

**Defendiendo el
derecho humano a la vida**
en Latinoamérica



**Defendiendo el
derecho humano a la vida
en Latinoamérica**

Americans United for Life, Washington, DC 20005

Copyright © 2012 by Americans United for Life

Todos los derechos reservados

Primera edición 2012

Libro de edición argentina

ISBN



Defendiendo el derecho humano a la vida
en Latinoamérica

Dr. Charmaine Yoest, Presidente

Editores

M. Laura Farfán Bertrán, Abogada y Cordinadora del Proyecto

William L. Saunders, Vicepresidente y Abogado Principal

Jeanneane Maxon, Vicepresidente para Asuntos Externos y Asesor Institucional

Traductora

Noelia Estefanía Marchetti

Copyright 2012 by Americans United for Life. Todos los derechos reservados bajo convenciones internacionales y panamericanas de Copyright. Ninguna parte de *Defendiendo el derecho humano a la vida en Latinoamérica* puede ser reproducido o transmitido en forma alguna, electrónica o mecánica, incluyendo la fotocopia, grabación o cualquier sistema de almacenamiento o recuperación conocido o por conocer, sin autorización escrita de los editores, excepto para efectuar reseñas donde se citen breves pasajes. Para más información por favor contactar a:

Americans United for Life

655 15th Street NW, Suite 410, Washington, DC 20005, United States of America; 202-289-1478

www.aul.org

Tabla de contenidos

Introducción – Los derechos humanos y el derecho a la vida	
William L. Saunders	11
Presentación – Latinoamérica reafirma su compromiso con la vida	
M. Laura Farfán Bertrán	15
Lineamientos legislativos para América Latina	21
I. Lineamientos generales para una reforma constitucional	21
II. Prohibición de la anticoncepción hormonal de emergencia	22
III. Reconocimiento de derechos	23
A. Protección integral de la mujer embarazada y del niño por nacer	23
B. Protección de las mujeres con embarazos conflictivos	25
C. Derecho a la información	27
D. Sepultura del nonato	30
IV. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo	32
Estados Unidos Mexicanos	
Diana Ortiz Trujillo – Santiago Maqueda	37
I. Introducción	37
II. El derecho a la vida	38
A. Organización política y legal de México	38
B. El rol y el contenido de los tratados internacionales firmados por México	40
III. El derecho a la vida y el aborto	46
A. Supuestos de abortos no punibles	46
B. La despenalización del aborto en el Distrito Federal, dentro de las primeras 12 semanas de gestación	50
C. Jurisprudencia relativa a casos de abortos no punibles	54
D. Reacción en las constituciones locales	58
E. El rol de los organismos internacionales	61
F. Organizaciones no gubernamentales que persiguen la despenalización del aborto	62
IV. El derecho a la vida y los programas de salud reproductiva	63
A. Descripción de la legislación aplicable	63
B. Contenido de los programas nacionales de salud reproductiva	64

8 Defendiendo el derecho humano a la vida en Latinoamérica

- C. La regulación de la prestación de los servicios de planificación familiar y los anticonceptivos “de emergencia” 65

Honduras

Ligia M. De Jesús 67

- I. La protección del derecho a la vida del no nacido en Honduras:
un reflejo de la firme identidad pro vida de Centroamérica 67
- A. Organización política y legal 68
 - B. Protección legal del no nacido en la legislación nacional y declaraciones pro vida en conferencias internacionales 70
 - C. Penalización total del aborto en la legislación nacional hondureña 73
 - D. Organizaciones no gubernamentales e incidencia política 79
 - E. Estadísticas 83
- II. Salud sexual y reproductiva 84

Colombia

Camila Herrera Pardo – Gabriel Mora Restrepo 87

Entre mentiras y defectos de argumentación. A propósito del denominado *caso de aborto* en la jurisprudencia constitucional colombiana

- I. Introducción 87
- II. Los argumentos de las partes 89
- III. Repaso crítico a la opinión mayoritaria de la Corte Constitucional 91
- IV. El salto mágico de la “despenalización” del aborto al “derecho fundamental al aborto” 95
- V. Conclusión 98

Brasil

Carlos Alberto Di Franco 101

Breve comentario sobre el impacto y trascendencia del aborto en las últimas elecciones presidenciales

Paraguay

Carlos Agustín Cáceres Sarubbi – Carmen Viviana Chavez de Talavera 105

- I. Introducción 105
- II. Legislación garante de la dignidad humana 106
 - A. Organización política y legal 106
 - B. La cosmovisión jurídica paraguaya de la dignidad y la vida 106



C. Instrumentos internacionales vigentes	107
D. Legislación interna	109
E. La vida, un derecho supremo según la jurisprudencia de los tribunales paraguayos	111
F. Proyectos legislativos a consideración del Congreso de la Nación	113
III. Aborto	114
A. Régimen protector del derecho a la vida	114
B. Altas tasas de mortalidad materna: pretendida ineficacia de la penalización del aborto	118

Argentina 127

M. Laura Farfán Bertrán

La protección del derecho a la vida en la República Argentina – Garantía de vigencia de todo el sistema de derechos humanos

I. Introducción	127
II. El derecho humano a la vida	128
A. Organización política y legal de la República Argentina como estado democrático de derecho	128
B. El derecho a la vida en la legislación nacional y en los tratados internacionales	131
C. Un acierto de la Corte con matices cuestionables	138
III. La penalización del aborto: lógica consecuencia del reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción	141
A. Situación legislativa nacional	141
B. Proyectos de reforma a consideración del Congreso Nacional	147
C. Un precedente jurisprudencial de enorme trascendencia	155
D. Un fallo de la Corte Suprema de Justicia sin precedentes	157
E. Organizaciones no gubernamentales e instituciones afines que persiguen la despenalización del aborto	160
F. Mismos datos estadísticos, una lectura diferente	162
G. Propuesta legislativa: “Ley de protección integral de los Derechos Humanos de la mujer embarazada y de las niñas y los niños por nacer”	167
IV. La salud sexual y reproductiva. Consideraciones acerca de su tratamiento en la legislación nacional e internacional	169
A. Programas gubernamentales: breve repaso por la legislación nacional	169
B. La salud reproductiva en los instrumentos internacionales de derechos humanos	178
V. Conclusión	181

Chile

Diego Schalper Sepúlveda	183
I. Chile: un contexto privilegiado pero frágil	183
II. Derecho a la vida en general	184
A. Organización política y legal	184
B. Tratados internacionales y legislación nacional	190
C. Precisiones desde los tribunales de justicia	197
D. La protección de la vida del concebido no nacido en el Derecho chileno	200
III. Aborto en Chile	205
A. Leyes que lo prohíben, proyectos que pretenden acogerlo	205
B. Jurisprudencia: los máximos tribunales chilenos confirman el total rechazo al aborto en todas sus formas	208
C. Contexto actual: organizaciones involucradas y estado de la problemática	215
D. Estadísticas: poca información considerable	220
IV. Salud reproductiva	221



Introducción

Los derechos humanos y el derecho a la vida¹

Por William L. Saunders, Vicepresidente y Abogado Principal²

Pareciera que el derecho a la vida es algo que se percibe, casi diríamos intuitivamente. Es muy sencillo: a menos que uno esté vivo, es imposible reclamar, demandar o reivindicar cualquier otro derecho; si dejamos de existir, no podemos hablar o exigir, abrazar a nuestros hijos o ayudar a los necesitados. Por ello, el derecho a la vida –el derecho a no ser matado de manera arbitraria–, *necesariamente* es un prerequisite de cualquier otro derecho. Ni la sociedad ni los tribunales podrán reconocer o respetar algo bajo el nombre de “derechos humanos” si no parten del reconocimiento y respeto del derecho humano más básico: el derecho a la vida.



Sin embargo, esto que pareciera ser algo tan sencillo, para el mundo de hoy no lo es. Son muchas las personas que apoyan los “derechos humanos” pero que, al mismo tiempo, se identifican como “pro choice”,³ lo cual *necesariamente* significa que apoyan el reconocimiento legal de un derecho al aborto, es decir, el derecho de algunos seres humanos a matar a otros sin ningún otro motivo más que su deseo de hacerlo. Ésta es precisamente la definición de matar *arbitrariamente*. Mantener estas dos posiciones supone una obvia contradicción, ya que implica reconocer el derecho a la vida de todos los seres humanos, excepto la de aquellos que aún no han nacido. Ahora bien ¿cómo es posible que los seres humanos más pequeños e indefensos sean sometidos a la violencia legalizada, mientras que los más grandes y poderosos no lo sean, y de hecho, que legalmente *no puedan* serlo?

1 Traducido del inglés.

2 Juris Doctor (JD), Harvard Law School, 1981, Cambridge (Estados Unidos).

3 Con el término “pro choice” se define a quienes se encuentran a favor del “derecho a elegir”, es decir, a favor del aborto. Contrariamente se define como “pro life” a quienes se encuentran a favor de la vida. (Nota agregada por el editor).

¿Cómo se explica esta contradicción? ¿Será que pesa, de alguna forma moralmente convincente, el hecho de que el Estado haya legalizado los asesinatos, o que las madres los hayan autorizado? Esto bien podría responderse con otra pregunta: con nuestra incansable oposición a la esclavitud, ¿Importaría que alguien eligiera ser esclavo? Creo que, todos acordaríamos en que no, no importaría. Siempre y en todo lugar la esclavitud ha estado mal, porque reduce al ser humano a un bien convirtiéndolo en un objeto, y lo priva de la dignidad humana que le es inherente y de la cual nadie –ni siquiera él mismo– puede privarlo. En otras palabras, la esclavitud viola sus derechos humanos.

Lo mismo ocurre con la persona por nacer. El aborto está mal sin importar si es “legal” o no, sin importar si la madre (o cualquier otra persona) lo autoriza o no; está mal porque reduce a la persona al estado de un objeto carente de toda protección jurídica. Los derechos humanos son para *todos* los seres humanos o no lo son para ninguno; de lo contrario, resultarían meras construcciones legales arbitrarias, sujetas al capricho del más poderoso, que afectan a algunos pero no a todos.

Ser “pro vida” significa ser “pro derechos humanos”, y ser “pro derechos humanos” necesariamente implica ser “pro vida”.

Muchas naciones latinoamericanas han entendido mejor esta realidad que las naciones norteamericanas. Ni Canadá ni Estados Unidos captan esta verdad elemental, y es por ello que el aborto está legalizado en estos países durante todo el embarazo y por cualquier motivo. Sin perjuicio de sus legislaciones, tribunales, y elecciones democráticas, estos países hacen caso omiso del derecho humano más básico.

Empero, América Latina entiende la unidad de los derechos humanos, y lo entiende en profundidad. En muchas naciones, tales como Honduras y Chile, el aborto está prohibido; en muchas otras, como Paraguay, el Estado está legalmente obligado a garantizar el derecho a la vida del niño, como así también, a asistir a la familia o a la madre en condiciones económicas o sociales desfavorables, que pudieran llevar a la práctica de un aborto. De este modo, los países latinoamericanos se rehúsan a hacer una falsa elección entre la madre y el niño por nacer, ya que entienden que tanto uno como otro son seres humanos, titulares de iguales derechos humanos, no habiendo en ello contradicción alguna.

La organización *Americans United for Life* (AUL) viene trabajando en los Estados Unidos durante más de 40 años, con el fin de garantizar el derecho humano más fundamental. Ha intentado volver atrás “el derecho al aborto” creado *ab initio* por la Corte Suprema de los Estados Unidos en diversos casos –por ejemplo en el caso *Roe c/ Wade*–, y garantizar el reconocimiento legal de



esta unidad básica de los derechos humanos, que América Latina capta casi intuitivamente. Pareciera que el mundo quiere emular a Latinoamérica, y éste es uno de los motivos por los cuales hemos patrocinado el presente trabajo, para poder documentar el firme compromiso con el derecho humano a la vida que caracteriza a la legislación y a la cultura latinoamericana.

También existe otro motivo, y es que la misma cultura pro vida en Latinoamérica está siendo atacada por las fuerzas de la cultura de la muerte. Éstas trabajan continuamente para socavar la protección legal del niño por nacer, invocando ciertos “derechos creados por ley” o “derechos humanos” que no existen, o reclamando, de tratados internacionales de derechos humanos, interpretaciones incoherentes y contradictorias. Es por ello que este libro también se propone sacar “a la luz del día” sus objetivos y actividades, a fin de impedir que socaven los verdaderos derechos humanos.

Para finalizar, diríamos que el principal objetivo de este libro es describir e ilustrar la piedra angular de la cultura de la vida; una cultura que reconoce y respeta los verdaderos derechos humanos y que no enfrenta a un ser humano con otro sino que acude en auxilio de todos. En sus legislaciones, América Latina está más cerca de este ideal que cualquier otro continente, y este libro se ha encargado con el más sincero deseo de que se acerque cada día más a este ideal y que nunca se aleje de él.

La mayor causa en el mundo es la causa por los derechos humanos. ¡Dejemos que América Latina muestre el camino!

Presentación

Latinoamérica reafirma su compromiso con la vida

Por M. Laura Farfán Bertrán, Abogada y Coordinadora del Proyecto¹

Toda Nación refleja en su sistema jurídico aquellos bienes y valores considerados esenciales, y en este sentido, los pueblos latinoamericanos no son la excepción. El cúmulo de valores sociales y culturales que estos pueblos comparten se vio siempre reflejado en sus respectivas legislaciones, comenzando por el reconocimiento irrestricto del derecho humano a la vida.

En efecto, estas naciones reconocieron el derecho a la vida como el primero de los derechos, y adhirieron plenamente a los principios consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, respondiendo no sólo a las exigencias de un determinado momento histórico, sino principalmente a su propia historia e identidad, caracterizada por una larga trayectoria de respeto por la vida.²

Las Naciones latinoamericanas sancionaron el aborto y reglamentaron de forma muy restrictiva sus excepciones,³ y la presente publicación (que incluye el análisis



1 Abogada por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Miembro fundador del Instituto de Ética y Derecho y presidente del mismo en 2009 y 2010 (Argentina).

2 La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocieron expresamente a toda persona el derecho a la vida. Sin embargo, las naciones latinoamericanas ya habían reconocido este derecho aún antes de la ratificación de dichos tratados.

3 Chile, Honduras, El Salvador, Nicaragua y República Dominicana, no prevén ningún supuesto de aborto “permitido”, en tanto que la gran mayoría de los países sólo contemplan muy contadas excepciones, generalmente basadas en el peligro para la vida o la salud de la madre, o en embarazos producto de violación o incesto. Entre estos países se encuentran Antigua y Barbuda, Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Gra-

de siete países: México, Honduras, Paraguay, Argentina, Chile, Colombia y Brasil) constituye una buena fotografía de la realidad imperante en el continente entero.

Chile y Honduras se encuentran entre los países que prohíben el aborto en todas sus formas; Argentina y Paraguay sólo contemplan excepciones muy restringidas, en tanto que México –Estado federal– lo ha legalizado únicamente en su Distrito Federal, mientras que el resto de los Estados Federativos sólo lo permiten en determinados casos. Esta publicación describe sus legislaciones nacionales e internacionales, como así también, las decisiones judiciales y administrativas más relevantes.

Se incluye asimismo el análisis de dos experiencias particulares: la despenalización del aborto en Colombia, por medio de dos decisiones de la Corte Constitucional en 2006 y 2010 (las cuales resultan extraordinarias en relación al contexto Latinoamericano, y probablemente inconstitucionales a la luz de su propia Constitución), y el impacto del aborto en las últimas elecciones presidenciales de Brasil.

Es decir que, si bien esta publicación no aborda la realidad de todos los países que integran Latinoamérica, a través del análisis de los países escogidos puede observarse perfectamente por qué se define a Latinoamérica como un continente “pro vida”, es decir, un continente donde la mayoría de las naciones protegen la vida, y prohíben el aborto.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se trata también de un continente donde las fuerzas de la cultura de la muerte intentan socavar –a través de leyes y decisiones judiciales– este compromiso con la vida. Es por ello que resulta esencial continuar el camino trazado por estos pueblos, mejorando progresivamente la legislación vigente, adaptándola a las nuevas realidades y necesidades –incorporando nuevos derechos o reforzando los ya consagrados–, y mejorando las condiciones que permitan garantizar su goce efectivo.

Según datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en el año 2002 el número de latinoamericanos que vivía en la pobreza alcanzó los 220 millones de personas, lo cual representa el 43,4 % de la población total,⁴ y actualmente sigue siendo la región con mayor desigualdad de ingresos en el mundo.⁵

nada, Guatemala, Haití, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Finalmente, Cuba y Puerto Rico son los únicos países que legalizaron esta práctica.

4 <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/4/12984/P12984.xml&xsl=/prensa/tpl/p6f.xsl>

5 [http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/1/39991/P39991.xml&xsl=](http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/1/39991/P39991.xml&xsl/)



Estas desigualdades son fuertemente utilizadas como propaganda a favor de la legalización del aborto, argumentándose que la penalización del mismo criminaliza la pobreza, ya que sólo las mujeres que carecen de recursos económicos se verían sometidas a prácticas clandestinas “inseguras”, aumentando de este modo los índices de mortalidad materna. Quienes propugnan por un “aborto legal” identifican la pobreza, el aborto clandestino, y la mortalidad materna, como realidades necesariamente vinculadas, presentando la legalización del aborto como la solución adecuada a dichos problemas.⁶

Resulta importante, en este contexto, destacar dos aspectos importantes:

En primer lugar, es necesario resaltar que los elevados índices de mortalidad materna no se encuentran vinculados a la ilegalidad del aborto, sino que responden a otras causas, entre las que se encuentran en primer término la falta de acceso oportuno y efectivo a los servicios de salud materna.

En este sentido, el Banco Mundial ha calculado que si todas las mujeres tuvieran acceso a intervenciones para atender las complicaciones del embarazo y parto, en especial a cuidados obstétricos de emergencia, un 74% de las muertes maternas podrían evitarse.⁷ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por su parte, ha manifestado que en Perú, el 74% de las mujeres en las áreas rurales da a luz en sus casas sin la asistencia de profesional calificado, en comparación con el 90% de las mujeres en comunidades indígenas, aún cuando uno de los factores internacionalmente reconocidos como asociados a la reducción de la morbi-mortalidad materna, es la atención del parto por personal calificado. Asimismo, en Bolivia, país con la tasa de mortalidad materna más alta en la región andina (290), las

[tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xsl](#)

6 Así, por ejemplo, la International Planned Parenthood Federation ha manifestado en su publicación “Muerte y Negación: Aborto Inseguro y Pobreza” que “millones de mujeres carecen de acceso a los servicios de salud reproductiva; muchas más tienen poco o ningún control para decidir si se embarazan. Como resultado de ello, cada año unos 19 millones de mujeres no tienen otra opción más que someterse a un aborto inseguro. Muchas de esas mujeres morirán como consecuencia; muchas más quedarán lesionadas permanentemente. Casi todas las mujeres que mueren o son lesionadas son pobres y viven en países pobres.”http://www.ippfwhr.org/sites/default/files/files/Death_Denial_Sp_0.pdf

7 WAGSTAFF, A. and M. CLAESON, 2004 *The Millennium Developments Goals for Health: Rising to the Challenges*. Washington DC: El Banco Mundial, citado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos*, Organización de Estados Americanos, Washington DC, 2010, p. 3.

principales causas de mortalidad materna son las complicaciones obstétricas, hemorragias e infecciones.⁸

Queda evidenciado de este modo, que los altos índices de mortalidad materna no guardan relación directa y necesaria con la penalización del aborto, sino que responden a diversos factores. En este sentido, las experiencias de Honduras y Chile confirman esta afirmación, ya que ambos países han experimentado una reducción de los índices de mortalidad materna, incluso tras modificar sus disposiciones penales derogando todo supuesto de aborto “permitido”.⁹

En segundo lugar, debe resaltarse también que en ningún caso la solución a los problemas asociados a la maternidad en condiciones de pobreza se encuentra en la legalización del aborto. Por el contrario, cada Nación deberá evaluar cuál será la mejor manera de asistir a la mujer que enfrenta un embarazo conflictivo, a fin de garantizarle el acceso a los servicios básicos, y brindarle una protección integral que le asegure una completa asistencia de sus necesidades.¹⁰

8 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos*, Organización de Estados Americanos, Washington DC, 2010, p. 3 y 5.

