejor manera de abordarlo que a través de un profesor americano sumamente calificado, que conoce al caso a fondo, que es especialista en esta temática, y que puede contarnos algo que quizás otros no se animen a contar. Ocurre que, a pesar de su popularidad, *Roe v. Wade* en realidad es un caso profundamente

problemático, como tendremos ocasión de escuchar en la charla del profesor Stith.

Celebro que tengamos esta oportunidad, para que la próxima vez que nos toque abordar el tema, o cuando Uds. desde la función jurisdiccional, tengan que enfrentarse con un problema real, podamos por lo menos tener las herramientas necesarias para formarnos un criterio crítico ante este tema en particular.

Y esa visión crítica es precisamente lo que el Profesor Stith, desde su solvencia intelectual, nos va a brindar el día de hoy.

Muchas gracias Profesor, nuevamente, por estar con nosotros el día de hoy.



DISCURSO DE CIERRE DE LAS JORNADAS

Alicia Beatriz Pucheta de Correa *

“Muy buenas tardes, realmente me siento honrada y agradecida por este reconocimiento, la representación de la Virgen de la Dulce Espera realizada por una artesana paraguaya, porque debemos valorar todo lo que hace a nuestra identidad (1).

Por otra parte, decirles que felicito, en primer lugar, al colega Vicepresidente Primero Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser, quien, como Ministro Responsable del Instituto de Investigaciones Jurídicas, hizo posible estas reuniones, abordando un tema por demás sensible y sobretodo de una gran connotación, por lo que representa en sí el hecho de la concepción de un ser humano.

Asimismo, felicito a la Directora del Instituto Carmen Montaña y a su talentoso equipo, igualmente la presencia que ocupó estos dos días de connotados expositores muy versados en la materia, como el Dr. Mario Meyer, Rubén Revello, el jurista investigador Richard Stith, la magistrada Gloria Benítez y la jurista Mónica Cáceres; y sobretodo la participación de todos ustedes que representan un apoyo importante a las iniciativas tomadas por el Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser en estas jornadas.

* Presidenta y Ministra de la Corte Suprema de Justicia.

(1) Agradecemos a la Asociación de Jueces por su acompañamiento al Fuero de la Niñez y la Adolescencia.

También agradezco la presencia del Dr. Bataglia, médico reconocido por su larga y honrosa trayectoria en la medicina y decirles que quienes hemos estado o seguimos estando en la Judicatura de la Niñez y la Adolescencia son quienes asumen la alta responsabilidad al momento de resolver casos sometidos a su consideración, en lo que hace a la persona humana y sobretodo tratándose de aquellas que se encuentran en gestación.

Muchas veces no se comprende por qué el magistrado y la magistrada de la Niñez utilizan al equipo interdisciplinario en las tareas en las que debe resolver situaciones muy sencillas o muy complejas, pero en todas con una gran responsabilidad. En ese sentido cuando hablamos de los derechos de la persona humana en gestación esto se hace más complejo, ya que tienen que definir que pasa por ejemplo cuando hay una disyuntiva en la salud de una madre en estado grave o en el nacimiento del concebido.

También en ciertas situaciones en que deben resolver como van a aplicar la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales y las leyes, entonces, cada caso para el juez o la jueza de la niñez es su caso, y muchas veces tiene pasar largas horas de insomnio en la solución que va dar en el caso particular. Porque es así, la mente del ser humano; en particular de los jueces de la niñez y la adolescencia; no descansa cuando tiene que dar su decisión en estos casos, ya que todo este equipo interdisciplinario opina, dictamina, pero quien tiene la alta responsabilidad jurisdiccional en ese momento y que no tiene derecho a equivocarse, es el juez/jueza de la Niñez y la Adolescencia.

Considero importante, que los operadores que intervienen en el fuero de la Niñez y la Adolescencia puedan dimensionar la labor crucial de los mismos, es fácil criticar a un juez/jueza de la Niñez, pero basta que esas personas estén un día en el juzgado, para darse cuenta de que tiene una alta connotación humana y muchas veces lo jurídico es apenas el 30 %. Cabe preguntarnos además en el momento en que el juez o la jueza va tener que resolver una situación que atañe a la persona humana en gestación puede o no primar alguna vez en esas situaciones el que profese

una religión en particular o no, o cómo entiende la moral, la ética en sus distintos aspectos para que ella tenga que resolver de acuerdo a un razonamiento jurídico, esto se debe analizar.

Por último, resalto que este seminario, ha superado las expectativas, ya que contó con la participación de personas que han analizado desde el punto de vista científico en el área de la oncología dentro de la medicina. También desde el punto de vista de expertos en Bioética, y sobre todo desde la mirada del jurista investigador y el aporte importante de nuestras magistradas y magistrados que día a día tienen que estar resolviendo casos sometidos a consideración en el que encuentran los derechos de la niña del niño en el futuro, pero que en ese momento deben determinar si ese ser humano dentro del vientre materno tiene o no derechos humanos; ¿Es un derecho inherente al concebido? ¿O la madre? ¿Es la que debe decidir o la sociedad? Por eso repito, es muy importante valorar la tarea del juez y la jueza, porque a eso yo le llamo la soledad del magistrado.

Muchas gracias”.