9 Honduras reportó una disminución de aproximadamente el 40% en la mortalidad materna desde 1990 hasta la fecha (ver en la presente publicación el artículo correspondiente a este país). Chile, por su parte, presenta actualmente el más alto estándar de salud materna en América Latina y es el segundo país –después de Canadá– con la razón de mortalidad materna más baja, 18,8 por 100.000 nacidos vivos. De hecho, la razón de mortalidad materna en este país se redujo de 293,7 por 100.000 nacidos vivos en 1962 a 18,2 por 100.000 nacidos vivos en el año 2007, reflejándose de este modo una reducción total de la razón de mortalidad materna del 93,8 % entre estos años. Es importante destacar que la prohibición total del aborto en Chile tuvo lugar en el año 1989, sin que ello afectara en nada la tendencia de reducción progresiva de dicha tasa de mortalidad. <http://es.scribd.com/doc/63446440/Aborto-y-mortalidad-materna-en-Chile-Presentacion-del-Dr-Koch-ante-Senado-2011>

10 Corresponde a cada Estado analizar la conveniencia de garantizar esta protección a través de prestaciones directas, o bien, a través de prestadores privados que se vean incentivados y favorecidos por medio de exenciones impositivas u otras medidas de promoción, actuando el Estado de manera subsidiaria. Pero independientemente de la forma en la que cada Estado elija proteger la maternidad, lo cierto es que se trata de un deber esencial, del cual depende que el derecho a la vida del más vulnerable, es decir, de quien está por nacer, se vea garantizado.



Asimismo, es importante denunciar que los Estados Latinoamericanos actualmente son objeto de incontables ataques y presiones por parte de organismos –nacionales e internacionales– que promueven la legalización del aborto. Estos organismos sostienen que las legislaciones latinoamericanas que penalizan el aborto violan los tratados internacionales de derechos humanos.¹¹

Resulta contradictoria tal afirmación, si se tiene en cuenta que el derecho a la vida ha sido expresamente consagrado y protegido por numerosos pactos, tratados y declaraciones, en tanto que ninguno de ellos reconoce –ni explícita ni implícitamente– un pretendido derecho al aborto.

En este sentido, merece mención especial la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ya que, si bien consagra numerosas disposiciones que protegen la maternidad –amparando tanto a la mujer como al niño por nacer–, su Comité ha cuestionado de forma inapropiada las leyes nacionales que prohíben y penalizan el aborto, instando a su revisión a fin de permitir la interrupción del embarazo.¹²

Con el fin de garantizar que los sistemas legislativos nacionales no se vean avasallados por recomendaciones de organismos internacionales que –careciendo de toda facultad y sustento legal para hacerlo– pretenden imponer reformas legislativas en esta materia, se pone a consideración de los Estados una sugerencia para interpretar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo.

En efecto, uno de los principales objetivos de este libro es proponer a políticos y ciudadanos latinoamericanos alternativas que busquen reforzar la protección del derecho humano a la vida. Y es por ello que se incluye un capítulo denominado “Lineamientos Legislativos para América Latina”.

11 Así, por ejemplo, Amnistía Internacional ha ejercido fuertes presiones. Ha sostenido que la prohibición total del aborto en Nicaragua constituye una “grave desviación del compromiso del gobierno con la mejora de la igualdad social y tiene graves consecuencias para la protección de los derechos humanos de las mujeres y las niñas.” Ver: <http://www.amnestyusa.org/pdfs/amr430012009spa.pdf>.

12 El Comité de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha criticado –a través de sus informes periódicos– a varios países latinoamericanos como Chile, Paraguay y México, por las legislaciones restrictivas en esta materia (ver en la presente publicación los informes correspondientes a estos países). También el Estado de Belice ha sido objeto de críticas por este organismo. Ver: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25years/content/spanish/CONCLUDING_COMMENTS/Belize/Belize-CO-1-2.pdf.

De este modo, los países latinoamericanos continúan el rumbo históricamente trazado, partiendo del principio de soberanía nacional que permite a todo Estado rechazar cualquier injerencia externa arbitraria, protegiendo sus sistemas jurídicos, ampliando progresivamente el reconocimiento legal del derecho a la vida, y asegurando a toda persona –sin discriminación alguna– el goce de todos sus derechos, comenzando por el primero de ellos, el derecho humano a la vida.

El desafío está planteado.



Lineamientos legislativos para América Latina

Como se podrá observar a lo largo de esta publicación, los pueblos latinoamericanos han demostrado en todo tiempo un profundo respeto por la vida, incluso antes de la incorporación de este derecho en los tratados internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, a medida que el tiempo pasa, nuevos desafíos se van presentando. Es por ello que este libro pone a consideración de aquellos legisladores comprometidos con la defensa de la vida, algunos lineamientos legislativos que pretenden seguir avanzando en este camino de protección y respeto por el primer derecho humano, el derecho humano a la vida.

I. Lineamientos generales para una reforma constitucional

II. Prohibición de la anticoncepción hormonal de emergencia

III. Reconocimiento de derechos

- A. Protección integral de la mujer embarazada y del niño por nacer
- B. Protección de las mujeres con embarazos conflictivos
- C. Derecho a la información
- D. Sepultura del nonato

IV. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo.

I. Lineamientos generales para una reforma constitucional

La mayoría de las Constituciones latinoamericanas fueron redactadas durante el siglo XIX, caracterizándose por textos que consagraron el principio de división de poderes, el establecimiento de límites al poder estatal, y el reconocimiento de una serie de derechos y garantías individuales que actuaban como barrera ante el Estado, en particular, la libertad, la igualdad, y la propiedad. Es así, que ninguno de ellos mencionó originariamente el derecho a la vida.

Sin perjuicio de ello, siempre se interpretó que el derecho a la vida se encontraba implícitamente consagrado en dichos textos constitucionales, lo cual se vio confirmado con posterioridad, al ratificarse los tratados internacionales de derechos humanos que expresamente lo receptaron. Actualmente, no se duda que las Constituciones nacionales efectivamente protegen el derecho a la vida, aunque

no se haga mención expresa al momento en que principia dicha protección, salvo contadas excepciones.¹

Dado el consenso que impera en estos países respecto la protección que merece la vida, y teniendo en cuenta que la Constitución de cada Estado configura su norma jerárquica principal y manifestación de sus valores esenciales, es que se pone a consideración de los legisladores la inclusión de un texto expreso que consagre de manera categórica el reconocimiento del derecho a la vida desde el momento de la fecundación.

En este sentido, el texto a incorporar podría considerar:

- Que toda persona tiene el derecho intrínseco a la vida.
- Que la calidad de persona es inherente a todo ser humano desde el momento de la fecundación.
- Que este derecho debe ser garantizado en todo tiempo, sin discriminación alguna.
- Que todo niño requiere cuidados especiales por su falta de madurez física y mental.
- Que la mujer embarazada requiere de una especial protección legal, debiendo adoptar el Estado medidas positivas que tiendan a asegurar su bienestar y el de la persona por nacer.

II. Prohibición de la anticoncepción hormonal de emergencia

La anticoncepción hormonal de emergencia (AHE) no ha recibido un tratamiento legislativo uniforme en los países latinoamericanos. Así, países como Argentina, Chile y México la han incluido en sus programas nacionales de salud, en tanto que países como Paraguay y Honduras no la autorizan ni prohíben expresamente.²

Teniendo especialmente en cuenta el reconocimiento expreso del derecho a la vida desde el momento de la fecundación, y los efectos antiimplantatorios (abortivos) que este tipo de drogas provoca, los legisladores de cada Estado pueden considerar ciertos lineamientos legislativos para su prohibición y reglamentación, que contemplen, entre otras cosas:

1 Se hará referencia en la presente publicación a la reforma constitucional paraguaya de 1992 que reconoció en su artículo 4 el derecho a la vida, garantizando su protección, en general, desde la concepción.

2 Para una mejor comprensión de la situación de la anticoncepción hormonal de emergencia en cada país, ver en el presente libro el artículo correspondiente a cada uno de ellos.



- La prohibición total de la fabricación, distribución y/o comercialización de toda droga que tenga por efecto directo o indirecto la muerte del óvulo fecundado, ya sea impidiendo su implantación en el útero materno, ya sea interrumpiendo el embarazo de cualquier otro modo con posterioridad a dicho evento.
- La incorporación al Código Penal de una figura delictiva que sancione a quien disimulando su carácter abortivo, fabricare, vendiere, suministrare o distribuyere drogas que tengan los efectos descritos en el ítem anterior.
- La incorporación al Código Penal de una figura que sancione de igual manera al funcionario que autorizare la fabricación, venta, suministro o distribución de dichas drogas.
- La incorporación al Código Penal de una inhabilitación especial en caso de que el culpable fuera funcionario público o profesional de la salud.
- El reconocimiento de una acción civil especial para la mujer que haya consumido drogas cuyo efecto abortivo haya sido ocultado, o cuyo prospecto se encuentre adulterado, con el fin de reparar todo daño material y/o moral ocasionado, debiendo presumirse la existencia de daño moral.³

III. Reconocimiento de derechos

A. Protección integral de la mujer embarazada y del niño por nacer

A los fines de lograr una real e integral protección de los derechos de la mujer embarazada y del niño por nacer, los Estados podrían prever un sistema que aglutine las políticas públicas tendientes a tal fin.

En este sentido, los legisladores de cada Estado podrían considerar el diseño de un *Sistema nacional de protección integral de la mujer embarazada y del niño*

³ El daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio para enjugar, de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente como eficaz por el reclamante, un detrimento que de otro modo quedaría sin resarcir. Graciela MEDINA, Carlos G. GARCÍA SANTAS, Jurisprudencia sobre Daño Moral. <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/resena-jurisprudencial/dano-moral.pdf>

por nacer,⁴ que se encargue del diseño y promoción de políticas públicas que contemplen la especial situación de la mujer embarazada en el ámbito laboral, educativo, social, de salud, y cualquier otro en que sus derechos se encuentren particularmente involucrados.

Asimismo, se podría considerar la creación de un *defensor del niño por nacer*, como institución especialmente creada para proteger sus derechos, en particular, cuando dichos derechos se encuentran en contradicción con los intereses de su madre.⁵

Lineamientos generales:

1. Sistema de protección integral de la mujer embarazada y del niño por nacer. Características generales:

- Tendría por objeto la protección integral de los derechos de la mujer embarazada y de la persona por nacer, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales de los que la Nación sea parte.
- Las políticas públicas de los organismos del Estado garantizarían el ejercicio de los derechos de la mujer embarazada y del niño por nacer. Las prestaciones de asistencia a la mujer embarazada y al niño por nacer debieran ser prioritarias.
- Garantizaría el derecho de la mujer embarazada a una completa información sobre los planes, programas y acciones, que se creen y desarrollen, en particular en materia de seguridad social, salud pública, laboral y educativa.

2. Defensor del niño por nacer. Características generales:

La figura de un *defensor del niño por nacer*, tendría la finalidad de velar por la protección y promoción de sus derechos, considerándose “niño por nacer” a toda persona de existencia física desde la concepción, hasta el nacimiento.

Entre las facultades que podrían reconocerse al *defensor* se encuentran:

4 Dicho sistema puede ser creado dentro del ámbito del Poder Ejecutivo Nacional.

5 Así, por ejemplo, se podrá prever la necesaria intervención del *defensor del niño por nacer* en todos aquellos casos en que sea de aplicación un supuesto de aborto no punible, dependiendo de la legislación de cada Estado.



- Disponer todo lo necesario para la efectiva defensa de la vida, persona y derechos de los niños por nacer.
- Promover medidas judiciales y extrajudiciales –de oficio o a requerimiento de parte– en todo proceso donde un niño por nacer tenga intereses jurídicamente tutelados, bajo pena de nulidad del procedimiento.
- Ejercer la defensa y representación en juicio, como actores o demandados, de aquellos niños por nacer, cuando los intereses del mismo se contrapongan con los intereses de sus progenitores, sean estos mayores o menores de edad, o para el ejercicio de sus derechos.
- Investigar todo tipo de denuncias que afecten la salud, vida y desarrollo del niño por nacer, como así también sobre la existencia de actividades ilícitas tendientes a provocar abortos clandestinos.
- Requerir la protección de niños por nacer, de oficio, a petición de parte o de terceros, y ante cualquier instancia prevista en el sistema internacional de protección de los derechos humanos.
- Incoar acciones con miras a la aplicación de las sanciones por infracciones cometidas contra las normas de protección de los niños por nacer.
- Formular –con motivo de sus investigaciones– a todos los entes públicos: advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y funcionales, y propuestas para la adopción de nuevas medidas.
- Comunicar a la autoridad competente⁶ cualquier demora proveniente de los jueces o funcionarios de los tribunales, en grave perjuicio de los legítimos intereses de sus representados.
- Supervisar las entidades públicas y privadas que se dediquen a la atención de las mujeres embarazadas, especialmente aquellas encargadas de la prestación de servicios de salud, debiendo denunciar ante las autoridades competentes cualquier irregularidad que amenace o vulnere los derechos del niño por nacer.

B. Protección de las mujeres con embarazos conflictivos

Según datos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en el año 2002 el número de latinoamericanos que vivía en la pobreza alcanzó los 220 millones de personas, lo cual representa el 43,4 % de la población total.⁷

6 Conforme legislación de cada Estado.

7 <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/4/12984/P12984>.

Ya se cuestionó de qué manera esta realidad es utilizada por quienes propugnan por un “aborto legal” identificando la pobreza, el aborto clandestino, y la mortalidad materna como realidades necesariamente vinculadas, y presentando la legalización del aborto como la solución adecuada a dichos problemas.⁸

En efecto, se ha comprobado que esto no es así, sino que, por el contrario, el acceso efectivo a los servicios de salud, como a prestaciones que brinden soluciones a los problemas propios de la maternidad en situación de crisis, son las medidas efectivas que garantizan un embarazo seguro, y protección tanto a la mujer como al niño por nacer.

Es por ello que los legisladores de cada Estado pueden considerar la creación de un *sistema de protección especial para las mujeres embarazadas que cursen embarazos conflictivos*.

Sistema de protección estatal. Lineamientos generales

- El *sistema de protección estatal* estaría conformado por todos aquellos organismos y entidades que planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas de gestión estatal o privada en materia de salud pública.
- En el marco de este *sistema de protección*, se pondría en funcionamiento en cada hospital público, un *centro de asistencia a la mujer embarazada*, cuya finalidad sería la de brindar asesoramiento, contención y apoyo a las mujeres que cursen embarazos conflictivos y/o se encuentren en situación de riesgo psicofísico, social o económico.
- Los *centros de asistencia a la mujer embarazada* estarían conformados por profesionales médicos, en las especialidades de ginecología y obstetricia, neonatología y psiquiatría; por psicólogos y por trabajadores sociales.
- Dichos *centros de asistencia* podrían brindar los siguientes servicios:
 - Atención directa durante las 24 horas y acompañamiento a la mujer embarazada con problemas, con el objeto de asesorarla para superar cualquier conflicto que se le presente durante el embarazo.
 - Información a la mujer embarazada con problemas sobre los apoyos y ayudas, tanto públicas como privadas, que puede recibir para llevar a buen término su embarazo.

xml&xsl=/prensa/tpl/p6f.xsl

8 Ver en esta publicación “Latinoamérica reafirma su compromiso con la vida”.



- Seguimiento de los casos atendidos y derivación a las ayudas existentes que sean necesarias.
 - Especial atención a la embarazada adolescente: educación para la maternidad, apoyo psicológico, asistencia singular a centros escolares, etc.
 - Según el caso, la siguiente asistencia: test de embarazo gratuito, asistencia médica psicológica y jurídica gratuitas, apoyo en la búsqueda de empleo y de guardería, alojamiento en casas de acogida de emergencia, entrega de enseres y materiales para el cuidado del bebé, alimentos infantiles, leche maternizada, cereales, etc.
- Estas tareas y funciones podrían ser desarrolladas asimismo por instituciones privadas.

C. Derecho a la información

Como ya se sostuvo, una de las formas más importantes de evitar la práctica del aborto consiste en el apoyo concreto que pueda brindarse a la mujer embarazada, asistiéndola en sus necesidades, y garantizando un ámbito de protección que le permita vivir su maternidad sin riesgos. Pero asimismo, es importante garantizar a toda mujer embarazada el acceso efectivo a la información, buscando que la misma conozca la amplia protección que la legislación le brinda, tanto en el ámbito laboral, como familiar, asistencial, y de servicios de salud, de forma tal que pueda recurrir a los mismos en caso de necesitarlos. Es por ello que podría considerarse la creación de un sistema que garantice a toda mujer el acceso efectivo a la información.

Asimismo, podría considerarse la creación de un sistema de información especializado, para aquellos casos de maternidad conflictiva. En tales casos, se tratará de brindar a la mujer, mayor información relativa a la práctica del aborto que se presume pueda ésta realizar. En este sentido, este sistema de información sería complementario al *sistema de protección de las mujeres con embarazos conflictivos* y de los *centros de asistencia a la mujer embarazada* allí mencionados, conformados por profesionales médicos, psicólogos y trabajadores sociales, y cuya finalidad es el asesoramiento, contención y apoyo a las mujeres que cursen embarazos conflictivos.

1. Derecho a la información de la mujer embarazada

La mujer que concurre a un establecimiento de salud público o privado, y que es notificada de su embarazo, tendría derecho a ser informada en el mismo acto de los derechos que la asisten, conforme la legislación nacional y local vigente.

Entre la información que puede brindarse se incluye:

- derechos que asisten a la mujer embarazada en materia laboral;
- derechos previstos en el régimen de la seguridad social;
- derecho a la prestación gratuita de los servicios de salud (en aquellos países que lo contemplen);
- una lista comprensiva de las agencias que ofrezcan servicios de salud, con descripción de los servicios de cuidado prenatal, del parto, y del cuidado neonatal, y los números de teléfono y las direcciones de las mismas;
- un número de teléfono gratis, al que se podría llamar las 24 horas del día, para obtener información sobre las agencias, el lugar y los servicios que ofrecen;
- toda otra información que la autoridad competente estime necesario incluir.

2. Información para las mujeres con embarazos conflictivos

En todo caso de embarazo conflictivo, se propone que el profesional de la salud informe el hecho a una autoridad competente⁹ quien, además de brindar la información antes detallada podrá informar:

- la existencia de alternativas médicas que protejan la maternidad, el acceso a apoyo social, y la disponibilidad de servicios de adopción;
- las consecuencias y riesgos asociados al aborto, incluyendo los riesgos de infección, hemorragia, perforación cervical o ruptura uterina, riesgos para embarazos futuros, aumento del riesgo de cáncer de mama, y posibles efectos psicológicos;
- la ilegalidad del aborto forzado. Es decir, expresamente deberá manifestarse que es ilegal que un tercero fuerce a la mujer a ser sometida a un aborto, conforme la legislación de cada país.

La información deberá ser brindada a la mujer bajo la mayor confidencialidad, y todo lo conversado deberá quedar resguardado bajo el secreto profesional, teniéndose en cuenta que la finalidad será en todo tiempo la protección de su salud y la del niño por nacer.

⁹ Puede designarse como autoridad competente los *centros de asistencia de la mujer embarazada*. Ver en el presente trabajo “Protección de las mujeres con embarazos conflictivos”.



3. Campañas de educación pública

El Ministerio de Salud y el Ministerio de Educación, pueden publicar conjuntamente material informativo actualizado, en español y en las lenguas propias de las etnias nativas del país.

El material informativo podrá consistir en folletería impresa, y audiovisual, o cualquier otro medio que la autoridad correspondiente estime corresponder.

Se sugiere que el material reúna las siguientes características:

- Ordenado geográficamente.
- Redactado de forma fácilmente comprensible.
- Impreso en una tipografía lo suficientemente grande para ser claramente legible.

Se sugiere que el material incluya el siguiente contenido:

- Agencias públicas y privadas de servicios disponibles para asistir a la mujer durante su embarazo y parto, incluyendo, entre otras, agencias de adopción.
- Una descripción de los servicios que estas agencias ofrecen, los números de teléfono y las direcciones, informando sobre las ventajas médicas disponibles para el cuidado prenatal, el parto, y el cuidado neonatal.
- Un número de teléfono gratis, al que se podrá llamar las 24 horas del día, para obtener información sobre las agencias y sobre los servicios que ofrecen.
- Enumeración de las obligaciones del padre en la asistencia del niño, durante el embarazo, el parto y después del parto, incluyendo aunque no limitándose, a la obligación de asistencia económica.
- Características anatómicas y fisiológicas probables del niño no nacido, desde la concepción hasta la completitud del embarazo, incluyendo, entre otras cosas, fotografías a color del niño por nacer. Las descripciones versarán sobre la función del cerebro y del corazón, la presencia de miembros externos y órganos internos durante las etapas del desarrollo del niño, y sobre la posibilidad de supervivencia del niño por nacer. También podrá incluirse una fotografía –o reproducción a escala– de las dimensiones reales del niño por nacer.
- Descripción objetiva de los riesgos médicos inmediatos y a largo plazo asociados al aborto, incluyendo, aunque no limitándose, a los riesgos de infección, hemorragia, perforación cervical o ruptura uterina, riesgos para embarazos futuros, aumento del riesgo de cáncer de mama, y

posibles efectos psicológicos adversos asociados a un aborto.

- Descripción de la legislación que prevé la ilegalidad del aborto forzado.
- Una ecografía cuatridimensional de un niño por nacer, que muestre la edad de gestación del niño entre cuatro y cinco semanas, entre seis y ocho semanas, y cada mes posterior hasta la viabilidad, cuando se trate de medios audiovisuales.

4. Reglamentación del consentimiento informado. Lineamientos generales.

Siempre que se practique un aborto considerado no punible por la legislación penal correspondiente, éste deberá contar con el previo consentimiento voluntario e informado de la mujer.

Este consentimiento es de vital importancia, dado que una práctica que carezca de este requisito previo podría considerarse forzado, y por tanto ilegal.

D. Sepultura del nonato

El reconocimiento de la existencia de la persona humana desde el momento de la concepción obliga al tratamiento de la misma sin hacer distinción entre nacidos y no nacidos. Es decir, no cabe realizar en ningún caso una discriminación arbitraria en razón del nacimiento para negar o desconocer derechos consagrados a todo ser humano en razón de su calidad de tal, lo cual se extiende al tratamiento que se le debe dar a toda persona luego de su fallecimiento.

En tal sentido, se observa una injustificada discriminación en aquellos países en que se trata de manera diferente a la persona fallecida después de nacer, de aquella fallecida en el seno materno, al no reconocerse a los familiares de ésta última la posibilidad de otorgarle sepultura.

Es práctica habitual en algunos países que el feto no nacido reciba el trato de “residuo” o “desecho”, a pesar de su condición de ser humano, no informándose en muchos casos el destino de tales restos y disponiéndose del mismo para fines científicos, sin autorización de los padres.

Es por ello que los legisladores podrían considerar la posibilidad de que los padres que sufren la pérdida del niño antes de nacer, tengan el derecho de requerir los restos de sus hijos al nosocomio correspondiente, para darles digna sepultura.



Lineamientos generales:

- Los establecimientos sanitarios ubicados en el territorio nacional¹⁰ y los médicos, obstetras o cualquier otro facultativo que atienda el parto, tienen la obligación de informar a los padres o representantes legales, la posibilidad de dar digna sepultura a las personas por nacer fallecidas en el vientre materno, cualquiera sea el período de gestación en que se produzca su defunción.
- Los profesionales de la salud tienen la obligación de emitir el certificado de defunción fetal, cuando así sea requerido por los interesados en ello; y no pueden excusarse para expedirlo en el peso, estatura o período de gestación del feto o embrión.
- Cuando el interesado requiera la entrega del cadáver para su inhumación, el establecimiento y profesional de la salud estará obligado a hacerlo.
- La disposición de los restos fetales para fines de investigación o docencia médica se perfeccionará mediante la voluntad libremente manifestada de los padres o representantes legales, en documento por escrito.
- Si la persona que muriera en el vientre materno no fuera retirada por sus padres o representantes legales o no fuera dispuesta con fines de investigación o docencia, los establecimientos de salud tendrán la obligación de darle igual tratamiento que a cualquier otra persona fallecida, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.
- Los cementerios públicos y privados establecidos en todo el territorio del Estado¹¹ deberán disponer de un lugar apropiado a fin de efectuar la sepultura de las personas por nacer que hayan fallecido en el seno materno.
- El trámite de inhumación de las personas fallecidas en el seno materno será gratuito.

10 Se puede modificar la disposición dependiendo de la competencia federal, provincial o municipal respecto esta materia, en el Estado correspondiente.

11 Idem.

IV. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo

Tanto la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer como su Protocolo Facultativo, han reafirmado en sus preámbulos su compromiso con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con numerosos pactos internacionales de derechos humanos.

Así, estos documentos han reafirmado la dignidad y el valor de la persona humana, y el principio de no discriminación. Es decir, han reiterado la igualdad de todos los seres humanos en dignidad y derechos, y que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados por la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin distinción alguna.

En particular, previendo –y rechazando– la Convención la posibilidad de que la maternidad pueda ser causa de discriminación contra las mujeres, incorporó numerosas disposiciones que justamente tienden a protegerla, brindando amparo legal tanto a la mujer como al niño por nacer. En este sentido, resulta conveniente resaltar algunas de dichas disposiciones:

- En su Preámbulo reconoce “la importancia social de la maternidad” y dispone que “el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación”.
- En el artículo 4.2 dispone que “la adopción por los Estados Partes de medidas especiales (...) encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.”
- El artículo 5.2 dispone que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas tendientes a “garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social (...) y que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”.
- El artículo 11.2 dispone que “a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar” los Estados Partes deberán adoptar medidas tendientes a (i) prohibir el despido por motivo de embarazo, (ii) implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado, (iii) alentar los servicios sociales, y (iv) prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los trabajos que puedan resultar perjudiciales.
- El artículo 12.2 dispone que los “Estados Parte 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”.

De la lectura de las disposiciones transcriptas, resulta evidente que la Convención ha querido en todo tiempo proteger a la mujer embarazada, evitando que la maternidad constituya una causa de discriminación en el goce de los derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales, como asimismo, brindar amparo legal a la persona por nacer.

Con este mismo objetivo, es que la Convención crea un Comité con facultades para examinar los progresos realizados por los Estados Partes en la aplicación de la misma Convención. Así, los Estados Partes se comprometen a someter al Secretario General de las Naciones Unidas un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la Convención, siendo el Comité el encargado de examinarlos.¹²

Pero lo cierto es que dicho Comité ha excedido sus facultades y atribuciones en numerosas ocasiones. Así, por ejemplo, ha cuestionado las leyes que prohíben y penalizan el aborto, instando a la revisión de la legislación nacional en esta materia a los fines de permitir la interrupción del embarazo, y la distribución de métodos anticonceptivos de emergencia.¹³

Cabe reiterar que la Convención no menciona en ninguna de sus partes los “derechos sexuales o reproductivos”, y mucho menos un “derecho” al aborto; muy por el contrario, son abundantes las disposiciones que persiguen la protección de la maternidad.¹⁴

Sin embargo, quienes están a favor del aborto suelen esgrimir el artículo 16.1 e) como fundamento de un pretendido derecho a abortar, cuando lo cierto es que este artículo simplemente dispone que hombres y mujeres tienen “los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el

12 Conforme artículo 18.1 de la Convención.

13 Ver en la presente publicación, los artículos relativos a Chile, Paraguay y México, donde se desarrolla detalladamente el contenido de las recomendaciones efectuadas por el Comité a cada país.

14 Cabe señalar asimismo, que no existe tratado internacional alguno que haga referencia a los derechos sexuales y reproductivos, siendo éstos creación de Conferencias Internacionales –tales como las Conferencias Mundiales sobre la Mujer, o la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo–, que no revisten la naturaleza de tratados, ni poseen fuerza vinculante para los Estados.

intervalo entre los nacimientos”, sin que pueda desprenderse de dicho texto la existencia de tal “derecho” a abortar.¹⁵

Es por todo lo expuesto que no resulta prudente la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ya que dicho Protocolo otorga mayores facultades al Comité, autorizándolo a recibir comunicaciones (denuncias) presentadas por personas o grupo de personas –que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte– que aleguen ser víctimas de violación de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención.¹⁶

En este sentido los Estados pueden considerar:

a. En relación a la Convención:

- Modificar el instrumento de ratificación y efectuar una declaración interpretativa respecto los artículos 12.2 y 16.1 e) de la Convención. Dicha declaración podrá redactarse en los siguientes términos:

“Se entenderá que los servicios ‘en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto’, como asimismo la ‘nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia’ mencionados en el artículo 12.2 de la Convención, tendrán como beneficiarios tanto a la mujer embarazada como al niño por nacer.”

“El derecho a decidir libre y responsablemente el número de los hijos y el intervalo entre los nacimientos mencionado en el artículo 16.1 e) no

15 No sólo no se menciona en el texto de la Convención este pretendido derecho a abortar, sino que ni siquiera las Conferencias Mundiales sobre la Mujer, ni la Conferencia sobre Población y Desarrollo lo incluyen dentro de los derechos sexuales y reproductivos, por ellas creados. La misma Conferencia sobre la Población y el Desarrollo en su párrafo 8.25 del Informe dispone que “en ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia” agregando 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”. Ver: http://www.unfpa.org.py/download/pdf_cairo.pdf. La misma disposición es adoptada por el Informe de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, en su párrafo 106, inc. k). Ver: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

16 Conforme artículo 2 del Protocolo Facultativo de la Convención.



debe interpretarse en el sentido de comprender al aborto –en ninguna de sus formas– como método de planificación familiar, en razón de no ser éste un derecho enunciado –ni expresa ni implícitamente– en el texto de la Convención.”

b. En relación al Protocolo Facultativo:

- No ratificar el Protocolo Facultativo de la Convención.
- En caso de que el Estado juzgue apropiado ratificar el Protocolo, se recomienda efectuar una declaración interpretativa en los siguientes términos:

“El artículo 2 –al igual que el resto de los artículos del Protocolo– no debe interpretarse en el sentido que los “derechos enunciados en la Convención” incluyen, bajo ninguna circunstancia, al aborto en cualquiera de sus formas, en razón de no ser éste un derecho enunciado, ni expresa ni implícitamente, en el texto de la Convención.”

“Esta declaración no se encuentra alcanzada por la prohibición del artículo 17 del Protocolo, por no ser su naturaleza jurídica una reserva, sino una declaración interpretativa”.

- En caso de que el Estado haya ratificado el Protocolo, se recomienda denunciarlo o bien modificar el instrumento de ratificación, agregando la declaración interpretativa sugerida para el caso anterior.



Estados Unidos Mexicanos

Diana Ortiz Trujillo¹

Santiago Maqueda²

I. Introducción

... el derecho a la vida no existe, o si se prefiere, la vida no es un derecho. Nadie tiene derecho a la vida, todo ser humano está vivo... ¡y punto! Otra cosa muy diferente es que, derivado de esa realidad pre-jurídica, se reconozca en las Constituciones el derecho a la protección de la salud, el derecho a la protección de nuestra integridad física, el derecho a un medio ambiente adecuado, el derecho a la alimentación, el derecho a un medio ambiente adecuado, el derecho a la alimentación, el derecho de legítima defensa, etc. Por ello, sostiene Joseph Raz, la vida es un presupuesto para que podamos acceder a todas las cosas que tienen valor y ejercer todos nuestros derechos.³

Comúnmente se habla del *derecho a la vida* para referir a aquel derecho primario y esencial, sin el cual no podría predicarse la existencia de ningún otro derecho. Concretamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado en relación con este derecho que se trata “*de un derecho fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás*”

-
- 1 Doctorando en derecho por la Universidad Panamericana (México); especialista en derecho de amparo y en derecho fiscal por la misma Universidad; Licenciada en derecho por la Universidad La Salle (México); Secretaria de la Comisión de Ética de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.; y Consejera de la Comisión Mexicana de Derechos Humanos, A.C.
 - 2 Abogado de Baker & McKenzie Argentina. Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad Austral (Argentina). Alumno de la Maestría de Derecho Administrativo por la Universidad Austral (Argentina).
 - 3 Francisco VAZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, “El voto de minoría a favor de la vida. Un relato de las incongruencias de la sentencia mayoritaria que constitucionalizó el aborto en México”, en Victor Manuel MONTOYA RIVERO y Diana ORTIZ TRUJILLO, “En defensa de la vida: un voto de minoría sobresaliente. Homenaje al Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Premio Ramón Sánchez Medal 2010”, Comisión Mexicana de Derechos Humanos, A.C., México, 2010, p. 177.

derechos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo".⁴ Es decir, la vida tiene un valor de tal trascendencia que se le reconoce una cierta primacía respecto al resto de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico positivo.

Cabe preguntarse entonces si resulta acertado hablar de "derecho a la vida". Si la vida es presupuesto de la existencia de cualquier otro derecho, pareciera equivocada la terminología comúnmente empleada. No se trata propiamente de un derecho, sino de una realidad pre-jurídica, de un valor fundamental reconocido universalmente. Sin vida, no hay titular de derechos, y por tanto, mal podría hablarse de derecho a la vida.

Ahora bien, sin perjuicio de las precisiones terminológicas que cabe efectuar a dicha expresión, lo cierto es que existe consenso acerca de lo que con ella se quiere denotar, acerca de la trascendencia del valor de la vida, y por consiguiente, de la necesidad de protegerla.

En el presente trabajo se hará referencia al estado actual de protección de este *derecho* en los Estados Unidos Mexicanos, a nivel legislativo nacional, así como en los compromisos internacionales adquiridos y, el desarrollo jurisprudencial.

II. El derecho a la vida

A. Organización política y legal de México

La forma de gobierno de México es la de una república representativa, democrática y federal, compuesta de Estados que, permaneciendo autónomos en todo lo concerniente a su régimen interior, están unidos en una Federación, y un Distrito Federal.

Las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y el Distrito Federal.

La soberanía nacional reside originalmente en el pueblo, quien tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno. La

4 Caso "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C, Núm. 63, párr. 144.

soberanía se ejerce por conducto de los Poderes de la Unión, que se divide para su ejercicio en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos que la Constitución Federal y las Constituciones estatales establecen, las que en ningún caso pueden contravenir el Pacto Federal.⁵

Los Poderes de la Unión tienen su sede en la ciudad de México, Distrito Federal. El Poder Legislativo se deposita en un Congreso General, conformado por dos Cámaras, la de Diputados y la de Senadores (artículo 50 constitucional); el Poder Ejecutivo, en un solo individuo denominado Presidente de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 80 constitucional); y el Poder Judicial, en una Suprema Corte de Justicia, un Tribunal Electoral, Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y Juzgados de Distrito (artículo 94 constitucional).

Por lo que toca a los Estados, el artículo 116 de la Constitución Federal establece su forma de organización, respetando el principio tripartito de división de poderes. Asimismo, el artículo 115 constitucional estatuye que los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política el Municipio libre.

En el artículo 133 de la Constitución Federal se establece la jerarquía normativa de las leyes, para establecer que ésta, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

Sobre el tema, la Suprema Corte de Justicia de México ha sostenido que conforme al precepto legal antes invocado, el principio de supremacía constitucional rige en el sistema jurídico mexicano, conforme al cual la Constitución Federal está en la cúspide de la pirámide normativa, e inmediatamente debajo de ella, los tratados internacionales y las leyes generales –entendiendo por éstas las que su emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas–.⁶ Así, Constitución, tratados internacionales y leyes generales constituyen

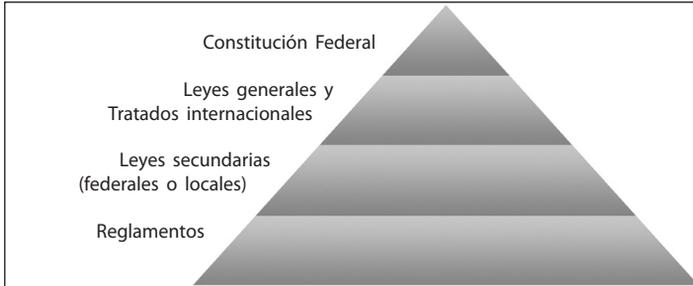
5 Se entiende por *Pacto Federal*, la Constitución Federal de México.

6 Cfr. Tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, identificada como P.

VIII/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XXV, abril de 2007, p.

6. Son leyes generales, por ejemplo, la Ley General de Salud, la Ley Federal del Trabajo, la Ley General de Educación. Las leyes generales son aquellas cuyo mandato de creación y/o existencia deviene directamente de un artículo de la Constitución General de la República; es decir, esta última establece bases muy específicas que deberán prever y respetar las

la Ley Suprema de México, conformando un orden jurídico superior de carácter general. Por debajo de ese orden jurídico superior de carácter general o bloque de constitucionalidad, se encuentran las leyes secundarias –ya sean federales o locales–, los reglamentos y las circulares.



B. El rol y el contenido de los tratados internacionales firmados por México

El Presidente de la República con aprobación del Senado ha celebrado diversos tratados internacionales que protegen el derecho a la vida. La obligatoriedad de dichos tratados se sujeta a que estén debidamente publicados en el Diario Oficial de la Federación, es decir, en el periódico oficial.

Entre dichos tratados se pueden mencionar:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981.
- Convención sobre los Derechos del Niño, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

Establece en su artículo 4(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”.

leyes generales, cuyas disposiciones afectan a los tres niveles de gobierno: federal, estatal y municipal.



Es de advertir que con fecha 24 de marzo de 1981, se recibió en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos el instrumento de adhesión por parte del Estado Mexicano al Pacto de San José, en el que se realizó una Declaración Interpretativa, en los siguientes términos:

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

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 Artículo 12.

Asimismo, el 9 de abril de 2002, el gobierno de México notificó a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos su intención de retirar parcialmente las declaraciones interpretativas y reserva, subsistiendo la Declaración Interpretativa referida en los siguientes términos:

Declaración interpretativa

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

Para el lector, no debe pasar desapercibido que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone por un lado (en su artículo 19 inc. c) que un Estado no puede formular una reserva y/o declaración interpretativa, que sea incompatible con el objeto y fin del tratado, y por otro, que un tratado debe interpretarse de buena fe conforme el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos empleados en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin (artículo 31 inc. 1).

Es por ello que puede considerarse que la declaración interpretativa a la que se ha hecho referencia carece de todo valor, atento a que una interpretación de buena fe y conforme el significado común de los términos empleados por la Convención Americana demuestra que la misma protege a la vida desde el momento de la concepción. En efecto, expresamente el artículo 4.1 dispone que

la vida estará protegida *a partir del momento de la concepción*, por lo que una interpretación contraria a su texto expreso contradice su objeto y fin.

Más aún, el artículo 31 inc. 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que el preámbulo forma parte del contexto que debe tenerse en cuenta para interpretar los tratados. En este sentido, el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos reafirma la intención de garantizar en la máxima medida posible los derechos humanos reconocidos a todo hombre con independencia de su calidad de nacional de un Estado determinado, por lo que una restricción a este derecho por parte de un Estado, violaría las disposiciones del mismo Tratado. Así, el Preámbulo de la Convención Americana establece:

“Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia ...”