ANEXO III

ENTREVISTAS

CONFERENCISTA RECHAZA ABORTO EN CASOS DE VIOLACIONES *

El conferencista internacional Richard Stith, invitado por la Corte Suprema de Justicia, brindó charlas sobre la protección del no nacido desde la concepción. Esta semana se debate en el país la despenalización del aborto como recomendación internacional.

Stith sostiene que la vida se debe entender desde la concepción y garantizar desde ese momento los derechos del no nacido como persona jurídica. En ese sentido, rechaza el aborto intencional, salvo cuando el embarazo representa un peligro de muerte para la mujer. Aún en esos casos considera que se deben sopesar médicamente los riesgos.

Consultado sobre su postura acerca de las niñas violadas que quedan embarazadas, como el caso de Mainumby, que produjo la reacción de un sector que exigía interrumpir el embarazo por el riesgo que corría la víctima mientras que por otro lado se pedía que continúe la gestación, el conferencista habló de la protección a la vida.

“Justamente los niños entienden mucho mejor la idea de la protección de la vida no nacida que los adultos porque no han llegado a la altura en que tienen el contrapeso de los deseos sexuales y evitar los embarazos. Los niños pequeños van a estar muy abiertos a la protección de los seres humanos y de los animalitos.

(*) Entrevista al profesor Richard Stith publicado en el diario Última Hora el 24/09/2016.

Fuente: <http://www.ultimahora.com/conferencista-Rechaza-aborto-casos-violaciones-n1034103.html>

Tienen mucha simpatía con todo ser vivo, entonces decir a esta pobrecita que haya tenido un hijo que fue matado posiblemente con el permiso de ella le puede pesar muchísimo por toda la vida”, expresó.

Siguiendo con la problemática de los embarazos productos de abusos sexuales en las mujeres mayores de edad, mencionó que Adán y Eva al cometer un pecado ocasionaron una “feliz culpa”, ya que así más adelante tuvo su origen Jesús, cuyo nacimiento se recuerda en Navidad.

“La mujer violada puede pensar que fue no solo culpa, fue un delito monstruoso, pero feliz culpa que tengo a mi hijo ahora, es tener un beneficio de una cosa que si no tuviera el hijo sería nada más una pesadilla su historia”, expresó.

“Nadie quiere penar a las mujeres”, refirió respecto a las que optan por interrumpir su embarazo. Refirió que generalmente el entorno presiona a las mujeres a abortar, ya sea por falta de apoyo de la pareja, la familia o el empleador. En ese sentido, propone empoderar a las mujeres para superar las presiones externas.

También admite que hay mujeres que optan voluntaria y conscientemente por el aborto y sobre estos casos sostiene: “El problema del aborto es que concibe al no nacido como propiedad privada”.

Con relación a la corriente feminista que busca la despenalización del aborto, cree que esta medida responde a que un sector de adherentes piensa que así las mujeres pueden retener su empleo, atendiendo a que los empleadores tienden a no contratarlas por el permiso de maternidad que conlleva el proceso de gestación y alumbramiento. Para Stith, se quiere “enhombresar a la mujer, como si no tuviera la capacidad de tener hijos, y dejar el empleo tan enemigo de las familias como era antes”.

El conferencista es licenciado en Derecho y doctor en Ética, milita en la organización Consistent Life Ethic, que a su vez suele contactar con movimientos pro vida de diferentes países. En el caso de Paraguay, fue invitado por la Corte Suprema de Justicia

para brindar charlas sobre el derecho del no nacido, realizado en el Palacio de Justicia.

Por otra parte, en el marco del XIV Congreso Latinoamericano de Medicina Social y Salud Colectiva, este lunes se realizó un taller sobre las recomendaciones internacionales al Paraguay acerca de la moralidad materna y despenalización del aborto.

La campaña “28 de Setiembre” presentó en Paraguay en el 2014 una propuesta para modificar los Artículos 14, inciso 18 y 109 del Código Penal. Sostiene que pese a la penalización del aborto se registran 8.000 casos anuales y algunos de ellos terminan en muertes por mala praxis.



HILLARY O TRUMP. EL TEMA ABORTO PUEDE SER CRUCIAL*

El abogado y catedrático estadounidense Richard Stith hace un balance de las reñidas elecciones norteamericanas que se definen mañana en su país y que tienen como contendientes a Hillary Clinton y Donald Trump. En esta entrevista, el profesional –que dictó una conferencia sobre ética en el Palacio de Justicia invitado por la Corte– manifiesta que ve difícil el triunfo de la candidata demócrata por su posición a favor del aborto, uno de los temas centrales de la campaña y que influye en la decisión de los electores.

– ¿Cuál es su especialidad?

Soy profesor de Derecho Comparado en la Universidad Valparaíso de Chicago. Mi especialidad es la ética. Estoy en la organización Consistent Life Ethic. Fui invitado por la Corte Suprema de Justicia de su país para hablar del derecho del no nacido. Hago filosofía del derecho, historia del derecho.

El derecho del no nacido fue uno de los temas que acaparó el último debate entre Hillary Clinton y Donald Trump.

* Entrevista al profesor Richard Stith publicado en abc Color, el 7/11/2016.

Fuente: <http://www.abc.com.py/edicion-impres/politica/hillary-o-trump-el-tema-aborto-puede-ser-crucial-1535211.html>

En todas las elecciones, no solo en Estados Unidos, el aborto es un tema casi central. En mi país tiene una explicación bastante sencilla. Nuestro tribunal en 1973 cometió un gran error al declarar el derecho de la mujer a abortar en cualquier etapa del embarazo, inclusive hasta los nueve meses y con cualquier argumento. La ciudadanía en general rechaza esta jurisprudencia. Los que apoyan no pasan del 13%. Hasta los proaborto rechazan el aborto después de tres meses de embarazo. Pero la Corte, en 1973 declaró que se puede abortar hasta el parto si la mujer quiere. Es el caso llamado "*caso Roe contra Wade*" o "*Roe v. Wade*". Hillary Clinton defiende esta posición de la Corte.

El moderador le preguntó a Hillary si estaba a favor del aborto en cualquier etapa del parto.

Y ella respondió que sí.

Y Trump respondió que no.

Quiero aclarar un poco la situación de Trump. No es que quiere legislar contra el aborto. Quiere dejar abierta la pregunta. Quiere que los Estados decidan. Nuestro tribunal sacó esa facultad a los Estados, que son los encargados del derecho penal en general. Hay Estados como California o Nueva York donde tradicionalmente gana el aborto, pero hay muchos más Estados donde se legisla contra el aborto.

Se habló mucho en este debate del plan Parenthood. ¿De qué se trata? Trump dijo que es partidario de cortar los recursos del Estado que van a parar a esa organización.

Es la empresa abortista más importante de los Estados Unidos y la más importante en el mundo. Tiene otros nombres en otros países. Su mayor ganancia es a través de los abortos. Cobran de sus pacientes o de las subvenciones del Gobierno. También distribuyen preservativos y tienen servicios de control mamario, pero sobre todo se dedican al aborto. Para ganar más venden los órganos de los abortados para experimentos. Por lo común tiene permiso de la madre. Pero la gran mayoría de las mujeres no quiere

abortar. Si abortaron fue por presión de su pareja, de los padres, por la situación de empleo. Se los encuentra generalmente muy tristes y depresivos. El Parenthood les dice: "su aborto va a servir para ayudar a la ciencia, para salvar otras vidas, para ayudar a los pobres...". Al final sirve para que ellos ganen sumas siderales.

Trump advirtió que ya no habrá dinero del Gobierno para esta empresa.

Lo que dijo fue: "Si Parenthood no hace más abortos, no tengo nada contra el Plan Parenthood. Vamos a apoyarlos en su distribución de preservativos, en los exámenes manuales de pecho en las mujeres pero que si sigue con los abortos ya no habrá más dinero del gobierno para ellos. Después de 1973 hubo momentos en que el Plan Parenthood tenía como filosofía distribuir los anticonceptivos y tenía hasta consignas que decían: "Los anticonceptivos no matan como el aborto". Era su propia propaganda. Después del permiso de la Corte para que la mujer pueda abortar en cualquier momento del embarazo hubo una pulseada dentro del seno mismo del Plan Parenthood. Un sector dijo que no quería ganar plata con el aborto. Pero ganó la presión de los que querían abrir la empresa al aborto y hoy es la empresa más importante dedicada a la industria del aborto.

– ¿Por qué adquiere cada vez más importancia este debate en las elecciones?

La tecnología ha hecho cosas asombrosas para mostrar las evidencias. Con una proyección de sus formas, hasta se puede conocer el rostro de cómo será la persona que está en gestación. Esto se desarrolló a partir de la necesidad de la policía de conocer los rostros de los autores de los delitos. Se usan restos de ADN en la escena del delito. Con una computadora se hace un boceto del rostro mismo del sospechoso. De esa forma se ha llegado hasta los autores. Es un gran aporte para el movimiento a favor de la vida. Demuestra que el aborto es un tipo de homicidio. La ciencia nos da la prueba. En el caso de los no nacidos la tecnología nos ayuda más y más. Yo fui profesor de Bioética en la Facultad de Medicina.

La gran mayoría de profesores de Bioética está totalmente de acuerdo en que no hay diferencia entre el aborto y el homicidio. En poco tiempo más usted podrá ver la cara futura del niño en las 12 semanas de gestación. Eso toca el corazón directamente. Si usted ve en la ecografía a un feto chupándose el dedo, le abre el corazón enseguida.

– ¿Qué hay de la madre si está en peligro de muerte, como dice Hillary?

Hoy en día casi no existe una situación en que para proteger la vida de la madre hay que matar directamente al hijo. Insisto en este tema de los avances de la ciencia y la tecnología. A veces hay que separarlos. Remover al hijo porque no puede desarrollarse no es querer separar la madre del hijo. Claro que va a morir porque no ha madurado en forma suficiente. En el futuro, con una mayor tecnología puede ser que sea posible una separación a las 12 semanas sin que ninguno corra peligro de vida. No estoy hablando de que los niños no nacidos tengan derecho a vivir a ultranza. Tienen sí derecho a no estar sujetos a la violencia intencional, como cualquier ser humano. Algunas personas pueden quedar perjudicadas por nuestras decisiones, pero no hay una acción premeditada para matarlos. Se trata de un efecto secundario.

– ¿Cuál es su opinión de Trump?