Finalmente, el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos en su inciso a) dispone que “ninguna disposición de la presente Convención

puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”. Es decir, no puede justificarse en el texto mismo del artículo 4.1 de la Convención una interpretación restrictiva del derecho a la vida allí consagrado, que implique su negación absoluta.

Sin perjuicio de la invalidez evidente que resulta de las disposiciones mencionadas, la Suprema Corte de Justicia mexicana no se ha pronunciado sobre la validez o nulidad de dicha Declaración.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En su artículo 6(1) determina:

“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”.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Vale la pena referirse especialmente a lo que establecen sus artículos primero, segundo y sexto:

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

“Artículo 2.– 1. Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Parte tomarán las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

“Artículo 6.– 1. Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

Adicionalmente, el Preámbulo de la Convención establece, en lo conducente lo siguiente:

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 cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

La relación entre el texto de la convención y su preámbulo deriva de la aplicación de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” de la que México es Estado Parte, ya que ésta última en su artículo 31, en el punto segundo, indica que para los efectos de la interpretación de un tratado su preámbulo debe ser considerado como parte de su texto.

De lo anterior se desprende que la “Convención sobre los Derechos del Niño”, incluyendo su preámbulo, señala que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y que por su falta de madurez tanto física como mental, necesita protección legal y cuidados especiales, sin distinción alguna entre niños nacidos y no nacidos. En efecto, la Convención expresamente señala que dicha protección se extiende a todo niño, *tanto antes como después del nacimiento*.

Tratados internacionales a la luz de la última reforma constitucional

Ahora bien, el 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una de las reformas más importantes desde 1917, motivo por el cual el Título Primero Capítulo I de la Constitución ahora se denomina *De los derechos humanos y sus garantías*.

Las modificaciones más importantes que introdujo la reforma son:

- Constitucionalizó, en su artículo 1º, los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte. Es importante señalar que lo que se constitucionalizó fueron los derechos humanos, no así los tratados internacionales.⁷ En efecto, como ya se mencionara anteriormente, de acuerdo a lo

7 El primer párrafo del artículo 1º en su redacción actual dispone que “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

que dispone el artículo 133 de la Constitución Mexicana ésta es la Ley Suprema de los Estados Unidos Mexicanos. Ninguna ley –en sentido amplio e incluyendo a los tratados internacionales–, se encuentra por encima de la Constitución Federal; es decir, ni siquiera los compromisos internacionales asumidos por el Estado Mexicano tienen mayor jerarquía –en el ámbito interno– que las propias disposiciones constitucionales.

- No obstante lo anterior, conforme al texto vigente de la Constitución Mexicana, los distintos derechos humanos consagrados en los tratados internacionales forman parte del texto constitucional y deben interpretarse conforme a las disposiciones que contiene la propia Constitución. En cambio, las normas de un tratado internacional que no se refieran a un derecho humano, no son parte de la Constitución Mexicana.
- Constitucionalizó el principio *pro homine*, que dispone que los derechos humanos deberán ser entendidos e interpretados de la forma más favorable al ser humano.⁸
- Reconoció expresamente el derecho a la vida. Así, se lee en el artículo 29 de la Constitución Federal: “En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, *a la vida*, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

En suma, la reforma constitucional de 2011 constitucionalizó la protección del derecho a la vida de todo ser humano y vino a fortalecer las reformas a las Constituciones locales a las que posteriormente se hará referencia. Asimismo, la Constitución Mexicana regresa a una posición iusnaturalista del derecho, en donde el Constituyente y/o Poder Reformador de la Constitución “reconoce” –no

8 El segundo párrafo del artículo 1° en su redacción actual dispone que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección mas amplia”.

“otorga”– los derechos humanos a los que se refiere el texto constitucional y los que estén protegidos en los tratados internacionales.

Al respecto, cabe decir que a la fecha ningún tratado internacional que consagre derechos humanos desprotege al ser humano, nacido o no. Por ejemplo, ningún tratado internacional consagra un “derecho al aborto”.

III. El derecho a la vida y el aborto

Resulta claro para el lector –a partir de lo mencionado precedentemente– que México protege el derecho humano a la vida como derecho esencial, reconociéndolo en diversos tratados internacionales, y en el texto mismo de la Constitución.

Sin perjuicio de ello, la protección brindada a este derecho por la legislación penal –en particular a través de la sanción del delito de aborto, como violación del derecho a la vida del no nacido– varía de Estado a Estado, sufriendo asimismo diversas modificaciones producto de las distintas reformas legislativas.

Se desarrollará a continuación las distintas excusas absolutorias contempladas en la legislación de cada Estado, como asimismo la particular situación del Distrito Federal, que desde el año 2007 ha incorporado el “aborto voluntario” dentro de las doce primeras semanas de gestación, como supuesto de aborto permitido.

A. Supuestos de abortos no punibles

Como se dijo, México es un estado federal. Por ello, las potestades de regular el derecho penal recaen en los Estados Federativos, dentro de sus respectivos ámbitos de jurisdicción. Es decir, cada Estado tiene plenas facultades para regular esta materia.

Sin perjuicio de ello, aún existen en el Código Penal Federal ciertas disposiciones relativas al aborto,⁹ que fueron de aplicación en los territorios federales y en el Distrito Federal. Sin embargo, estas disposiciones hoy son prácticamente inaplicables, ya que actualmente no existen dichos territorios federales, y el Distrito Federal está facultado para legislar en materia de aborto a través de su Asamblea Legislativa.¹⁰

9 Artículos 329 a 334. Castigan el aborto, pero lo eximen de sanción cuando éste fuere realizado por imprudencia o culpa de la mujer, o cuando el embarazo fuere fruto de una violación, o cuando la vida de la mujer corra peligro.

10 Los dos últimos territorios federales desaparecieron el 8 de octubre de 1974, al constituirse a Quintana Roo y Baja California Sur en Estados Federales autónomos. En lo que respecta

En cuanto a la situación en los distintos Estados, el aborto está penado por los Códigos Penales de 31 entidades federativas de México durante todo el tiempo de gestación, excepción hecha del Distrito Federal que lo sanciona después de las 12 semanas, salvo que el aborto se realice sin el consentimiento de la mujer embarazada, en cuyo caso sigue sancionado en todo momento. Sin embargo, existen excusas absolutorias o supuestos de abortos no punibles que varían, de Estado a Estado, en su alcance y sentido. Dichas excusas absolutorias permiten que un aborto que en principio merecería la pena aplicable por haberse configurado con sus elementos típicos, sea exculpado y eximido de la sanción.

Esas excepciones —que no son justificaciones, sino exculpaciones¹¹— tienen lugar cuando el aborto fuera ocasionado por la conducta imprudente de la mujer, o se tratara de abortos “terapéuticos”, abortos “eugenésicos”, abortos de embarazos ocasionados por violaciones o por inseminación artificial no consentida, y abortos realizados por razones económicas.

i. Aborto ocasionado por la conducta imprudente de la mujer

El aborto producido por la conducta culposa o imprudente de la mujer embarazada no está castigado en: Aguascalientes, Baja California (art. 136, CP), Baja California Sur (art. 252), Campeche (art. 298), Coahuila (art. 361), Colima (art. 190), Chiapas (art. 136), Chihuahua (art. 219), DF (art. 148), Durango (art. 352), Guanajuato (art. 163), Guerrero (art. 121), Hidalgo (art. 158), Jalisco (art. 229), México (art. 251), Michoacán (art. 290), Morelos (art. 119), Nayarit (art. 338), Nuevo León (art. 331), Oaxaca (art. 316) Puebla (art. 343), Querétaro (art. 142), Quintana Roo (art. 97), San Luis Potosí (art. 130), Sinaloa (art. 158), Sonora (art.

al Distrito Federal, en 1997 entró en funciones la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, con competencias legislativas propias y autónomas. Existen, sin embargo, casos especiales en los que el Código Penal Federal aún se aplica, por ejemplo, cuando se trata de embarcaciones sujetas a jurisdicción federal.

11 Existe una diferencia fundamental entre una causal de justificación y una causal de exculpación de un delito. La causal de justificación determina que no existe delito, pues no existió una conducta antijurídica, injusta. Tal es, generalmente, el caso del homicidio en defensa propia. Una causal de exculpación, en cambio, parte de la premisa de que el delito sí se configuró, dado que hubo una conducta típica, antijurídica y culpable; sin embargo, por alguna razón, el derecho decide no penar al autor. Como puede verse, la diferencia entre una y otra causal está en que la justificación impide la existencia de un delito, mientras que la exculpación no impide la existencia de un delito, sino que únicamente lo exime de la imposición de la pena.

270), Tabasco (art. 136), Tamaulipas (art. 361), Tlaxcala (art. 279), Veracruz (art. 154), Yucatán (art. 393) y Zacatecas (art. 312).

Morelos exige que sea “notoriamente” culposa la conducta de la mujer embarazada (art. 119, CP).

Se justifica esta disposición, atento a que se considera suficiente el castigo moral que sobre ella misma recae.

ii. Aborto “terapéutico”

El aborto terapéutico no está contemplado como un supuesto de aborto no punible en los Estados de Guanajuato, Guerrero y Querétaro.

El resto de los Estados lo contemplan, siempre que la decisión de practicarlo tenga sustento en el juicio del médico que asiste a la mujer, e imponiendo el deber a éste de consultar a otro médico en la medida en que esto sea posible.

Exigen la presencia de *grave peligro de muerte* los Estados de Aguascalientes (art. 9) y Quintana Roo (art. 97, CP); en tanto que exigen la presencia de *peligro de muerte* los Estados de Baja California (art. 136), Campeche (art. 299), Coahuila (art. 361), Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, México, Morelos (art. 119, CP), Oaxaca (art. 316), Puebla (art. 343), San Luis Potosí (art. 130), Sinaloa (art. 158, CP), Sonora (art. 270), Tabasco (art. 136), Veracruz (art. 154), y Yucatán (art. 393).

Por su parte, requieren que exista *peligro de muerte o de grave afectación de su salud*, los Estados de Baja California Sur, DF, Hidalgo (art. 158), Jalisco, Michoacán (art. 291), Nayarit (art. 339), Tamaulipas (art. 361), Nuevo León (art. 331), Tlaxcala (art. 280), y Zacatecas (art. 313).

Esta última delimitación del supuesto resulta algo problemática. La amenaza de *grave afectación de la salud* se presta a numerosas interpretaciones, dado que el propio concepto de “salud” es multívoco y omnicompreensivo. Esa imprecisión del concepto puede ocasionar que la práctica amplíe exageradamente la causal, permitiendo la realización de abortos por alegadas razones de salud “social” o “emocional”, pudiendo así todo aborto ser encuadrado en tales supuestos. Las exigencias de los dictámenes médicos pueden contrarrestar este exceso, pero sólo limitadamente.

iii. Aborto en supuestos de embarazo proveniente de violación

En cuanto al aborto practicado en casos de embarazos provenientes de violación, hay Estados que lo autorizan sin establecer mayores requisitos. Tal es el caso de los Estados de Campeche (art. 298), DF (art. 148), Durango (art. 352), Guanajuato (art. 163), Jalisco (art. 229), México (art. 251), Michoacán (art. 290), Morelos (art. 119), Nayarit (art. 338), Nuevo León (art. 331), Puebla (art. 343), Querétaro (art. 142), San Luis Potosí (art. 130), Sinaloa (art. 158), Sonora (art.

269), Tabasco (art. 136), Tamaulipas (art. 361), Tlaxcala (art. 279), Yucatán (art. 393), Zacatecas (art. 312).

Otros Estados ponen requisitos temporales. Así, el Estado de Hidalgo (art. 158) exige que el embarazo no tenga más de 75 días, en tanto que otros fijan ese plazo en 90 días o 3 meses, como por ejemplo Coahuila (art. 361), Colima (art. 190), Chiapas (art. 136 bis), Chihuahua (art. 219), Oaxaca (art. 316) y Quintana Roo (art. 97).

En cuanto a la comprobación del hecho de la violación, algunos Estados exigen que el procedimiento penal esté iniciado, tal es el caso de Aguascalientes (art. 9). Otros en cambio, sostienen que no es necesaria la sentencia ni el proceso penal, sino que basta la “comprobación de los hechos”, la cual puede ser realizada por la autoridad administrativa correspondiente. Así, los Estados de Baja California (art. 136), Guerrero (art. 121), Hidalgo (art. 158), San Luis Potosí (art. 130) y Tabasco (art. 136). Para Quintana Roo (art. 97), en cambio, basta la denuncia penal.

Finalmente, la autorización previa por autoridad administrativa o juez es requerida por los Estados de Aguascalientes (art. 9), Baja California (art. 136), Baja California Sur (art. 252), Guerrero (art. 121), e Hidalgo (art. 158).

iv. Aborto de embarazo proveniente de inseminación no voluntaria

En Baja California Sur (art. 252), Chihuahua (art. 219), Colima (art. 190), DF (art. 148), Guerrero (art. 121), Morelos (art. 119), San Luis Potosí (art. 130), Tabasco (art. 136), y Veracruz (art. 154), el aborto no es punible cuando éste se realiza para interrumpir un embarazo ocasionado por *inseminación artificial indebida*.

Chihuahua (art. 219) y Veracruz (art. 154) exigen, además, que el embarazo no tenga más de 90 días.

v. Aborto “eugenésico”

El aborto eugenésico está tolerado por los Estados de Baja California Sur (art. 252), Coahuila (art. 361), Colima (art. 190), Chiapas (art. 136 bis), DF (art. 148), Guerrero (art. 121), México (art. 251), Morelos (art. 119), Oaxaca (art. 316), Puebla (art. 343), Quintana Roo (art. 97), Veracruz (art. 154), y Yucatán (art. 393).

De ellos, algunos se bastan con la existencia genérica de *causas eugenésicas graves*. Tal es el caso de Oaxaca (art. 316) y Puebla (art. 343).

Otros requieren la existencia de *alteraciones genéticas o congénitas que ocasionen defectos físicos o mentales graves*, como por ejemplo los Estados de Baja California Sur (art. 252), Coahuila (art. 361), Colima (art. 190), Chiapas (art. 136 bis), Guerrero (art. 121), México (art. 251), Morelos (art. 119), Quintana Roo (art. 97), Veracruz (art. 154) y Yucatán (art. 393).

Finalmente, el DF (art. 148) exige que esos defectos genéticos *pongan en riesgo la sobrevivencia del niño no nacido*.

Esta causal constituye una manifestación de ideas propias de los regímenes totalitaristas, representando una violación manifiesta del derecho a la vida. ¿Cómo puede justificarse, en un estado democrático contemporáneo, la privación de la vida de una persona por genéricas *causas eugenésicas graves*, o *deficiencias mentales comprobadas*, o *riesgo de supervivencia del niño después del nacimiento*? No hay justificación alguna. Las exigencias de los derechos humanos requieren que la persona sea considerada un fin en sí mismo, y no un mero medio. La vida de los no nacidos tiene un valor intrínseco, que no se ve alterado por la existencia de deficiencias eugenésicas o bajas probabilidades de supervivencia. Por ello, un Estado que desprotege a tales personas incurre en una omisión grave a su deber protectorio, generando responsabilidad internacional.

México, en ese sentido, al firmar la Convención sobre los Derechos del Niño, se obligó a adoptar todas las medidas tendientes a efectivizar los derechos de los niños,¹² sin embargo, esta clase de exculpaciones no garantiza el derecho a la vida del niño no nacido.

vi. Aborto por razones económicas

El Estado de Yucatán prevé que el aborto por *causas económicas graves y justificadas* no será castigado penalmente, siempre que la mujer embarazada tenga al menos tres hijos (art. 393).

A esta causal le caben idénticos reproches que los efectuados a la causal anterior. No puede justificarse la supresión de una vida por la falta de medios económicos. Para atender a situaciones de necesidad económica existen distintas soluciones, que van desde el acogimiento a regímenes de beneficencia social, hasta la entrega del niño en adopción. Pero un Estado no puede dejar de proteger al niño concebido en la pobreza simplemente por el hecho de haber sido concebido en tales circunstancias.

B. La despenalización del aborto en el Distrito Federal, dentro de las primeras 12 semanas de gestación

Merece un análisis aparte la legislación del Distrito Federal, por ser el único Estado que ha despenalizado el aborto dentro de las primeras 12 semanas de gestación, a través de una cuestionada reforma.

12 La Convención sobre los derechos del Niño, expresamente dispone en el artículo 4 primera parte, que “los Estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”.



El 24 de abril de 2007 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó la ley que preveía el llamado “aborto voluntario”, siendo esta ley publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 26 de abril del mismo año, y entrando en vigor al día siguiente.¹³

Mediante esta ley, se modificó el Código Penal en sus artículos 144 a 147 así como la Ley de Salud para el Distrito Federal.

El artículo 144 del CP en su redacción anterior definía el aborto como “la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo”. La terminología empleada permitía descubrir claramente que el bien jurídico protegido era la vida del niño no nacido desde la concepción (se sancionaba la “muerte” del “producto de la concepción”). Luego de la reforma, el delito de aborto es definido como la “interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación”, con lo cual, no sólo se modifica el concepto de aborto –considerándose que la muerte del niño antes de las primeras doce semanas de gestación ya no configuran una conducta delictiva–, sino que además se desdibuja el bien jurídico protegido. Ya no se habla de la “muerte” del no nacido, sino de la “interrupción del embarazo”, lo que pareciera significar que el bien que se quiere proteger no es más la vida en gestación, sino el embarazo de la mujer.

Como puede observarse, el aborto en los primeros tres meses de embarazo no configura delito alguno, siempre y cuando se realice con el consentimiento de la mujer embarazada, puesto que el artículo 146 del Código Penal para el Distrito Federal, sanciona como aborto forzado el que se realice en cualquier momento del embarazo, sin el consentimiento de la mujer:

Artículo 146.– Aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada.

Para efectos de este artículo, al que hiciere abortar a una mujer por cualquier medio sin su consentimiento, se le impondrá de cinco a ocho años en prisión. Si mediare violencia física o moral, se impondrá de ocho a diez años de prisión.

Es decir:

13 Esta reforma fue judicialmente cuestionada mediante el planteo de dos acciones de inconstitucionalidad (146/2007 y 147/2007) ante la Suprema Corte de Justicia de México. Ver en este trabajo “Jurisprudencia relativa a casos de aborto no punibles”.

- a) No es delito el aborto voluntario de la mujer durante las primeras doce semanas de gestación.
- b) Luego de las doce semanas, son excluyentes de responsabilidad según el art. 148 CP, el aborto practicado:¹⁴
 - Cuando el embarazo es el resultado de una violación o de una inseminación artificial no consentida.
 - Cuando la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud.
 - Cuando existan alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del no nacido.
 - Cuando medie una conducta culposa de la mujer embarazada.
- c) El aborto forzado, es decir, aquel practicado sin el consentimiento de la mujer, es delito en todo momento.

Con motivo de las reformas al Código Penal para el Distrito Federal, que despenalizaron el aborto, se reformó también la Ley de Salud para el Distrito Federal, estableciendo que los servicios de salud “proporcionarán a la mujer que solicite la interrupción de su embarazo la información a que se refiere el último párrafo del artículo 148 del Código Penal para el Distrito Federal” (art. 16 bis, inc. 8). Esa información se refiere a “los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable” (art. 148, CP).