En general creo que está en juego algo muy profundo y la gente se distrae por la personalidad tan rara, tan abrupta de Trump. Hay un choque hoy en día entre el mercado libre a nivel mundial y la democracia. Las decisiones democráticas tienen que ser por decisión y no por mercadeo. No se puede tomar decisiones con base en las necesidades más inmediatas, a las tentaciones más inmediatas del hombre.

El tema de la inmigración también tocó muy de cerca a los latinoamericanos y en eso parece que también gana Hillary.

La gente habla mucho de la inmigración como si fuera un prejuicio racista o xenofóbico. Es parte de la lucha contra esa globalización. La gente quiere que su propio pueblo tome las decisiones y que se integre, un pueblo sin fronteras. Hay una pugna entre la democracia y la globalización y aquí se debe atender los intereses de la gente.

– ¿A usted le gusta Trump por su posición contra el aborto?

A mí particularmente no me gusta Trump, pero creo que él representa el movimiento democrático, el movimiento del hombre normal, del trabajador. El partido de Hillary representa a las élites cosmopolitas, la gente a la que no le importa perder la democracia porque es gente que viaja por Europa, por muchos países. No están tan arraigados, aferrados al país. Los votantes de Trump están arraigados. Es el pueblo normal de base versus las élites. Pero los demócratas dominan todos los medios de comunicación y aprovechan para poner énfasis en el trato descortés y la personalidad ácida de Trump. Sin embargo, el candidato republicano representa a un movimiento democrático contra la globalización.

Creció en forma impresionante en las últimas semanas. Nadie asegura nada.

Aunque Trump pierda por sus problemas personales y por sus afirmaciones poco afortunadas, ese movimiento va a crecer con toda seguridad porque está en auge.

– ¿Y el contraste por el tema inmigración?

Los estadounidenses tenemos mucha suerte. De las Américas nos mandan trabajadores que nos ayudan a desarrollar el país mientras muchos compatriotas están matando seres humanos no nacidos promoviendo el aborto. Precisamos inmigrantes y qué bueno que sean mexicanos o latinoamericanos y encima cristianos.

– Y ¿el Muro de Trump de 3.000 km?

En esta campaña pienso que Trump no estuvo muy afortunado. No fue lo bastante listo. Además, 3.000 km de muro... No creo que lo haga. Es una locura. Es una malísima idea. No tiene sentido.



UNA MIRADA ESCÉPTICA AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *

Nota introductoria. Esta entrevista, realizada por la Revista Jurídica del CEDUC, nos brinda una visión crítica sobre el control de convencionalidad. El entrevistado es Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca y Master en Derecho por la Universidad Columbia de la ciudad de Nueva York. Trabajó durante seis años como asesor legal del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Es egresado con honores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica. Fue ganador del concurso de monografías de la Revista Jurídica CEDUC (1997). Además, fue presidente del Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica (1996). Actualmente ejerce la profesión de abogado y es profesor de postgrado de la Universidad Católica, entre otras instituciones.

¿Qué es el control de convencionalidad?

Es una doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establecida en el caso *Almonacid Arellano v. Chile* del año 2006, en virtud de la cual la Corte ha determinado que los jueces nacionales y otras autoridades deben ejercer una “especie de

* Entrevista al Prof. Dr. Diego Moreno Rodríguez Alcalá publicada en la Revista Jurídica CEDUC. Vigésimo quinta edición de la revista. Agosto 2016.

control de convencionalidad”, a fin de asegurar la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos del sistema interamericano de los cuales el Estado afectado sea parte.

Aunque la jurisprudencia de la Corte no ha sido uniforme, básicamente lo que se pretende es que los jueces y otras autoridades inapliquen una disposición cuando sea contraria a la Convención Americana o a las interpretaciones que de ésta ha efectuado la Corte, de forma similar a lo que ocurre con el control constitucional.

Es importante destacar que incluso la propia Constitución puede ser objeto de “control de convencionalidad”, pues la doctrina asume que la Convención Americana sobre Derechos Humanos está por encima de las constitucionales nacionales.

¿Para qué sirve el control de convencionalidad?

La Corte pretendió que los jueces nacionales tomaran en cuenta la Convención Americana y la aplicaran a nivel interno de los Estados, evitando la aplicación de normas contrarias a la Convención y/o a las interpretaciones que de la misma haya efectuado la Corte. Se quería asegurar así la eficacia plena de los tratados de derechos humanos del sistema interamericano a nivel interno de los países.

¿Por qué ha adquirido tanta relevancia últimamente?

Ha habido un gran desarrollo temático desde el fallo Almonacid. La Corte y sus funcionarios promocionan esta doctrina en distintos países a través de charlas y conferencias. Varios autores latinoamericanos de prestigio han escrito libros y artículos, lo cual ha dado lugar a una literatura profusa sobre la doctrina. Se organizan charlas, cursos y seminarios sobre el control de convencionalidad. Digamos que es un tema que está de moda.

¿Cuál es su visión del control de convencionalidad?

Creo que es una doctrina que pudo haber tenido buenas intenciones, en el sentido de propiciar que se tome en cuenta a nivel interno de los países a la Convención Americana, que muchas veces es soslayada por los órganos jurisdiccionales nacionales. No obstante, la doctrina presenta algunas dificultades teóricas y prácticas de peso que, en lugar de favorecer una mayor aplicación de la Convención, podrían convertirse en una fuente de nuevos problemas para los operadores jurídicos. Y eso es algo que no conviene al sistema.

¿Cuáles son algunos de esos problemas?

Hay varios. En primer lugar, esa “especie” de control de convencionalidad que la Corte exige a los jueces nacionales es algo que en realidad éstos no pueden hacer. El control de convencionalidad, en puridad, sólo lo puede hacer un tribunal internacional, es decir, la Corte Interamericana, disponiendo se garantice el goce del derecho cuando ha habido una violación, y en su caso, ordenar la reparación y la indemnización que corresponda por la violación al tratado en la que ha incurrido el Estado afectado.

Sin embargo, a diferencia de un tribunal internacional, un juez nacional nunca puede determinar la responsabilidad internacional de un Estado, lo cual sería absurdo. De allí que creo que la doctrina se asienta en un equívoco conceptual, al pretender extrapolar lo que hace un tribunal internacional al nivel doméstico, y estableciendo al mismo tiempo una dudosa analogía con el control constitucional, cuando que en realidad se trata de operaciones muy distintas. Se habla incluso de “control de convencionalidad concentrado v. difuso”, lo cual sólo contribuye a incrementar la confusión de una doctrina que hasta ahora no resulta muy rigurosa en términos conceptuales.

¿Por qué entonces se exige a los jueces nacionales que realicen un control de convencionalidad?

A decir verdad, la doctrina no tiene ningún basamento normativo sólido. No en vano fue “descubierta” recién en 2006, siendo que la Corte comenzó a funcionar en los años 80. Los Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que la Corte citó en el caso *Almonacid* como sustento normativo al control de convencionalidad a lo sumo hacen surgir la responsabilidad internacional del Estado, pero en modo alguno “exigen” ningún tipo de “control de convencionalidad” a los jueces nacionales. Como es natural, esto hacer surgir serias dudas sobre la legitimidad de la doctrina.

Por lo demás, es más que controvertido que la Corte Interamericana pueda exigir a un juez local a que deje de aplicar una disposición de su ordenamiento cuando que ese mismo ordenamiento no le otorga facultades para realizar esta operación.

Es más, la Corte Interamericana no parece ser totalmente sensible ante el hecho de que los países tienen distintos sistemas de control constitucional que determinan cuándo un juez puede o no inaplicar una disposición legal, por ejemplo, sistemas de control difuso, concentrado, etc. Es cierto que ha habido esfuerzos de clarificación por parte de la Corte en fallos subsiguientes. Sin embargo, lo cierto es que hasta hoy no se sabe muy bien si en Paraguay, por poner un ejemplo que nos interesa, cualquier juez de primera instancia podría “inaplicar” una ley, e incluso la propia Constitución, por considerarla “anticonvencional”. De hecho, algún autor incluso se pregunta si un Fiscal podría hacer lo mismo, o un Policía, por poner sólo algunos ejemplos.

Como es evidente, todo esto resulta muy problemático para nuestro sistema jurídico, y me parece que la doctrina del control de convencionalidad hasta ahora no ha podido hacer frente de manera exitosa a estos cuestionamientos.

Un tribunal internacional puede determinar responsabilidades internacionales y ordenar las reparaciones del caso, pero jamás

puede otorgar a los jueces y a otras autoridades competencias de las que carecen a nivel doméstico, que es lo que parece pretender la Corte Interamericana con esta doctrina.

A propósito de lo que acaba de señalar, ¿cuál es la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional?

A mi modo de ver, la Corte desatiende que la forma de incorporar el derecho internacional al derecho interno se rige por las disposiciones de cada país. Cada Estado tiene su propio sistema de incorporación del derecho internacional, que van desde el monismo hasta distintas formas de dualismo.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha reconocido esto de forma muy clara, al no exigir a los Estados una forma específica de incorporar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a sus ordenamientos internos, y dejando esto a criterio de los Estados. Es más, en una opinión consultiva del año 1987, la Corte Interamericana también siguió esta misma línea, pero ahora ha cambiado de criterio, exigiendo que el tratado se incorpore al derecho nacional según los lineamientos trazados por la Corte.

Pero lo cierto es que en el derecho internacional no existe una sola norma relativa a la incorporación del derecho internacional a nivel interno, lo cual queda reservado a cada ordenamiento doméstico, con lo cual la Corte parece contradecir al derecho internacional.

¿Cómo queda la Constitución Nacional, ya que, según el control de convencionalidad, ¿la Convención Americana se hallaría por encima de la Constitución, algo que contradice al Art. 137 de nuestra Carta Magna?

Esta pregunta es muy importante y se halla relacionada a la anterior. Me gustaría recordar aquí que, según el control de convencionalidad, un juez podría inaplicar la Constitución de su país si la considera "anticonvencional". Sin embargo, esto nuevamente resulta muy problemático. Y de seguro para muchos operadores jurídicos paraguayos esta noción resultará también contra intuiti-

va, ya que para nosotros la Constitución es la norma suprema y los tratados internacionales son instrumentos normativos de inferior jerarquía.

Lo cierto y lo concreto es que el derecho internacional no establece que un tratado deba estar por encima de la propia Constitución, que es lo que pretende la Corte Interamericana con esta doctrina. Si un tratado ha de estar o no por encima de la Constitución es una cuestión que queda nuevamente reservada al derecho interno de cada Estado. Y en nuestro ordenamiento jurídico sabemos que esto no es así.