Después del dictado de esta ley se reformaron también los “Lineamientos Generales de Organización y Operación de los Servicios de Salud para la Interrupción Legal del Embarazo en el Distrito Federal”, previamente contenidos en la Circular GDFSSDF/01/06. En ese sentido, se establecieron recaudos de consentimiento informado –exigiendo que se provea información objetiva, suficiente y comprensible a la mujer embarazada que requiera la interrupción legal del embarazo, sobre los procedimientos que se utilizan, sus riesgos y consecuencias, debiendo registrarse por escrito la manifestación de voluntad (lineamiento tercero II)–, de consejería – como procedimiento obligatorio e ineludible (lineamiento tercero IV)–, así como la necesidad de un dictamen médico que avale la edad gestacional del embarazo para corroborar que éste se encuentre por debajo de las 12 semanas de gestación.¹⁵ También se regulan las unidades en las que ese

14 Ver en el presente trabajo “Supuestos de abortos no punibles”.

15 Reformas a lineamiento tercero, cuarto bis y quinto.

servicio puede prestarse, autorizándose los procedimientos médicos y quirúrgicos para la realización del aborto.¹⁶

Ahora bien, la consideración del aborto voluntario dentro de las doce primeras semanas de gestación como una conducta no delictiva, resulta gravemente violatoria del derecho humano a la vida del no nacido. Téngase en cuenta que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor para México en 1981, establece en su artículo 4(1) que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

El derecho a la vida existe desde la concepción, por lo que una norma que no lo protege en absoluto, sino luego de las 12 semanas de gestación, atenta gravemente contra él. El Estado está incumpliendo con su deber de proteger y maximizar todos los derechos humanos reconocidos por las normas internacionales, máxime si se tiene en cuenta que en virtud del principio pro homine, la interpretación y aplicación de los mismos debe realizarse de la manera más extensa y favorable posible, como ahora lo ordena el artículo 1º constitucional.

En este sentido, es lamentable la declaración hecha por Luz Patricia Mejía¹⁷ el pasado 14 de julio de 2011, en la audiencia pública realizada en el Congreso Nacional Argentino, con motivo del debate sobre la legalización del aborto que tuvo lugar en ese país. En dicha ocasión sostuvo que el aborto no es contrario a los derechos humanos, agregando que “la Convención se refiere a preservar en general el derecho a la vida desde la concepción” lo cual “no es contrario” al aborto legal, asegurando que: “Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, el aborto legal no es contrario a la Convención”.

En este contexto, se debe señalar con claridad que a México sólo lo obligan los tratados internacionales suscritos por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, y no así una mera opinión, aún cuando dicha opinión haya sido emitida por un miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Más aún, cabe recordar que es facultad de la Corte Interamericana –no de la Comisión– entender sobre la interpretación que deba darse a las disposiciones de la Convención,¹⁸ y hasta el momento la Corte Interamericana no ha emitido ninguna sentencia ni opinión consultiva al respecto.

16 Reformas al lineamiento décimo segundo y décimo cuarto respectivamente.

17 Ex Relatora especial para los derechos de las mujeres para Argentina, Bolivia y Ecuador (2008–2011); ex presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (2009).

18 Artículos 62.3 y 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por otro lado, resulta ilógico e incongruente el criterio referido por la Dra. Mejía, en el sentido de que el aborto legal no se contrapone al texto del artículo 4(1) del Pacto de San José, que expresamente protege la vida de *todas las personas*, agregando que dicho derecho estará protegido en la ley, y *en general, desde el momento de la concepción*. Si se toma en consideración que conforme el artículo 1(2) de la Convención *persona es todo ser humano*, no puede sostenerse válidamente que el aborto “legal” –que implica privar de la vida a un ser humano – no es violatorio del derecho a la vida reconocido a toda persona por la misma Convención.¹⁹

Para México, resulta claro el alcance que debe darse al derecho a la vida luego de la reforma constitucional ya referida. En efecto, el artículo 1° de la Constitución, en su redacción actual dispone:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte [...]

[...] las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, [...] y progresividad [...]

Queda prohibida toda discriminación motivada por [...] cualquier otra [causa] que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Por todo lo expuesto, puede concluirse que la reforma al Código Penal del Distrito Federal atenta abiertamente contra el derecho a la vida reconocido tanto por la Constitución Federal como por los tratados internacionales ratificados por México, y en particular, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

C. Jurisprudencia relativa a casos de abortos no punibles

En dos oportunidades la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció sobre la constitucionalidad de leyes que reformaban la legislación penal del aborto en el Distrito Federal. Estas sentencias tuvieron lugar: (i) en el año

19 Respecto la interpretación del artículo 4 (1) de la Convención, ver en el presente trabajo “El rol y el contenido de los tratados internacionales firmados por México”.

2002, con motivo de la reforma a los artículos 332 a 334 del Código Penal del Distrito Federal, conocida como “Ley Robles”; (ii) en el año 2007, con motivo de la reforma a los artículos 144 a 147 del Código Penal del Distrito Federal, ya comentada.

i. Impugnación de la llamada “Ley Robles”

El 24 de agosto de 2000 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal una reforma que tenía por objeto incorporar al Código Penal el llamado “aborto eugenésico” como supuesto de aborto no punible. La reforma –comúnmente conocida como “Ley Robles”²⁰ – preveía que el aborto no sería punible “cuando el producto de la concepción presentara alteraciones congénitas o genéticas”.

Con tal motivo, en enero de 2002 algunos integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal promovieron una acción de inconstitucionalidad (10/2000) ante la Suprema Corte de Justicia a los fines de que dicha ley fuera impugnada.

La Corte, basándose en la consideración de distintas normas de derecho internacional y de la Constitución, sostuvo que ésta protegía la vida humana desde la concepción.

Así, sostuvo que “la propia norma constitucional [...] protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos”.²¹

También sostuvo que “del examen de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, [...] cuya aplicación es obligatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la propia Norma Fundamental, se desprende que establecen, el primero, la protección de la vida del niño tanto antes como después del nacimiento y, el segundo, la protección del derecho a la vida como un derecho inherente a la persona humana [agregando que] del estudio de los Códigos Penal Federal y Penal para el Distrito Federal, y los Códigos Civil Federal y Civil para el Distrito Federal, se advierte que prevén la protección del bien jurídico de la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, al considerar al no nacido como alguien con vida y sancionar a quien le cause la muerte, así como que el producto de la concepción se encuentra protegido desde ese momento y puede ser designado como heredero o donatario, [concluyendo que] la protección del derecho a la vida del producto

20 El nombre se debe a quien fuera entonces Jefe de Gobierno de la Capital: Rosario Robles.

21 Jurisprudencia identificada como P.J 13/2002, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XV, febrero de 2002, p. 589.

de la concepción, deriva tanto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como de los tratados internacionales y las leyes federales y locales”.²²

Sin embargo, la sentencia no declaró la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, por considerar que el tipo penal de aborto no se había modificado. Lo único que a su juicio se había establecido, era una excusa absolutoria para no sancionar el delito: no obstante que se actualizara la hipótesis normativa del delito de aborto, existía una causa por la que a juicio del legislador, el delito no debía sancionarse.

ii. Impugnación de la despenalización del aborto dentro de las primeras doce semanas de gestación

Se comentó precedentemente la reforma al Código Penal del Distrito Federal que tuvo lugar en el año 2007, por medio de la cual se despenalizó el aborto realizado dentro de las doce primeras semanas de gestación, siempre y cuando éste se realice con el consentimiento de la madre, ya que el aborto que se realice sin el consentimiento de la mujer sigue sancionado en todo momento (artículo 146 del Código Penal para el Distrito Federal).²³

Con tal motivo, el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Procurador General de la República promovieron cada uno por su parte acciones de inconstitucionalidad en contra de la reforma.

Dichas acciones de inconstitucionalidad se tramitaron con los números de expediente 146/2007 y su acumulada 147/2007, y fueron resueltas por mayoría de ocho votos, por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México los días 25, 26, 27 y 28 de agosto de 2008, declarando que las disposiciones legales que fueron impugnadas eran constitucionales.²⁴

Sin embargo, no hubo mayoría de fundamentos entre los ministros que votaron por la constitucionalidad, sino que cada uno de ellos se basó en razones

22 Jurisprudencia identificada como P.J. 14/2002, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y Gaceta, tomo XV, febrero de 2002, p. 588.

23 Ver en el presente trabajo “La despenalización del aborto en el Distrito Federal dentro de las primeras doce semanas de gestación”.

24 El voto mayoritario estuvo integrado por los señores Ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza. En tanto que votaron por la inconstitucionalidad de la despenalización del aborto los señores Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano –quien fue Ministro Ponente–, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Mariano Azuela Guitrón.

distintas. Por otro lado, en el “engrose” de la sentencia, es decir, en su redacción final, no se plasmaron los argumentos de dicha mayoría, sino que sólo se publicaron los argumentos del ministro encargado de la redacción de la sentencia, quien sostuvo que el derecho a la vida no se encontraba protegido por la Constitución mexicana.²⁵ Esta consideración no fue compartida por el resto de los ministros.²⁶

Es por eso que la doctrina se ha referido a esta “mayoría” como una falsa mayoría. En tal sentido se pronuncia el maestro Francisco Vázquez-Gómez Bisogno al sostener que “los argumentos de la sentencia que como engrose aprobó mayoritariamente la SCJN, no es compartida por tal mayoría, al punto de que cada uno de los ministros, a fin de esgrimir las razones que los motivaron para constitucionalizar el aborto, emitieron sendos votos concurrentes en los que hicieron ver su particular punto de vista”.²⁷

Es por ello que puede sostenerse válidamente que las jurisprudencias 13/2002

25 La redacción del engrose estuvo a cargo del Ministro José Ramón Cossío Díaz.

26 El Ministro Juan N. Silva Meza, quien fuera integrante de la mayoría, en su voto concurrente cuestionó la obligatoriedad de lo decidido, al señalar que: “...La afirmación de que el derecho a la vida no se encuentra protegido constitucionalmente, no fue sostenida por la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno que votó a favor de la constitucionalidad de las normas impugnadas. Antes bien, dicho pronunciamiento resulta opuesto al consenso de la mayoría que consideró que el derecho a la vida, aunque implícitamente, sí se encuentra reconocido a nivel constitucional. La inclusión de este tema en la sentencia sin haber sido una consideración sostenida por la mayoría, eventualmente puede poner en duda la obligatoriedad de lo decidido...”. Voto concurrente del ministro Juan N. Silva Meza en relación con la sentencia pronunciada en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, p. 3., citado por Francisco VAZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, “El voto de minoría a favor de la vida. Un relato de las incongruencias de la sentencia mayoritaria que constitucionalizó el aborto en México”, en Victor Manuel MONTOYA RIVERO y Diana ORTIZ TRUJILLO, *En defensa de la vida: un voto de minoría sobresaliente. Homenaje al Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Premio Ramón Sánchez Medal 2010, Comisión Mexicana de Derechos Humanos, A.C., México, 2010, p. 189.*

27 Francisco VAZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, “El voto de minoría a favor de la vida. Un relato de las incongruencias de la sentencia mayoritaria que constitucionalizó el aborto en México”, en Victor Manuel MONTOYA RIVERO y Diana ORTIZ TRUJILLO, *En defensa de la vida: un voto de minoría sobresaliente. Homenaje al Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Premio Ramón Sánchez Medal 2010, Comisión Mexicana de Derechos Humanos, A.C., México, 2010, p. 186.*

y 14/2002 previamente aprobadas,²⁸ que reconocen y defienden la vida desde la concepción, y que entienden que la Constitución Nacional efectivamente protege el derecho a la vida, no fueron interrumpidas sino que, por el contrario, continúan vigentes y con plena obligatoriedad,²⁹ máxime si se considera que para su interrupción se requiere, en su caso, una determinación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establezca que se aparta del criterio, lo cual no ocurrió.

Asimismo, se le critica al voto de la “*mayoría*” que en su argumentación ésta incurrió en una contradicción, en tanto afirma que el valor de la vida del concebido no deriva de la Constitución pues no existe un precepto que de manera expresa la proteja y, no obstante ello, acepta que las mujeres gozan del derecho a la autodeterminación de su cuerpo cuando la lectura de la Ley Fundamental revela que tampoco se prevé tal derecho de manera expresa; es decir, se rechaza que la protección de la vida se desprenda implícitamente de la Constitución, pero se acepta la existencia de un derecho “al que se le confiere un valor axiológico mayor que a la vida del concebido” que la “*mayoría*” tuvo necesariamente que desprender implícitamente.³⁰

Por lo expuesto, puede concluirse que si bien la Corte consideró que la reforma al Código Penal del Distrito Federal no es inconstitucional, no puede dejar de reprochársele que no exista un documento que aglutine las razones por las cuales la mayoría falló en tal sentido,³¹ debiendo afirmarse categóricamente que sin perjuicio de esta decisión, las jurisprudencias 13/2002 y 14/2002 –que entendieron que el derecho a la vida se encuentra protegido por la Constitución– no han sido modificadas, todo lo cual se ve confirmado por la última reforma constitucional que expresamente lo reconoce.³²

D. Reacciones en las Constituciones locales

Con posterioridad a que la Suprema Corte de Justicia resolviera las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007 ya mencionadas, comenzó a gestarse un movimiento nacional por medio del cual las legislaturas de los diferentes Estados empezaron a reformar sus constituciones locales para blindar el derecho a la vida, reconociéndole expresamente protección desde el momento de la concepción.

28 Ver en el presente trabajo notas N° 21 y 22

29 Francisco VAZQUEZ GÓMEZ BISOGNO, p. 193.

30 Idem, p. 194.

31 Idem, p. 215.

32 Conforme artículo 29 de la Constitución Federal.



Los Estados que actualmente protegen el derecho a la vida desde el momento de la concepción en sus respectivas constituciones locales son Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Veracruz y Yucatán. A continuación se refiere a modo de ejemplo, el texto constitucional de sólo algunos de ellos:

Baja California	El Art. 7 de su Constitución dispone que “[E]sta norma fundamental tutela el derecho a la vida, al sustentar que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida”.
Chihuahua	El Art. 5 de su Constitución dispone que “Todo ser humano tiene derecho a la protección jurídica de su vida desde el momento mismo de la concepción”.
Durango	El Art. 1 de su Constitución dispone que “El Estado de Durango reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, al sustentar expresamente que desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural, salvo las excepciones que establezca la ley”.
Guanajuato	El Art. 1 de su Constitución dispone que “Para los efectos de esta Constitución y de las leyes que de ella emanen, persona es todo ser humano desde su concepción hasta su muerte natural.”
Oaxaca	El Art. 12 de su Constitución dispone que “Todo ser humano desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales hasta su muerte natural”.
San Luis Potosí	El Art. 16 de su Constitución dispone que “El Estado de San Luis Potosí reconoce la vida humana como fundamento de todos los derechos de los seres humanos, por lo que la respeta y protege desde el momento de su inicio en la concepción”.

Yucatán	El Art. 1 de su Constitución dispone que “El Estado de Yucatán reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano, al sustentar expresamente que desde el momento de la fecundación entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural, sin perjuicio de las excluyentes de responsabilidad previstas en el Código Penal del Estado de Yucatán.”
----------------	---

Es de destacar que del 26 al 29 de septiembre de 2011, la Suprema Corte de Justicia de México –funcionando en Pleno– resolvió las acciones de inconstitucionalidad 11/2009 y 62/2009.

La acción 11/2009 fue promovida por la Procuraduría de los Derechos Humanos y de Protección Ciudadana del Estado de Baja California, quien planteó la invalidez del artículo 7º, párrafo primero de la Constitución de dicho Estado. La acción 62/2009, por su parte, fue promovida por Diputados Integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso del Estado de San Luis Potosí, quienes plantearon la invalidez del artículo 16 de la Constitución Política de dicho Estado.

Luego de varios días de discusión, el 28 de septiembre de 2011, el Tribunal Pleno desestimó la acción de inconstitucionalidad promovida en contra del artículo 7 de la Constitución Política del Estado de Baja California, y el 29 de setiembre desestimó el planteo contra el artículo 16 de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí.

El resultado de la votación fue de 7 votos a favor de la inconstitucionalidad³³ y 4 en contra,³⁴ siendo desestimado el planteo en razón de que ser requiere un mínimo de 8 votos para declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Los Ministros de la minoría entendieron que las disposiciones de los Estados de Baja California y San Luis Potosí no eran contrarias a la Constitución Federal mexicana en razón de que esta protege el derecho a la vida desde la concepción, y no reconoce ni otorga un pretendido derecho al aborto.

Así, por ejemplo, el Ministro Pardo Rebolledo manifestó que la Constitución Mexicana en los artículos 4º y 123, apartado A, fracciones V y XV, y apartado B, fracción I, sí tutela el derecho a la vida del concebido no nacido, y

33 Ministros Olga María del Carmen Sánchez Cordero Davila, Arturo Zaldivar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Luis María Aguilar Morales, Sergio Armando Valls Hernández, y Juan N. Silva Meza.

34 Ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Guillermo I. Ortíz Mayagoitia, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Jorge Mario Pardo Rebolledo.

dicha protección no es solamente para la madre embarazada ya que la fracción XV distingue “por un lado [...] la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores; y por otro lado, del producto de la concepción cuando se trate de mujeres embarazadas”.³⁵

Es de particular importancia el resultado alcanzado por estas acciones de inconstitucionalidad, ya que a través del mismo se ha logrado preservar la facultad de los Estados Federativos de consagrar en sus respectivas Constituciones el derecho a la vida desde la concepción.

E. El rol de los organismos internacionales

Los organismos internacionales de derechos humanos, en numerosas ocasiones han realizado recomendaciones a México que pueden reputarse contrarias a una adecuada tutela del derecho a la vida de los niños no nacidos.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité de la CEDAW, conforme su sigla en inglés) y la oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas han sugerido legalizar el aborto en México.

En las observaciones finales del informe de 2006 sobre México, el Comité de la CEDAW pidió a este Estado armonizar la legislación relativa al aborto a escala federal y estatal, así como aplicar una estrategia amplia que incluya el acceso efectivo a servicios de aborto seguro en las circunstancias previstas en la ley y a una amplia variedad de métodos anticonceptivos de emergencia.³⁶

Posteriormente, la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México actualizó el capítulo 5 del diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México, el cual se refiere a las mujeres.³⁷

35 La interpretación hecha por el Ministro Pardo Rebolledo cobra particular relevancia, ya que cuando se resolvieron las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007, en contra de las reformas que despenalizaron el aborto hasta la décima segunda semana de la gestación en el Distrito Federal, algunos de los Ministros de la mayoría (entre ellos, Don José Ramón Cossío), afirmaron que la protección que otorgan los artículos 4º y 123, apartado A, fracciones V y XV y apartado B, fracción XI, de la Constitución Federal, es solamente para la mujer embarazada, minimizando al producto de la concepción como bien constitucionalmente protegido.

36 Sexto informe periódico de México (CEDAW/C/MEX/6) en sus sesiones 751ª y 752ª, celebradas el 17 de agosto de 2006.

37 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México, Iprint, México, 2003.

Allí, destacó que la integridad de un Estado laico es un fundamento básico para el respeto de los derechos sexuales y reproductivos, señalando que han existido avances importantes en el tema, como la inclusión de la anticoncepción de emergencia y las ampliaciones de los abortos no punibles en el Distrito Federal, Morelos y Baja California.

Sin embargo, actualmente no hay disposiciones constitucionales en México que sometan las normas constitucionales internas a las normas internacionales, y a la interpretación que sobre éstas hagan los organismos internacionales. Ello permitiría acordar un carácter no vinculante a las recomendaciones referidas.

F. Organizaciones no gubernamentales que persiguen la despenalización del aborto

Se destacan en la vida pública mexicana algunas organizaciones no gubernamentales o instituciones que persiguen abiertamente la despenalización del aborto.

Una de ellas es el **Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C.** (GIRE).³⁸ Sostiene una postura favorable al aborto. En ese sentido, propone extender a toda la República las causales de no punibilidad del aborto contempladas en las disposiciones del Código Penal del Distrito Federal, que lo despenaliza dentro de las 12 primeras semanas de gestación, y permite distintas clases de abortos posteriores a dicho plazo, tales como el terapéutico —para casos de peligro de muerte o de grave afectación de la salud de la madre—, el eugenésico, y el aborto en caso de embarazo por violación o por inseminación artificial no consentida.