Un tribunal internacional simplemente no puede decidir a través de sus fallos si un determinado tratado debe o no estar por encima de la Constitución de un país. Esto parece atentar contra el derecho internacional y desconoce además las complejas relaciones que existen entre el derecho interno y el derecho internacional, que se relacionan de múltiples y muy sutiles maneras y donde hay que tomar en cuenta, entre otros aspectos, las teorías dualistas y monistas del derecho internacional.

¿Cómo ha afectado la doctrina del control de convencionalidad al sistema interamericano de protección de derechos humanos?

Como han advertido algunos, el control de convencionalidad acaba desnaturalizando el sistema interamericano de derechos humanos, que es de naturaleza subsidiaria y complementaria. Como es sabido, la obligación principal de protección de los derechos recae sobre los Estados. Esto siempre ha sido así, según lo establece el propio preámbulo de la Convención. Pero el control de convencionalidad pretende invertir este estado de cosas, ya que ahora todo juez debe incorporar la Convención de acuerdo a los lineamientos de la Corte, la cual se asigna a sí misma un rol primario, y coloca a la Convención por encima de la Constitución, en lugar de situarla en un plano distinto y complementario al del ordenamiento jurídico interno, como ha sido siempre.

De esta forma, el sistema establecido por el tratado deja de ser subsidiario, con lo cual se olvida de paso que la Convención Americana sólo establece un piso mínimo de protección y no un techo. Consideremos el siguiente ejemplo. En virtud al principio pro persona y a otras normas disponibles a nivel interno –por ejemplo, la Constitución, otros tratados de derechos humanos de la ONU, e incluso la legislación local– en cada país se podría llegar a brindar una protección incluso superior a la Convención Americana, pero esto quizás ya no podría ocurrir a partir del control de convencionalidad, al menos si nos atenemos a lo que establece la jurisprudencia de la Corte.

También el Art. 68 de la Convención es claro al establecer que las decisiones de la Corte únicamente obligan a las partes del caso, con lo cual nuevamente el control de convencionalidad, al exigir que las decisiones de la Corte sean vinculantes para todos los Estados, desvirtúa por completo el sistema.

El control de convencionalidad también implica que los jueces nacionales deben seguir las interpretaciones de la Corte Interamericana. ¿Qué opinión le merece esta vertiente de la doctrina?

Sí, es así. La Corte Interamericana pretende que incluso sus interpretaciones, es decir, su jurisprudencia, sean vinculantes, lo cual es sumamente problemático para la mayoría de los países sometidos a su jurisdicción, incluido el nuestro.

En los países de tradición civilista, los jueces están sometidos a la Constitución y a la ley. Los países latinoamericanos no siguen el sistema de *common law*, de precedentes obligatorios, que es propio de los países anglosajones. El control de convencionalidad, sin embargo, parece querer convertir a nuestros jueces en jueces de *common law*.

Esto resulta totalmente contrario a nuestra tradición, y coloca a los jueces en una posición sumamente difícil, ya que no se sabe si estarán vinculados a la Constitución y a la ley o a las “interpretaciones” de un tribunal internacional.

Además, es difícil que jueces que no hayan sido formados en la tradición del *common law* tengan el entrenamiento necesario para aplicar las complejas técnicas propias de dicho sistema (distinción de casos, *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *stare decisis*, razonamiento analógico, y otras técnicas afines que requieren años de práctica).

¿Cómo queda la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en todo esto?

A mi modo de ver, la posición de la Corte deja completamente de lado –de forma algo injusta hasta si se quiere– a otros actores fundamentales en materia de protección de derechos humanos. Aquí nombraré solamente a dos.

En primer lugar, como es sabido, hay dos órganos de protección en el sistema interamericano, la Corte, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta última desempeña un papel importantísimo de protección, aunque no sea un órgano jurisdiccional propiamente dicho. Sin embargo, la misma no parece desempeñar ningún papel para la doctrina del control de convencionalidad, lo cual me parece sumamente problemático.

La Corte no tiene una jerarquía superior a la Comisión. Y de hecho la Comisión es mucho más activa que la Corte. Muchos casos acaban en la Comisión y nunca llegan a la Corte. Finalmente, a diferencia de la Corte, la Comisión es un órgano de la OEA, por lo cual abarca a más países.

El segundo grupo de actores dejados de lado son los jueces nacionales. El control de convencionalidad no les otorga, contrariando el principio de subsidiariedad, un rol trascendente a la hora de interpretar la Convención Americana, pues deben ceñirse a las interpretaciones de la Corte. Esto también es problemático. Los jueces nacionales son los encargados primarios de que no se violen los derechos. Están mucho mejor posicionados para internalizar normas de derechos humanos en contextos específicos. Tienen mucha más exposición a casos que los jueces de la Corte Interamericana, que apenas deciden unos doce casos al año, además de tener varias limitaciones institucionales.

Ahora todos los jueces de los distintos países de la región tendrán que ceñirse a las interpretaciones de siete jueces de la Corte Interamericana que sesionan unas pocas veces al año, al parecer sin poder desafiar dichas interpretaciones cuando consideren que existen otras que sean más favorables a los derechos o al principio pro persona.