Otra organización es **Católicas por el Derecho a Decidir, A.C.**³⁹ En su enunciado de misión, la asociación afirma que, entre otras cosas, apoya el “derecho que tienen todas las mujeres a decidir cómo resolver un embarazo no deseado”, ya que consideran “que la despenalización del aborto salva vidas, sobre todo de las mujeres de menores recursos”. La asociación fue fundada en 1994, y actualmente tiene presencia en México, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, El Salvador, Nicaragua, Paraguay y España. La asociación realiza talleres y conferencias, vigila el cumplimiento de lo que considera obligación estatal en la procuración y tutela de los “derechos reproductivos” incluyendo el aborto, y actúa en red con otras organizaciones nacionales e internacionales.

38 www.gire.org.mx

39 www.catolicasmexico.org

IV. El derecho a la vida y los programas de salud reproductiva

A. Descripción de la legislación aplicable

El sistema mexicano de salud reproductiva está regulado por normas de distinta jerarquía. El artículo 4 de la **Constitución Nacional** indica que: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”.

Este artículo ha sido, a su vez, reglamentado y especificado por la **Ley General de Población**,⁴⁰ que en su artículo 3, párrafo segundo, establece que la Secretaría de Gobernación se encargará de tomar o promover medidas legales para la realización de “programas de planeación familiar” a través de los servicios educativos y de salud pública disponibles. También le corresponde controlar que dichos programas y los que realicen organismos privados se lleven a cabo con absoluto respeto a los derechos fundamentales del hombre y preserven la dignidad de las familias. Todo ello, con el explícito objeto de “regular racionalmente y estabilizar el crecimiento de la población, así como lograr el mejor aprovechamiento de los recursos humanos y naturales del país”.

La **Ley General de Salud**,⁴¹ por su parte, reglamenta el derecho a la protección de la salud, siendo de aplicación en toda la República. Su artículo 27 reconoce a la planificación familiar dentro de los servicios básicos de salud, y su artículo 67 indica que la misma tiene carácter prioritario, incluyendo “información y orientación educativa” para adolescentes, jóvenes y adultos, sobre la “inconveniencia del embarazo antes de los 20 años de edad”, así como sobre la “conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número mediante una correcta información anticonceptiva”. Asimismo, la ley establece, dentro de las prestaciones vinculadas a los servicios de planificación familiar, la distribución de insumos destinados a la planificación familiar (artículo 68, inc. V).

Finalmente, se otorga competencia a la Secretaría de Salud para complementar las bases en planificación familiar fijadas por el Consejo Nacional de Población.⁴² En particular, es misión de aquélla establecer estándares para evaluar

40 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de enero de 1974, y su última reforma el 25 de mayo de 2011.

41 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, y su última reforma el 10 de junio de 2011.

42 El Consejo Nacional de Población tiene a su cargo la planeación demográfica del país conforme lo dispone el artículo 5 de la Ley General de Población.

métodos anticonceptivos y elaborar los programas educativos pertinentes para el sistema educativo nacional (artículo 69).

B. Contenido de los programas nacionales de salud reproductiva

Dentro del contexto legislativo mencionado, la Secretaría de Salud elaboró el Programa Nacional de Salud 2007–2012, titulado “Por un México sano: construyendo alianzas para una mejor salud” (Secretaría de Salud, México, D.F., 2007). El programa incluye, entre sus estrategias, la de “fortalecer e integrar las acciones de promoción de la salud, y prevención y control de enfermedades” (Estrategia 2), siendo una de sus líneas de acción “promover la salud sexual y reproductiva responsable” (Línea de acción 2.7).

Allí se explica que es importante promover una actividad sexual responsable, que sea el eje de una política nacional de planificación familiar. Entre las medidas que se adoptarán, se señalan la organización de campañas que promuevan la utilización del condón, la difusión de información que apunte a incrementar a 75% la prevalencia de uso de métodos anticonceptivos en las mujeres en edad fértil, y la reducción de la tasa de fecundidad en adolescentes a 58 nacimientos por cada 1000 mujeres de 15 a 19 años de edad.

Con anterioridad, de modo anexo al Programa Nacional de Salud para el período 2001–2006, se elaboró el “Programa de Acción: Salud Reproductiva”. En estos documentos se reconocía que los embarazos no planeados, el aborto inseguro y las infecciones de transmisión sexual se han convertido en un problema de salud pública que afecta a un mayor número de adolescentes, situación que demanda de esfuerzos multisectoriales con un enfoque integral, que den respuesta inmediata a sus necesidades insatisfechas de salud sexual y reproductiva. Para tal efecto, se marcó como objetivo disminuir la incidencia de “embarazos no planeados”, de abortos inducidos y de infecciones de transmisión sexual entre las personas de estas edades, así como la demanda insatisfecha de los servicios de planificación familiar mediante la oferta sistemática de metodología anticonceptiva, de información veraz y oportuna.

Finalmente, existe el Consejo Nacional de Equidad de Género y Salud Reproductiva, que, entre sus programas para el período 2007–2012, se enfocará en la planificación familiar y anticoncepción y la salud sexual y reproductiva para adolescentes. El primero de ellos tiene como objetivo general “contribuir a que la población mexicana disfrute de una vida sexual y reproductiva satisfactoria, saludable y sin riesgos, mediante servicios de calidad en planificación familiar y anticoncepción, con absoluto respeto a sus derechos y a su libre decisión.”

Es importante resaltar que ninguna de las normas mencionadas menciona al aborto como método de planificación familiar ni de regulación de la natalidad,



respetándose de este modo la naturaleza jurídica del mismo que, según la legislación nacional, sigue siendo un delito (con las eximentes de penalidad expresamente consagradas en la legislación de cada Estado).

C. La regulación de la prestación de los servicios de planificación familiar y los anticonceptivos “de emergencia”

La Norma Oficial Mexicana (NOM) de los Servicios de Planificación Familiar (NOM 005–SSA2–1993) uniforma los criterios de prestación de servicios de planificación familiar en todo el país. Entre las acciones que establece, se encuentra la de proporcionar anticonceptivos a los adolescentes y jóvenes.

La NOM elimina las restricciones por edad al uso de cualquiera de los anticonceptivos temporales, entre los que menciona a los anticonceptivos hormonales y el dispositivo intrauterino. El 21 de enero de 2004 se modificó la NOM, incorporando explícitamente a los anticonceptivos hormonales post-coito –“de emergencia”–, a los que describe como un “método que pueden utilizar las mujeres en los tres días siguientes a un coito no protegido con el fin de evitar un embarazo no planeado” (punto 5.3).

La NOM enfatiza la importancia de la consejería y del ejercicio del consentimiento informado que debe ofrecer un médico capacitado en los servicios de anticoncepción, y en los casos que se requiera.

Si se tiene en cuenta que el derecho a la vida es un derecho humano reconocido a toda persona desde el momento de la concepción, resultan cuestionables las disposiciones de la NOM que ordenan a los servicios de salud a proveer, a quien los solicite, de anticonceptivos hormonales post-coito. Esto es así, debido a que la NOM estaría permitiendo que se produzcan posibles abortos, al impedir la anidación del embrión fecundado en el útero de la mujer.

En este sentido, resulta de particular importancia la reforma al Código Penal del Distrito Federal de 2007, ya que, dicha reforma, no sólo modificó el concepto de aborto contenido en el artículo 144 –definiéndolo como “la interrupción del embarazo después de la decimosegunda semana de gestación”–, sino que además introdujo una definición del “embarazo”.

Así, el mismo artículo 144 definió al embarazo como “la parte del proceso de reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.” Esta definición adquiere particular importancia en materia de anticoncepción de emergencia, ya que –conforme la misma– no configurarían delito aquellos abortos practicados por medio de píldoras que inhiben la implantación del óvulo fecundado, aún cuando no se cuente con el consentimiento de la mujer.

Si “aborto” es la “interrupción del embarazo”, y el embarazo es tal desde la “implantación del embrión en el endometrio”, cualquier interrupción anterior queda fuera de la figura penal, y por tanto, exenta de sanción.

Resulta cuestionable esta disposición ya que no sólo se viola el derecho a la vida del ser humano concebido, sino que asimismo se priva de protección a la mujer, ya que un aborto practicado en tales condiciones sin su expreso consentimiento, carece de toda sanción legal.



Honduras

Ligia M. De Jesús¹

I. La protección del derecho a la vida del no nacido en Honduras: un reflejo de la firme identidad pro vida de Centroamérica

Tanto la Constitución hondureña como la normativa nacional vigente hacen un reconocimiento de los derechos del niño no nacido en la órbita de su consideración de persona humana y en la de la protección que la misma merece en su condición de tal.

Así, el artículo 67 de la Constitución de la República de Honduras señala que “al que está por nacer se le considerará nacido para todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la Ley”, manifestando el valor fundamental de la vida del niño no nacido, por su existencia como persona y por su estado manifiesto de indefensión que requiere de la especial protección del Estado.

La Constitución también establece que el derecho a la vida es inviolable y que este derecho corresponde a todos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, religión, posición económica, estado de salud o cualquier otra condición (artículo 60).

Por su parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia, en su artículo 12 reconoce que la vida de toda persona comienza desde el momento de la concepción, siendo obligación del Estado proteger este derecho mediante la adopción de las medidas que sean necesarias para la gestación, el nacimiento y el desarrollo ulterior.

Para propósitos de Derecho Civil, es decir, derechos civiles, como el de obtener un certificado de nacimiento o ser sujeto de herencias testamentarias, el artículo 51 del Código Civil reconoce al niño como persona jurídica únicamente a partir de su nacimiento. Sin embargo, para propósitos de los derechos fundamentales, como el derecho a la vida, se reconoce al ser humano como persona desde el momento de la concepción y se penaliza el aborto en cualquier momento del embarazo.

Finalmente, el día 25 de marzo fue declarado por Decreto Legislativo 267–2005 como “Día del Niño No Nacido”. Esta festividad se celebra todos los años en el Congreso Nacional.

1 Catedrática en Ave Maria School of Law, Naples, Florida (Estados Unidos). Maestría en Leyes, Harvard Law School, Cambridge (Estados Unidos).

Existen estadísticas confiables respecto al hecho de que Honduras ha reportado una disminución de aproximadamente el 40% en la mortalidad materna desde 1990 hasta la fecha. Este gran logro desde el punto de vista de salud pública se dio sin legalizar el aborto, como actualmente recomiendan varios organismos internacionales, sino a través de un incremento en los números de profesionales de la salud como médicos (52%), enfermeras en la atención del parto y mayor disponibilidad de servicios básicos de salud.²

Estos datos demuestran que la verdadera necesidad de los países más pobres de la región en cuanto a salud materna, es la de políticas de mejoramiento de los servicios básicos de salud y no la legalización del aborto. Igualmente, el hecho de que Honduras haya aumentado las penas por aborto, derogado los abortos no punibles y otorgado mayor protección a la persona por nacer, ilustra que la existencia de legislación pro vida no sólo es compatible con la reducción de altas tasas de mortalidad materna sino que probablemente contribuya positivamente con ella.

A. Organización política y legal

La República de Honduras existe como tal desde 1821. Su forma de gobierno es republicana, democrática y representativa³. Se ejerce por tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, complementarios e independientes y sin relaciones de subordinación.

La actual Constitución data de enero de 1982. La Constitución de la República establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado y que la dignidad del ser humano es inviolable. En su artículo 111, establece que la familia, el matrimonio, la maternidad y la infancia están bajo la protección del Estado.

El proceso de formación de Ley en el país se resume de la siguiente manera⁴:

- 1) Tienen Iniciativa de Ley los Diputados del Congreso Nacional, el Presidente de la República, los Secretarios de Estado (Ministros), la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Nacional de Elecciones (los dos últimos únicamente en asuntos de su competencia).
- 2) Elaboración del Proyecto de Ley: exposición de motivos (parte expositiva) y proyecto de decreto (parte dispositiva).
- 3) El Congreso Nacional remite el Proyecto de Ley a una Comisión de Diputados.

2 The World Bank, *Reducing Maternal Mortality*, Marjorie A. Koblinsky ed, 2003, 51-62.

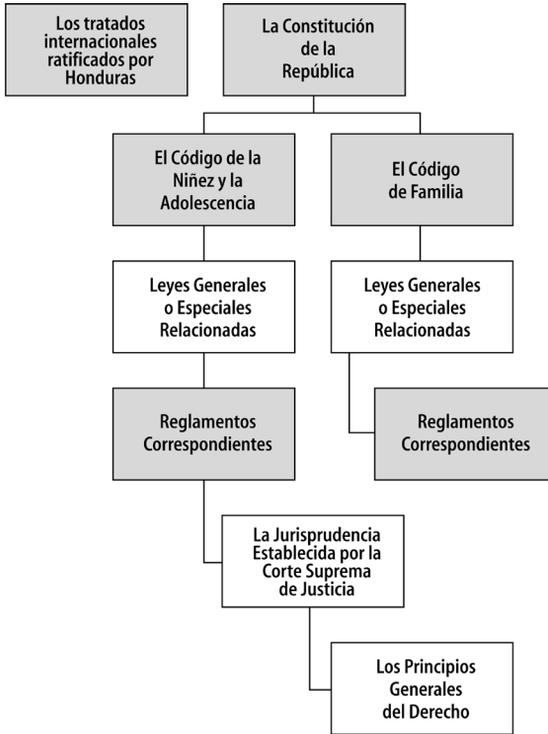
3 Constitución, artículo 4.

4 <http://www.congreso.gob.hn/proceso-legislativo/proceso-de-formacion-de-ley>



- 4) Si el Proyecto versa sobre reforma o derogación de artículos contenidos en los Códigos de la República, la Comisión de Diputados deberá obtener un dictamen u opinión de la Corte Suprema de Justicia previo a su aprobación.
- 5) La Comisión de Diputados emite un Dictamen sobre el Proyecto de Ley.
- 6) El Proyecto de Ley se somete a debate en el pleno del Congreso.
- 7) Se llevarán a cabo tres debates efectuados en distintos días, a menos que el pleno vote a favor de la aprobación del Proyecto en un único debate.
- 8) Agotada la discusión se procede a la votación. El Proyecto de Ley se aprueba por mayoría simple (la mitad más uno).
- 9) El Presidente y Secretarios del Congreso emiten el Decreto de aprobación del Proyecto y lo remiten al Poder Ejecutivo para su sanción y promulgación, a más tardar tres días después de haber aprobado el Proyecto de Ley.
- 10) El Presidente de la República puede ratificar el Proyecto de Ley aprobado, devolverlo al Congreso para su reconsideración o vetarlo ejerciendo su derecho de veto constitucional.
- 11) La promulgación consiste en la publicación en periódico oficial La Gaceta, momento a partir del cual la Ley se considera vigente y de cumplimiento obligatorio.

La jerarquía del Derecho hondureño aplicable al no nacido puede ilustrarse de la siguiente manera:



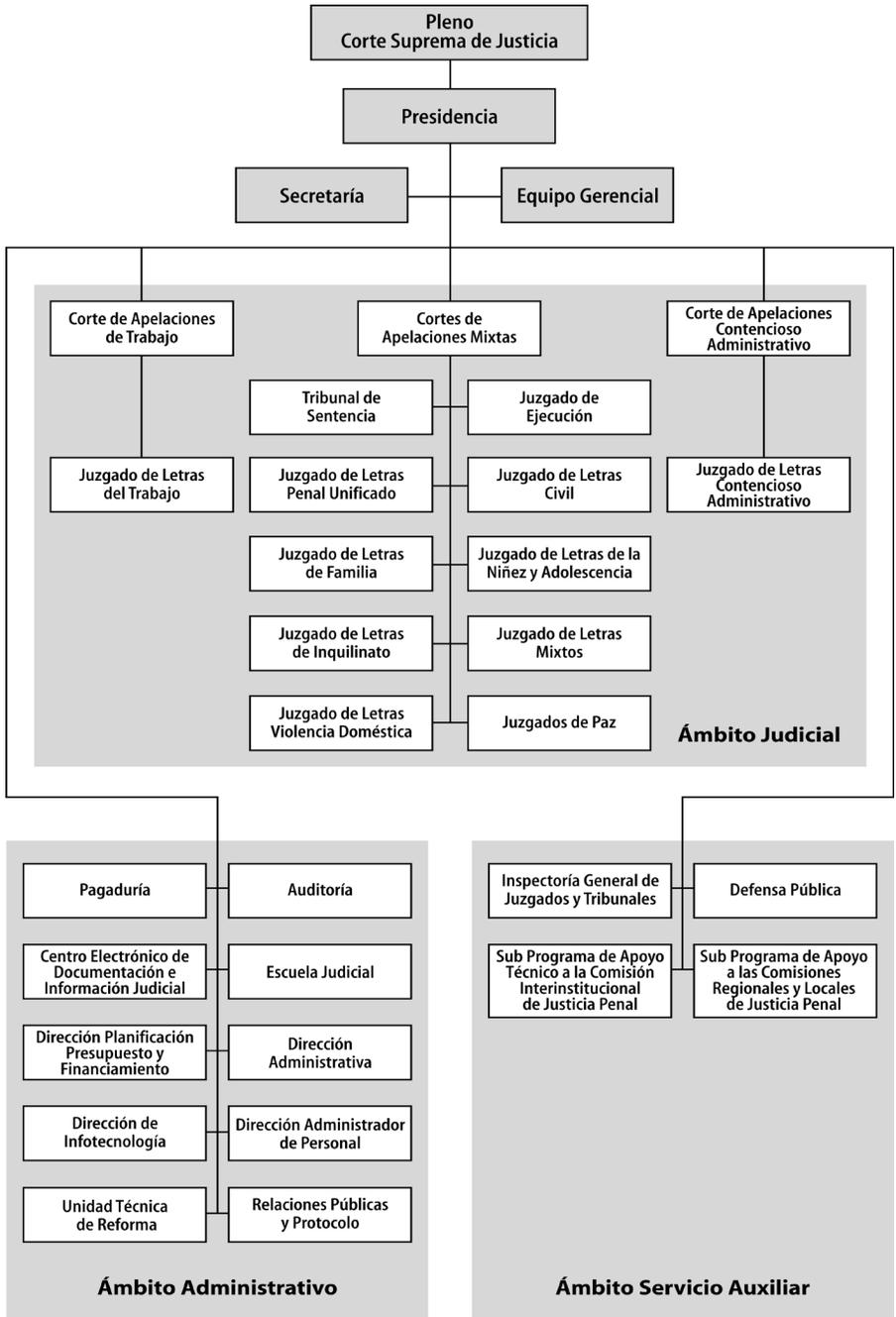
La estructura del Poder Judicial en Honduras puede ilustrarse mediante el esquema de la página siguiente.⁵

B. Protección legal del no nacido en la legislación nacional y declaraciones pro vida en conferencias internacionales

Tanto la Constitución hondureña como la normativa nacional vigente hacen un reconocimiento de los derechos del niño no nacido en la órbita de su consideración de persona humana y en la de la protección que la misma merece en su condición de tal.

El artículo 67 de la Constitución de la República de Honduras señala que “al que está por nacer se le considerará nacido para todo lo que le favorezca dentro de

5 Fuente: <http://www.poderjudicial.gob.hn/>



los límites establecidos por la Ley”, manifestando el valor fundamental de la vida del niño no nacido, por su existencia como persona y por su estado manifiesto de indefensión que requiere de la especial protección del Estado.

Asimismo, la Constitución de la República establece que el derecho a la vida es inviolable y que este derecho corresponde a todos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, religión, posición económica, estado de salud o cualquier otra condición (artículo 60). Los artículos 61 y 65 garantizan también la inviolabilidad del derecho a la vida.