¿No promueve acaso el control de convencionalidad un diálogo con los jueces nacionales?

Es cierto que, para justificar esta doctrina, se dice a veces que la Corte Interamericana “dialoga” con los jueces nacionales a través del control de convencionalidad. En primer lugar, tengo serias dudas sobre el hecho de que los jueces “dialoguen”. Los jueces aplican el derecho y su función institucional no es la de dialogar. Pero aún si aceptásemos la metáfora del supuesto diálogo, da la impresión de que se trata más de una “clase magistral” que, de un genuino diálogo, pues los jueces nacionales no podrían, reitero, cuestionar las interpretaciones de la Corte cuando consideren que sus propias interpretaciones protegen mejor a la persona humana. Deben simplemente seguir a la Corte Interamericana, con lo cual, como algunos críticos han remarcado, se estanca la jurisprudencia y se atenta contra el carácter evolutivo de la Convención.

A su vez, algunos sostienen que se trata de una herramienta complementaria y coadyuvante para los jueces nacionales a la hora de proteger los derechos, y que, por tanto, debe ser acogida con entusiasmo. Pero esto no se desprende de los fallos. Da la impresión de que se trata de una doctrina más bien excluyente y absolutista. La protección de los derechos no pasa por ver cuál órgano del sistema debe tener la potestad exclusiva de establecer líneas interpretativas o de tener más poder que los otros. Es una tarea que compete colectivamente a varios actores, entre ellos, los jueces nacionales.

Algunos señalan que el contexto político de la región ha cambiado y que no es el mismo que existía cuándo los órganos de protección de derechos del sistema comenzaron a funcionar. En esta línea de pensamiento, ¿cómo cree Ud. que queda el control de convencionalidad de cara a las democracias actuales que existen en la región?

Ya mencioné que la Corte Interamericana parece no ser lo suficientemente deferente ante los jueces nacionales y ante la Comisión.

Pero tampoco parece tomar muy en cuenta los procesos democráticos que se dan en los países de la región. Hoy en día la democracia es la norma en países donde otrora imperaban dictaduras militares, se implementaba el terrorismo de Estado, existían violaciones masivas y sistémicas a los derechos humanos, etc. Este contexto ha cambiado hoy en día, pero tengo dudas de que el control de convencionalidad atienda a esta situación, otorgando la deferencia que reclaman nuestras democracias en sus decisiones sobre cómo lidian con determinados derechos. Algunos casos de la Corte en los que se ha empleado el control de convencionalidad avalan esta impresión.

Además, los derechos y su interpretación están sujetos al pluralismo que caracteriza a nuestros países, lo cual significa que pueden ser interpretados razonablemente de distinto modo por diferentes actores. Sin embargo, bajo el control de convencionalidad, únicamente podrán ser interpretados según los lineamientos de los siete jueces de la Corte Interamericana. Creo que yo las opiniones de los ciudadanos de nuestras democracias constitucionales también merecen respecto, incluso –y quizás con mayor razón– cuando estamos hablando de nuestros derechos fundamentales.

No en vano en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no existe una doctrina similar al control de convencionalidad. Todo lo contrario, dicho tribunal reconoce los márgenes de apreciación que tienen los Estados para implementar sus obligaciones de

conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Curiosamente la Corte Interamericana, que suele seguir muy de cerca al Tribunal Europeo, se aparta radicalmente en ese sentido a este último órgano.

¿Qué propone entonces en lugar del control de convencionalidad y qué recomendaría a los operadores jurídicos a efectos dar una mayor eficacia a la Convención Interamericana de Derechos Humanos?

En primer lugar, que los jueces tomen conciencia de que la Convención Americana debe ser aplicada. Ello es así en razón de que dicho tratado forma parte de nuestro derecho positivo, y no en virtud a una “especie de control de convencionalidad”.

Pero para que eso sea posible, necesitamos un mayor conocimiento del sistema interamericano de derechos humanos, de sus diferentes tratados y órganos de protección, de los estándares de protección vigentes, que se lleven a cabo jornadas de capacitación para jueces y otros operadores jurídicos, escuchar las experiencias de los jueces y abogados nacionales, así como de otros actores de la sociedad civil, conocer sus inquietudes y las dificultades que encuentran, a fin de que la Convención pueda ser aplicada de forma más eficaz.

Todos queremos que la Convención tenga una plena aplicación. Se trata de un instrumento sumamente valioso para la protección de los derechos y libertades. El sistema de protección ha realizado contribuciones importantísimas para nuestra región, por lo cual debe seguir siendo fortalecido y no debilitado, como pretenden algunos Estados que incluso han denunciado recientemente la Convención Americana.

Pero dudo que el control de convencionalidad, a pesar de su popularidad en ciertos círculos, sea un medio idóneo para lograr una mejor implementación de la Convención a nivel interno, dado los numerosos problemas que presenta. La protección de los dere-

chos pasa por reconocer el valor inherente y la dignidad de la persona humana, y esa es una tarea en la cual nadie tiene una especie de monopolio excluyente. Al contrario, se trata de una empresa que nos compete a todos los ciudadanos de las Américas, incluidos los paraguayos.