Además, el Código de la Niñez y la Adolescencia, en su artículo 12 reconoce que la vida de toda persona comienza desde el momento de la concepción: “Todo ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción. El Estado protegerá este derecho mediante la adopción de las medidas que sean necesarias para la gestación, el nacimiento y el desarrollo ulterior de la persona se realicen en condiciones compatibles con la dignidad humana”. Asimismo, el artículo 13 prescribe la obligación estatal de proveer “a la madre y el niño, en la etapa prenatal, natal y postnatal atención médica especializada y, en caso de necesidad apoyo alimentario”.

Para propósitos de Derecho Civil, es decir, derechos civiles, como el de obtener un certificado de nacimiento o ser sujeto de herencias testamentarias, el artículo 51 del Código Civil reconoce al niño como persona jurídica únicamente a partir de su nacimiento.

Para propósitos de los derechos fundamentales, como el derecho a la vida, sin embargo, se reconoce al ser humano como persona desde el momento de la concepción y se penaliza el aborto en cualquier momento del embarazo, de acuerdo al Código de la Niñez y Adolescencia y al Código Penal vigente. De la misma manera, el Código Penal, en su artículo 153, permite también alimentos para la víctima de violación sexual y para “los concebidos” como consecuencia del acto de violencia.

Finalmente, el día 25 de marzo fue declarado por Decreto Legislativo 267–2005 como “Día del Niño No Nacido”. Esta festividad se celebra todos los años en el Congreso Nacional.

Por otra parte, varios instrumentos internacionales adoptados por Honduras afirman el deber de protección de la vida del niño no nacido, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 que establece en su artículo 4 numeral 1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

Igualmente, la Declaración de los Derechos del Niño, firmada por Honduras,



proclama que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, y 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”, principio que la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Honduras, reafirma en su preámbulo.

A nivel internacional, Honduras ha tenido un papel activo a favor de la vida y la familia en las conferencias internacionales de Beijing y Cairo⁶, donde el país hizo declaraciones de reserva específicas respecto a la interpretación del vocablo “derechos reproductivos”, entre otros, afirmando que en ningún caso incluiría el aborto o interrupción del embarazo como legítimo servicio de salud.

En la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo realizada en Cairo, Egipto, en 1994, Honduras formuló una declaración de reserva expresando que, en virtud de sus leyes nacionales y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, únicamente aceptaría los conceptos de ‘planificación familiar’, ‘salud sexual’, ‘salud reproductiva’, ‘maternidad sin riesgo’, ‘regulación de la fertilidad’, ‘derechos reproductivos’ y ‘derechos sexuales’, cuando en los mismos no se incluya el aborto o la interrupción del embarazo, ya que Honduras no acepta estos como acciones arbitrarias ni como medios de regulación de la fecundidad o de control poblacional⁷.

Igualmente, en la Conferencia Internacional de la Mujer realizada en Beijing, China, en 1995, la delegación de Honduras declaró que en base a sus leyes nacionales de protección al no nacido y en base a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el gobierno 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. En este sentido, Honduras comparte los conceptos relativos a la salud reproductiva, salud sexual y planificación familiar en la Plataforma de Acción, siempre y cuando no se incluya el aborto o la interrupción del embarazo como método de planificación.⁸

C. Penalización total del aborto en legislación nacional hondureña

En Honduras, el aborto intencional y provocado es punible bajo cualquier circunstancia, no existiendo actualmente excepciones de abortos no punibles.

6 Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing, China (4–15 de septiembre de 1995) y Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en Cairo, Egipto (septiembre de 1994).

7 Disponible en http://www.unfpa.org/py/download/pdf_cairo.pdf

8 Ver <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

Las últimas reformas al Código Penal de Honduras tipifican al aborto como un delito contra la vida y la integridad corporal, en los siguientes términos:

El aborto es la muerte de un ser humano en cualquier momento del embarazo o durante el parto.

Quien intencionalmente cause un aborto será castigado: 1) Con tres (3) a seis (6) años de reclusión si la mujer lo hubiese consentido; 2) Con seis (6) a ocho (8) años de reclusión si el agente obra sin el consentimiento de la madre y sin emplear violencia o intimidación; y 3) Con ocho (8) a diez (10) años de reclusión si el agente emplea violencia, intimidación o engaño.⁹

Las últimas reformas al Código Penal ampliaron la definición de aborto y aumentaron las penas. Anteriormente, dicho artículo estaba redactado como a continuación se indica:

El aborto es la interrupción del embarazo mediante la expulsión prematura y violenta del producto de la gestación o su interrupción en el vientre materno. Quien de propósito causare un aborto será castigado: Con dos a tres años de reclusión, si la mujer lo consintiere; Con tres a cinco años de reclusión, sin el consentimiento de la mujer; Con cinco a ocho años, si emplea violencia, intimidación o engaño.¹⁰

La reforma amplió la definición de aborto, cambió la terminología referente al no nacido (de llamarle “producto de la gestación” a “ser humano”) y aumentó las penas por el delito de aborto voluntario.

Sanciones

Cualquier individuo, sea profesional de la salud o no, podrá ser sujeto de responsabilidad penal por el delito de aborto, de acuerdo al artículo 126 del Código Penal vigente. El anterior Código de 1985 establecía únicamente penas civiles: “Se

9 Artículo 126 del Código Penal vigente, reformado mediante Decreto 191–96 del 31 de octubre de 1996. Mediante este Decreto, el Congreso emitió reformas al Código Penal, publicadas en el Diario Oficial “La Gaceta” el 8 de Febrero de 1997, entrando en vigor veinte días después de su publicación, el 28 de Febrero de 1997.

10 Ver artículo 126, Código Penal de 1985, Decreto número 144–83. Disponible en http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/hnd/sp_hnd-int-text-cp.pdf

impondrán las penas señaladas en el artículo anterior con multa de mil a tres mil lempiras el médico que abusando de su profesión practicara abortos. Lo mismo se aplica para los practicantes y paramédico”.¹¹

Además, el artículo 127 prevé penas civiles adicionales para el personal de salud que coopere con un aborto:

Se impondrán las penas señaladas en el artículo anterior y la de multa de quince mil (L. 15,000.00) a treinta mil Lempiras (L. 30,000.00) al médico que, abusando de su profesión, causa o coopera en el aborto. Las mismas sanciones se aplicarán a los practicantes de medicina, paramédicos, enfermeros, parteros o comadronas que cometan o participen en la comisión del aborto.¹²

Asimismo, la Ley prevé sanciones para la madre que aborte a su hijo no nacido. El artículo 128 del Código Penal dispone que “la mujer que produzca su aborto o consienta que otra persona se lo cause, será sancionada con reclusión de tres (3) a seis (6) años”.¹³ El anterior Código de 1985 establecía penas menos severas: “La mujer que produjere o consintiera practicarse un aborto será penada con dos a tres años de reclusión”.¹⁴

El Código Penal también penaliza el “aborto preterintencional”, ocurrido a causa de actos de violencia contra la mujer que resulten en aborto involuntario, en su artículo 132: “Quien por actos de violencia ocasionare el aborto, sin propósito de causarlo, constándole el estado de embarazo de la ofendida, será sancionado con reclusión de cuatro (4) a seis (6) años”.¹⁵ El anterior Código de 1985 establecía penas menos severas: “Quien con actos de violencia produjere un aborto, sin ánimo de hacerlo, con conocimiento del estado de embarazo de la ofendida, será sancionado con reclusión de uno a dos años”.¹⁶

Por otro lado, el nuevo Código Procesal Penal de Honduras, en su artículo 25 estipula que el delito es perseguible de oficio, es decir, que sin necesidad de la

11 Ver artículo 127, Código Penal de 1985, Decreto número 144-83. Disponible en http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/hnd/sp_hnd-int-text-cp.pdf

12 Reformado mediante Decreto 191-96 del 31 de octubre de 1996.

13 Ver artículo 128, Código Penal de 1985, Decreto número 144-83. Disponible en http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/hnd/sp_hnd-int-text-cp.pdf

14 Reformado mediante Decreto 191-96 del 31 de octubre de 1996.

15 Reformado mediante Decreto 191-96 del 31 de octubre de 1996.

16 Ver artículo 132, Código Penal de 1985, Decreto número 144-83. Disponible en http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/hnd/sp_hnd-int-text-cp.pdf

intervención de una denuncia o querrela, el Ministerio Público puede procesar a los responsables del acto delictivo. Sin embargo, el artículo 28 faculta al Ministerio Público a “limitarse en la persecución del delito, cuando la pena aplicable al delito no exceda de cinco (5) años, la afectación del interés público sea mínima y, de los antecedentes y circunstancias personales del imputado, se infiera su falta de peligrosidad”. Por esta razón, la persecución del delito de aborto voluntario por parte de las autoridades públicas ha sido relativamente débil. No obstante, dicha discreción judicial no existe en todos los supuestos de aborto, ya que el artículo 445 del mismo Código establece que los delitos cuyas penas son mayores de 5 años, se consideran “graves”, como es el caso del aborto forzado.

Eliminación de excepciones por aborto no punible

Las últimas reformas al Código Penal eliminaron, mediante Decreto No. 191-96, el factor mitigante de responsabilidad penal conocido como “aborto *honoris causa*”, una anticuada disposición que fue eliminada en la reforma de 1997. Dicho artículo derogado establecía que:

Cuando, para ocultar su deshonra, la mujer produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, incurrirá en seis meses a un año de reclusión.¹⁷

Además, las disposiciones derogadas del antiguo Código Penal, en sus artículos 130 y 131, contemplaban la posibilidad de abortos no punibles en casos de violación, de discapacidad mental de la mujer ultrajada o en caso de que la ultrajada fuera menor de 15 años. También permitía el aborto terapéutico y el aborto eugenésico, destinado a “evitar el nacimiento de un ser potencialmente defectuoso”.¹⁸

17 Artículo 129, Código Penal de 1985, Decreto número 144-83. Disponible en http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/hnd/sp_hnd-int-text-cp.pdf

18 Artículo 130 (derogado): “El aborto que se practique para eliminar sin el consentimiento de la mujer, el producto de la violación, se sancionará de uno a seis años de reclusión. Cuando se realice con el consentimiento de la mujer de su marido, compañero de vida marital, o de sus padres o tutor cuando ella padeciere de una enfermedad mental o desarrollo psíquico incompleto, todos quedarán exentos de pena”.

Artículo 131 (derogado): “No será penado el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer y de las personas mencionadas en el artículo anterior para salvarle la vida o en beneficio de su salud seriamente perturbada o amenazada por el proceso



Sin embargo, dichos artículos nunca entraron en vigencia, pues fueron declarados inconstitucionales y derogados por el Congreso Nacional antes de la entrada en vigencia de las reformas de 1985, durante el período de *vacatio legis*, a través del Decreto 13-85 del 13 de Febrero de 1985, que decía:

Considerando: Que los artículos 130 y 131 del Código Penal que entrará en vigencia el 13 de marzo del corriente año, son inconstitucionales, por cuanto violan flagrantemente las garantías constitucionales contenidas en los artículos 65, 67 y 68 de la Constitución de la República.

Considerando: Que corresponde al Congreso Nacional, entre otras, la atribución siguiente: “1. Crear, decretar, interpretar, reformar y derogar las leyes”. Por tanto,

Decreta: Artículo 1.-Derogar los artículos 130 y 131 del Código Penal, comprendidos en el Libro II, Parte Especial, Título 1, “Delitos Contra la Vida e Integridad Corporal, Capítulo II. Aborto”. Artículo 2.- El presente Decreto deberá ser publicado en el Diario Oficial “La Gaceta” y entrará en vigencia a partir del trece de marzo de mil novecientos ochenta y cinco.¹⁹

Desde entonces, quedaron derogadas todas las excepciones al aborto en el Código Penal de Honduras, es decir, los supuestos de aborto no punible.

Subsidios

El Estado hondureño no subsidia los abortos provocados. Por ejemplo, el Reglamento de aplicación de la Ley del Seguro Social en su artículo 81 establece que “No se pagará el subsidio en caso de aborto provocado intencionalmente”.

de la gestación, o cuando se realice para evitar el nacimiento de un ser potencialmente defectuoso”.

19 Decreto disponible en <http://www.angelfire.com/ca5/mas/HON/PEN/REF/r01.html>). Interesa transcribir los artículos constitucionales que fundamentaron la derogación de ambos artículos:

Artículo 65: “El derecho a la vida es inviolable”.

Artículo 67: “Al que está por nacer se le considerará nacido para todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la Ley”.

Artículo 68: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas, ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

Objeción de conciencia

El Código de Ética del Servidor Público, en su artículo 32, establece el derecho de objeción de conciencia para los servidores públicos: “Al servidor público se le garantiza el derecho individual de objeción de conciencia, como derecho fundamental y como explicitación del derecho a la libertad, el respeto a la integridad física, moral y el derecho a la libertad de religión y de culto”. Sin embargo, no existen similares protecciones para empleados del sector privado.

Aborto farmacológico

La Secretaría de Salud dio inicio al Programa de Anticoncepción de Emergencia en el año 2002, a través del *Manual de Normas y Procedimientos de Atención Integral a la Mujer*, específicamente en el capítulo VI, denominado “Normas de Anticoncepción de Emergencia”.

El 2 de abril del año 2009, el Congreso Nacional de Honduras aprobó el Decreto 54–2009, que prohibía el uso del Píldora Anticonceptiva de Emergencia en los siguientes términos:

Decreta:

Artículo 1. Prohibir la promoción, el uso y cualquier política o programa relacionado con la Píldora Anticonceptiva de Emergencia (PAE), así como la distribución y comercialización de fármacos de anticoncepción de emergencia en farmacias, droguerías o cualquier otro medio de adquisición.

Artículo 2. Prohibir, de igual manera, la difusión por cualquier medio de la fórmula del método anticonceptivo de emergencia.

Sin embargo, el Presidente Manuel Zelaya Rosales vetó el Decreto Legislativo devolviéndolo al Congreso Nacional por inconstitucional. La legislación hondureña ordena que cuando el Veto Presidencial sobre un Decreto Legislativo se produce por razones de inconstitucionalidad antes de volverse a discutir en el Congreso Nacional se debe escuchar la opinión de la Corte Suprema de Justicia, por lo que el Congreso Nacional remitió el Decreto 54-2009 a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema el 20 de mayo del 2009 para su pronunciamiento.

En noviembre del 2011, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia emitió dictamen concluyendo que el Proyecto de Decreto 54-2009, prohibitivo de la Píldora Anticonceptiva de Emergencia no es inconstitucional y remitió de nuevo el Decreto al Congreso Nacional de la República para su aprobación, la cual, hasta julio del 2012, se encuentra pendiente.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se expresó en los siguientes términos:



Considerando que nuestro ordenamiento jurídico garantiza y promueve la protección del bien jurídico más valioso, que es la vida humana y tomando en cuenta el mecanismo de acción de la píldora del día después y dependiendo del momento en que actúe, resulta materialmente imposible determinar si la misma impedirá la concepción o si por el contrario, una vez producida ésta, la píldora evitará la implantación del cigoto, es decir, un nuevo ser humano, pero si una vez dada la fusión del espermatozoide con el óvulo con la consecuente formación del cigoto se evita la implantación, entonces este mecanismo reacción se convierte en método abortivo.

Para fines prácticos y ante la imposibilidad de determinar el momento preciso en que la píldora actuará, somos de opinión que la misma debe ser considerada como abortiva, para de esta manera evitar la controversia generada por el mecanismo de acción de la misma.²⁰

Asimismo, en fecha 24 de octubre del 2009, el Secretario de Estado en los Despachos de Salud, emitió un Acuerdo Ejecutivo 2744 prohibiendo bajo los mismos términos la Pastilla Anticonceptiva de Emergencia.

D. Organizaciones no gubernamentales e incidencia política

La Iglesia Católica ha sido gran promotora del derecho a la vida del niño no nacido desde hace varias décadas.²¹ En el año 1984, la Conferencia Episcopal de Honduras se pronunció a favor del derecho a la vida de los no nacidos en una Declaración Pastoral.²² En ella denunció la despenalización parcial del aborto en el Código Penal de aquel entonces, ya que, entre otros, eximía de pena al aborto “terapéutico” (en instancias donde peligra la vida de la madre) y al aborto por causa de detección de enfermedades congénitas en el feto y despenalizaba parcialmente el aborto del no nacido producto de una violación.

La Iglesia “condenó fortísimamente” este hecho, y recalcó su doctrina al respecto. Los Obispos explicaron que la previsión de un feto mal formado, no es causa legítima para justificar el aborto, ya que los niños discapacitados desde su nacimiento tienen igual derecho de vivir, e igual dignidad como seres humanos. En el caso del aborto terapéutico, se mostraron escépticos ante la dramática

20 Dictamen. Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia de la República de Honduras, Tegucigalpa, Municipio del Distrito Central, 28 de noviembre de 2011.

21 Conferencia Episcopal de Honduras, Declaración sobre el Aborto, 19 de enero de 1974.

22 Declaración Pastoral de la Conferencia Episcopal de Honduras sobre el Derecho a la Vida de los No Nacidos. 3 de mayo de 1984.

situación en que se tenga que decidir entre la vida del feto o la de la madre, gracias a los adelantos de la medicina moderna y calificaron como “homicidio” la intervención médica o quirúrgica que intente directamente interrumpir el embarazo. Se pronunciaron de igual manera en el caso de la mujer violada, condenando ese hecho pecaminoso, pero expresando que “La injusticia perpetrada contra ella no puede ser borrada con otra injusticia peor”.²³

La oposición moral de la Iglesia tuvo significativa influencia en las últimas reformas al nuevo Código Penal y también en la adopción del Código de la Niñez y la Adolescencia, en la que anteriormente se habían propuesto cláusulas que favorecían el acceso de niñas adolescentes al aborto. Estas acciones se ampararon en el artículo 67 de la Constitución de la República, que establece que “Al que está por nacer se le considerará nacido para todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la Ley”.

En cuanto a la existencia de actividades sociales promotoras de la vida, la Iglesia proporciona una serie de servicios de salud pública, especialmente en las zonas rurales del país. La Pastoral de la Mujer coordina su trabajo con la Pastoral de la Salud en proveer consultas médicas materno–infantiles en dichas comunidades. Estas Pastorales también trabajan con promotoras de salud en las distintas comunidades y centros de salud del país, haciendo énfasis en la medicina preventiva y la salud comunitaria (por medio de la Pastoral de la Salud y la Vicaría de la Salud de la Arquidiócesis). Otras organizaciones afiliadas a la Iglesia Católica trabajan con la salud sexual de la mujer y la pareja, como ser RENAFE–MOB, que instruye a las parejas sobre el método de regulación natural de la fecundidad (o método de ovulación Billings), las Obras Misionarias Pontificias, la Clínica Aragua ubicada en la aldea de Zambrano, que da atención médica, formación en salud y un botiquín comunitario a las mujeres de la comunidad.²⁴

Asimismo, la Pastoral Social de la Iglesia, Cáritas, educa a mujeres de sectores rurales o marginales sobre la prevención del cáncer de cérvix mediante la práctica periódica de la citología y sobre la importancia del control prenatal, e imparte talleres sobre métodos naturales de espaciamiento de embarazos, principalmente el de método de ovulación Billings. En los centros de salud, Cáritas trabaja en coordinación con promotoras de salud, enfermeras, auxiliares que ayudan con la formación de la población y los datos estadísticos.

23 Conferencia Episcopal de Honduras, Declaración sobre el Aborto, 19 de enero de 1974.

24 Ligia M. De Jesús, *La Iglesia Católica y los Derechos de la Mujer en Honduras*, Especialidad en Derechos Humanos, tesis, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 2000.



Por otra parte, existen varias organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales, que promueven en el país agendas ideológicas contrarias a la familia y a los valores tradicionales del pueblo hondureño, las cuales buscan –entre otros objetivos– legalizar el aborto, rechazando la formación moral de niños y adolescentes.