ANEXO IV

**IMÁGENES SOBRE EL
CICLO DE CONFERENCIAS
LA PROTECCIÓN DE LA
PERSONA HUMANA**

PERSONA POR NACER

EDICIÓN 2016

AFICHES

Conmemorando el mes del

Niño por nacer

Decreto N° 20.846/2003

Cine Debate

October Baby
(Basada en una historia real)

Miér./16/marzo/2016
Museo de la Justicia
del Palacio de Justicia
de 13 a 15 h.
Info: 439 4000 - Int.: 2210

...lo esencial es invisible a los ojos



La vida **un bien jurídico protegible**

Jornada Preparatoria
Conferencia Persona por Nacer

Expositores

- Dr. Carlos Vera Urdapilleta
Gineco-Obstetra
- Dr. Diego Moreno Rodríguez Alcalá
Jurista

“Dirigido a Magistrados del Área de la Niñez y la Adolescencia”

28 | julio | 2016 | 13.30 a 15.30
Salón Auditorio - Primer Piso
IIJ - Corte Suprema de Justicia
Info: 439 - 4000 - Int.: 2210



**El derecho a la vida:
Perspectiva internacional**

Conferencia Persona por Nacer.
Segunda Jornada Preparatoria.



Neydy Casillas

Jurista mexicana,
experta en temas de
derecho internacional.
Consultora legal de la
ADF Internacional en
Washington, D.C.
Aboga por el buen uso
del derecho internacional
y el derecho a la vida en
la OEA y en la ONU.

Jueves 1 de setiembre. 13:30 hs.
Sala 2 de Juicios Orales. 2° Piso
Corte Suprema de Justicia - IIJ
Info: 439 - 4000 - Int. 2210 / 2205



 CORTE SUPREMA de JUSTICIA
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

 STJ
Compromiso con la gente

**La Protección de la
Persona Humana
2016**

persona por nacer

Miércoles 19 y Jueves 20
Octubre | 2016

13.30 a 17.30 hs.
Salón Auditorio - Primer Piso
Corte Suprema de Justicia
Info: 439 - 4000 - Int.: 2210
Declarado de Interés Institucional
según Resolución N° 5656/15
Se expedirán constancias





CINE DEBATE



Proyección de la película *October Baby*
basada en un hecho real

PRIMERA JORNADA



Presentación de la Jornada
por la directora del IJJ Carmen Montaña



Con los expositores Carlos Vera Urdapilleta
y Diego Moreno Rodríguez-Alcalá

SEGUNDA JORNADA



Segunda Jornada Preparatoria
con la jurista mexicana Neydy Casillas



JORNADA CENTRAL



Palabras de apertura del Ciclo de Conferencias
por el Ministro José Raúl Torres Kirmser





Expositores Mario Meyer Frutos, Rubén Revello y la Mag. Rosa Yambay

Expositor Diego Moreno Rodríguez Alcalá





Palabras de clausura del Ciclo de Conferencias
por la Presidenta Alicia Beatriz Pucheta de Correa.



ENTREVISTA AL DR. STITH EN PARAGUAY TV

Durante el programa “Paraguay Noticias”



DATOS DE LOS AUTORES

Los temas fueron presentados por destacados especialistas:



Mónica Cáceres La Serna. Abogada, docente en la cátedra de Derecho Romano I y II en la UCA; ex docente de la facultad de Derecho de la Universidad de Columbia del Paraguay y de la Universidad Católica de Villarrica, Coordinadora del Área de Justicia y Derechos Humanos del CIDSEP-UC.



Neydy Casillas. Jurista mexicana, especialista en temas de Derecho Internacional, de Familia y Civil Directora y asesora legal de América Latina y la OEA en ADF Internacional Washington D.C, Sede de Servicios Regionales, desde el año 2011.



Ligia M. De Jesús Castaldi. Profesora de Derecho Internacional y de Derecho de Familia en Ave María School o Law. – Investigación y publicaciones sobre Derechos Prenatales en Latinoamérica y el Caribe. Maestría (LL. M.) Harvard Law School.



Mario Meyer Frutos. Médico oncólogo, especialista en Oncología Médica y Bioética, Director de Posgrado e Investigación de la Facultad de Ciencias Médicas de la UCA, investigador y docente universitario.



Diego Moreno Rodríguez Alcalá. Jurista, investigador y docente universitario, especialista en derecho constitucional, internacional y sistema interamericano.



Rubén Revello. Licenciado en Teología Moral, especialista en Bioética, Miembro correspondiente de la Pontificia Academia para la Vida, Roma. Director del Magister en Ética Biomédica de la Facultad de Posgrado en Ciencias Médicas, Pontificia Universidad Católica Argentina. Investigador y docente universitario.



Richard Stith. Jurista, profesor de Comparative Law, American Legal History y Legal Philosophy en la School of Law de Valparaíso University (Indiana, EE.UU.). Licenciado en Derecho y doctor en Ética.



Jorge E. Traslosheros H. Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, doctor en Estudios Latinoamericanos por la Universidad de Tulane y licenciado en sociología por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM.



Carlos Vera Urdapilleta. Médico gineco-obstetra, especialista en Bioética, investigador y docente universitario. Presidente de la Cruz Roja Paraguaya, Secretario General de la Academia de Medicina del Paraguay, Especialista y Master en Salud Pública y Administración en Salud.