Una de las iniciativas promovidas recientemente es la introducción subrepticia en el mercado farmacéutico hondureño de la Píldora Anticonceptiva de Emergencia (PAE), dirigida a adolescentes y mujeres jóvenes por la Secretaría de Salud junto con reconocidas organizaciones internacionales, tales como, la Asociación Hondureña de Planificación Familiar (ASHONPLAFA), organización afiliada de la IPPF (International Planned Parenthood Federation) en nuestro país y Marie Stopes Honduras.

Otra iniciativa ha sido la campaña de lobbying que actualmente realiza UNFPA (Fondo de Población de Naciones Unidas) y otras ONGs abajo mencionadas en el Congreso Nacional a favor de la aprobación del Protocolo Facultativo de la CEDAW. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) fue aprobada por nuestro país, según decreto número 979 del 14 de Julio de 1980, por la Junta Militar de Gobierno en Consejo de Ministros. El Comité de la CEDAW, ha ejercido presión sobre al menos 58 países para que legalicen el aborto, a pesar de que la Convención ni siquiera menciona la palabra “aborto” en ninguno de sus artículos.

Por ejemplo, en agosto del 2007, en la catorceava ronda de sesiones ordinarias del Comité, donde el Estado de Honduras presentó su informe en relación a la CEDAW, el Comité de la CEDAW criticó duramente a la República de Honduras en Nueva York por sus “leyes pro vida”, indicándoles que la prohibición total del aborto en el país constituía “un crimen”.²⁵ Cuando la delegación hondureña respondió indicando que los esfuerzos del gobierno estaban encaminados a la prevención de embarazos en la adolescencia, los miembros del Comité Silvia Pimentel y Heisoo Shin alegaron que había situaciones donde la prevención no era suficiente.²⁶ Pimentel indicó que no entendía la posición de Honduras en contra del aborto y “de poner los intereses de un feto sobre aquellos de la mujer”, por lo que la delegación hondureña respondió citando los textos de los artículos 65 y 67 constitucionales. Con respecto al artículo 12 de la CEDAW, Heisoo Shin, dijo que “niñas y mujeres estaban muriendo en Honduras debido a los abortos no

25 Noticia disponible en http://www.c-fam.org/publications/id.525/pub_detail.asp

26 Idem.

seguros”. Agregó que cuando una ley prohíbe el aborto de manera absoluta, aún en caso de violación o incesto, o cuando el embarazo pone en peligro la vida de la madre, “es un crimen” dejar morir a la mujer. Expresó que “este crimen debe ser combatido”.²⁷

ONGs pro vida en Honduras

- Comité Pro Vida de Honduras (Tegucigalpa). Presidenta Michelle Zacapa.
- Comité Pro Vida de Honduras (Comayagua). Presidenta Marcela Alfaro-Stengel.

El Comité Pro vida de Honduras, es una organización sin fines de lucro que defiende la vida humana desde la concepción hasta la muerte natural. Denuncia el aborto como contrario al derecho a la vida y la dignidad del ser humano de acuerdo a una ética Católica y cristiana. La organización ha realizado labor de incidencia política en reformas del Código Penal, denunciando los intentos de despenalización o aceptación jurídica del aborto. Asimismo, realiza actividades de educación y promoción del mensaje pro vida en colegios y escuelas de zonas urbanas y rurales en la capital y el departamento de Comayagua, universidades, patronatos, sindicatos, con elementos de policía, en cárceles, centros religiosos y demás, a través de cursos, seminarios, conferencias, congresos, stand informativos, etc. Pro Vida también ofrece consejería y apoyo espiritual a mujeres con embarazos no deseados o en estado de crisis y las asiste con recursos materiales durante su embarazo. Se les proporciona desde apoyo moral, hasta techo, comida, ropa o trabajo, de manera que puedan mantener a su bebé por sí mismas, ya que la mayoría de ellas son menores de edad que han sido rechazadas por sus familias o sus parejas, producto de los prejuicios sociales. A estas madres adolescentes se les ofrece techo en un albergue para madres adolescentes denominado “Donde María”, donde permanecen antes y después del embarazo.

El Comité Pro Vida entrega canastas equipadas de ropa de bebé, pañales y artículos para la madre en sus oficinas y en los hospitales públicos de la capital. El 25 de marzo Pro Vida celebra públicamente el Día del Niño no Nacido y celebra una misa especial para ellos en la Iglesia La Catedral Metropolitana, donde a la vez se hace una oración especial por las mujeres embarazadas y por las mujeres que no pueden quedar embarazadas y se entregan estampas de la Virgen María.

27 Idem.

ONGs pro aborto en Honduras

- Centro de Derechos de la Mujer (CDM)
- Marie Stopes Honduras
- Centro de Estudios de la Mujer – HONDURAS (CEM-H)
- Centro de Estudios y Acción para el Desarrollo de Honduras (CESADEH)
- Red de Mujeres Jóvenes (REDMUJ)
- Acciones para el Desarrollo Poblacional (ADP)
- Red de Mujeres Adultas (REDMUCR)
- Colectivo de Mujeres Universitarias (COFEMUN)
- Marcha Mundial de las Mujeres, Comité Nacional Honduras
- Movimiento de Mujeres Socialistas, LAS LOLAS
- Comisión de Mujer Pobladora
- Convergencia de Mujeres de Honduras
- Centro de Prevención Tratamiento y Rehabilitación de Víctimas de la Tortura (CPTRT)

Lastimosamente, varias agencias de cooperación internacional y de la ONU, como USAID, UNFPA y OPS (Organización Panamericana de Salud), también promueven el aborto en Honduras, ya sea por medio de cabildeo político o bajo apariencia de proyectos de desarrollo.

Asimismo, varias agencias nacionales de gobierno, tales como el Instituto Nacional de la Mujer (INAM), la Asociación Hondureña de Planificación Familiar (ASHONPLAFA), el Comité para la Defensa de los Derechos Humanos en Honduras (CODEH) y el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos (CONADEH), promueven el aborto legal y la percepción de éste como un derecho humano.

E. Estadísticas

Debido a la fragilidad institucional del Instituto Nacional de Estadísticas, no existen estadísticas oficiales sobre aborto en el país. La Organización Panamericana de la Salud (OPS)²⁸ confirma esta falta de información disponible.²⁹

Organizaciones no gubernamentales pro aborto han hecho estimaciones de altas tasas de aborto en el país, sin embargo, éstas no han sido corroboradas

28 Organismo regional especializado en salud del sistema interamericano, encabezado por la Organización de Estados Americanos, y afiliada a la Organización Mundial de la Salud.

29 PAHO, Regional Health Observatory, Country Statistics. http://new.paho.org/hq/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=2471&Itemid=2408

oficialmente.³⁰ Por otra parte, sí existen estadísticas confiables respecto al hecho de que Honduras ha reportado una disminución de aproximadamente el 40% en la mortalidad materna desde 1990 hasta la fecha. Este gran logro desde el punto de vista de salud pública se dio sin legalizar el aborto, como actualmente recomiendan varios organismos internacionales, sino a través de un incremento en los números de profesionales de la salud como médicos (52%), enfermeras en la atención del parto y mayor disponibilidad de servicios básicos de salud.³¹

Estos datos demuestran que la verdadera necesidad de los países más pobres de la región en cuanto a salud materna, es la de políticas de mejoramiento de los servicios básicos de salud y no la legalización del aborto. Igualmente, el hecho de que Honduras haya aumentado las penas por aborto, derogado los abortos no punibles y otorgado mayor protección a la persona por nacer, ilustra que la existencia de legislación pro vida no sólo es compatible con la reducción de altas tasas de mortalidad materna sino que probablemente contribuya positivamente con ella.

II. Salud sexual y reproductiva

Actualmente, no existe una ley de salud reproductiva en el país, a pesar de varios intentos por lograr la aprobación de dichas normas por parte de ONGs activistas de derechos sexuales y reproductivos. Existen sin embargo, políticas de salud reproductiva aprobadas por el Poder Ejecutivo:

- **Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva** (financiado por el PNUD y dirigido por la Secretaría de Salud):³² El documento da un diagnóstico de la situación de la salud sexual y reproductiva en Honduras en el año 2010 y establece bases conceptuales sumamente generales para la implementación de ciertas bases y principios de salud sexual y reproductiva. Dichas bases conceptuales y principios enfatizan la planificación familiar y la información sobre la sexualidad humana al igual que la salud materno-infantil, y la “prevención del

30 Ver CLADEM, “Estudio Comparativo de la Regulación Jurídica del Aborto en América Latina Y el Caribe”, Septiembre 2009. Disponible en www.cladem.org

31 The World Bank, *Reducing Maternal Mortality*, Marjorie A. Koblinsky ed, 2003, 51–62.

32 Políticas Nacionales de Salud Sexual y Reproductiva, Secretaría de Salud de Honduras, Dirección General de Riesgos Poblacionales, Departamento de Salud Materno-Infantil, Comisión Nacional de Maternidad Saludable (1999).

aborto y el tratamiento de sus complicaciones”.³³ No contempla, sin embargo, el aborto como una práctica que debe ser legalizada. Los principios enunciados entre sus líneas de acción indican también un énfasis sobre la planificación familiar, la salud de la mujer durante el parto, embarazo y puerperio y la salud integral.³⁴

- **Política Nacional de la Mujer y II Plan de Igualdad y Equidad de Género de Honduras (2010–2022)**, Instituto Nacional de la Mujer (aprobada por la Secretaría de Salud).³⁵ Este extenso documento consiste esencialmente en una agenda política del movimiento feminista hondureño, cuyo canal gubernamental es actualmente el INAM. El documento hace énfasis en la necesidad de fomentar las cuotas de participación política del movimiento feminista en el gobierno y entes descentralizados. También pone énfasis en los derechos sexuales y reproductivos y menciona la penalización del aborto existente en el sistema penal del país como una amenaza para la seguridad de la mujer.³⁶ No obstante reconocer que no existen actualmente registros oficiales de abortos en el país, el documento afirma que el aborto voluntario es la segunda causa de egreso hospitalario después del parto desde inicios de los años ochenta, en base a estadísticas de ONGs feministas (CLADEM y CDM) y supuestamente de la Secretaría de Salud.³⁷ Establece como objetivo estratégico la promoción de los derechos sexuales y reproductivos (política 6) a través de programas de difusión de información sobre la sexualidad responsable. Plantea como objetivo estratégico la promoción del condón femenino y otros métodos anticonceptivos a través de la Secretaría de Salud.³⁸
- **Política de Salud Materno–Infantil**, Instituto Nacional de la Mujer. Este documento del Instituto Nacional de la Mujer del año 2002 menciona como principales causas de mortalidad materna en el país la hemorragia, los trastornos hipertensivos y la sepsis en el parto o

33 Políticas Nacionales de Salud Sexual y Reproductiva, p. 17.

34 Políticas Nacionales de Salud Sexual y Reproductiva, 24–26.

35 Aprobada por Decreto Ejecutivo número PCM–028–2010, Diario La Gaceta, 6 de julio de 2010.

36 P. 41.

37 Idem.

38 P. 45

puerperio, omitiendo el aborto de esa lista, tal vez debido a que, en aquel momento, todavía no se proponía dicho argumento como justificación para la despenalización del aborto.³⁹ Entre sus lineamientos principales, incluye el objetivo de garantizar la disponibilidad de métodos anticonceptivos y de aplicar un enfoque de género a todo lo relacionado con los “derechos” sexuales y reproductivos.⁴⁰ Otros lineamientos incluidos en el documento son ideológicamente neutros, como la promoción de la lactancia materna o la atención institucional calificada prenatal, del parto y post-parto.

- **Manual de Normas y Procedimientos de Atención Integral a la Mujer** (1999), Secretaría de Salud.⁴¹ Este manual, aprobado por Acuerdo No. 0966 de la Secretaría de Salud el 13 de abril de 1999, elaborado por el Ministerio de Salud con asesoría de organismos internacionales y del Population Council, una ONG que promueve el control poblacional, tiene como supuesto objetivo dar lineamientos generales a personal de salud sobre atención integral a la mujer en relación a su salud reproductiva, a fin de contribuir a la disminución de la mortalidad y morbilidad materna y perinatal. Contiene todos los elementos ideológicos del enfoque tradicional de salud reproductiva de los organismos internacionales y las ONGs de derechos reproductivos. Además, establece otras normas benignas de atención prenatal, atención del parto y puerperio y normas de atención durante la lactancia materna, entre otros.

La ejecución de éstas permanece sumamente débil en la práctica debido a la falta de recursos de los órganos de gobierno encargados de su implementación.

39 Política Nacional de Salud Materno Infantil, Gabinete Social, Secretaría de Salud, p. 10.

40 Idem, p. 16 a 18.

41 Secretaría de Salud, Dirección General de Riesgos Poblacionales, Departamento de Salud Materno-Infantil, Unidad de Atención a la Mujer (Asesoría de OPS/OMS, USAID y The Population Council), *Manual de Normas y Procedimientos de Atención Integral a la Mujer*, Tegucigalpa, 1999.



Colombia

Entre mentiras y defectos de argumentación. A propósito del denominado “Caso de aborto” en la jurisprudencia constitucional colombiana

Camila Herrera Pardo¹
Gabriel Mora-Restrepo²

I. Introducción

El 10 de mayo de 2006, después de un proceso judicial que duró meses y que involucró seis demandas distintas³ y dos sentencias inhibitorias previas,⁴ la Corte Constitucional colombiana declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 122 del Código Penal,⁵ correspondiente al tipo penal básico

1 Doctorando por la Universidad de Navarra (España). Profesora de Filosofía del Derecho, Universidad de La Sabana (Colombia).

2 Doctor en Derecho por la Universidad Austral (Argentina). Profesor de Teoría del Derecho e Interpretación Constitucional, Universidad de La Sabana (Colombia).

3 En su orden, las demandas son las presentadas por: Mónica Roa (14 de abril de 2005), Javier Oswaldo Sabogal y Óscar Fabio Ojeda Gómez (admitida el 27 de mayo de 2005), Mónica Roa, Pablo Jaramillo Valencia y Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana (estas demandas se presentaron en diciembre de 2005 y la Corte Constitucional decidió analizarlas conjuntamente mediante comunicado de 14 de diciembre del mismo año).

4 Se trata de las sentencias C-1299 de 2005, por medio de la cual la Corte Constitucional se abstiene de emitir un pronunciamiento de fondo sobre la demanda presentada por Mónica Roa en abril del mismo año, y la C-1300 de 2005, en el que la Corte se inhibe de proferir sentencia sobre la demanda presentada por Javier Oswaldo Sabogal y Óscar Fabio Ojeda. Los argumentos aducidos fueron vicios de forma, en el primer caso, e ineptitud sustancial de la demanda en el segundo.

5 Artículo 122 de la ley 599 de 2000 (Código Penal): “La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior”.

del aborto consentido, bajo el entendido de que la pena prevista en dicho artículo resultaba inconstitucional cuando la “interrupción del embarazo” se realizara en alguno de estos tres supuestos fácticos: (i) El peligro inminente de la vida o la salud de la mujer gestante; (ii) la presencia en el no nacido de “malformaciones incompatibles con la vida extrauterina”; y (iii) que el embarazo haya sido resultado de una acción constitutiva de los delitos de acceso carnal violento o abusivo, o inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Asimismo, la Corte declaró contraria a la Constitución la expresión “o en mujer menor de catorce años” del artículo 123 del Código Penal⁶ –que tipifica el aborto sin consentimiento–, de la totalidad del artículo 124⁷ –correspondiente a las circunstancias de atenuación punitiva y eventual inaplicación de la pena del delito del aborto que, curiosamente, contemplaba los mismos supuestos fácticos que la Corte excluyó de la órbita de penalización del artículo 122–.

Como es usual en este tipo de procesos, el caso en cuestión estuvo en el centro del debate público durante los meses que duraron los procesos, e incluso posteriormente, dado que la demora de cuatro meses, desde la adopción del fallo hasta la publicación del texto oficial de la sentencia, dio lugar a numerosas especulaciones sobre la amplitud y el alcance de la decisión,⁸ como tendrá ocasión de verse más adelante.

6 Artículo 123 de la ley 599 de 2000 (Código Penal): “El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años”.

7 Artículo 124 de la ley 599 de 2000 (Código Penal): “La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Parágrafo: En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto”.

8 Entre 14 de abril de 2005 y el 10 de mayo de 2006, los dos principales medios de opinión de Colombia –*El Tiempo* y *Revista Semana*– publicaron 460 artículos de prensa, editoriales y cartas de lectores. Entre mayo 11 y diciembre 31 se publicaron 413. Además, durante el proceso se presentaron 1081 intervenciones judiciales, algunas de las cuales fueron presentadas por grupos de hasta ciento ochenta personas, hecho inédito en toda la historia jurisprudencial colombiana. Todo ello sin contar las intervenciones remitidas por menores de edad y las más de cuatrocientas mil firmas que se enviaron a la Corte en señal de oposición a las pretensiones de los demandantes.

II. Los argumentos de las partes

Los argumentos planteados por los demandantes a favor de la despenalización del aborto podrían resumirse, básicamente, en los siguientes puntos:

- 1) La vida del *nasciturus* es ciertamente un interés jurídicamente protegido pero no tiene carácter de derecho.
- 2) La prohibición total del aborto vulnera los derechos fundamentales a la vida, libre desarrollo de la personalidad, libertad sexual y reproductiva, dignidad, salud, igualdad, los derechos de los menores de edad, la protección contra los tratos crueles inhumanos y degradantes y los compromisos estatales en materia de derechos humanos. Más concretamente:
- 3) La prohibición del *aborto terapéutico* supone una exigencia desproporcionada para la mujer a quien se obliga a sacrificar su vida y su salud continuando con un embarazo que, de hecho, es riesgoso para el mismo *nasciturus*.
- 4) La prohibición del aborto en aquellos supuestos en los que se presenten malformaciones incompatibles con la vida extrauterina supone una carga desproporcionada para la mujer, en la medida en que se le impone una restricción a su libertad sexual y reproductiva a favor de una vida gestante que no tiene futuro. Por lo demás, impone a la mujer gestante el deber de enfrentarse a la experiencia traumática de dar a luz a una “criatura monstruosa”, con lo que se somete a un trato vejatorio e indigno.
- 5) La prohibición del aborto en los casos de violencia sexual añade un nuevo drama a la ya trágica situación de la mujer violada, aumentando su sufrimiento. Más específicamente, se perpetúa la violación al obligar a la mujer a ser madre del hijo de su agresor. Esto no solamente vulnera la dignidad de la mujer sino que, además, desconoce el deber del Estado de combatir la violencia sexual, máxime en una situación como el conflicto interno colombiano en que la violación y demás formas de violencia sexual son empleadas como armas de guerra.
- 6) El desconocimiento del consentimiento de la mujer menor de catorce años frente al eventual aborto y la consecuente consideración de todo aborto realizado en menores de dicha edad como aborto no consentido, vulnera de modo grave los derechos de las niñas, que en lugar de ser sujetos preferenciales de la protección del Estado, se ven obligadas a continuar un embarazo para el cual no están física ni psicológicamente preparadas.
- 7) La prohibición total del aborto desconoce las recomendaciones y políticas del Comité de la CEDAW (Comité para la eliminación de la violencia

contra la mujer) y, por lo tanto, desconoce algunas fuentes vinculantes del Derecho Internacional que, por versar sobre los derechos humanos, se entienden vinculadas al Bloque de Constitucionalidad (en la medida en que son interpretaciones auténticas de un tratado internacional de derechos humanos suscrito por Colombia).

- 8) La prohibición total del aborto perpetúa una ideología patriarcal y misógina, que degrada a la mujer a la condición de vientre viviente y le impone el rol social de madre.
- 9) La Corte no se encuentra obligada por la jurisprudencia precedente por cuanto no existe cosa juzgada formal o material y las circunstancias jurídicas, sociales y culturales han variado notablemente.

Por su parte, los defensores de la norma impugnada sostuvieron:

- 1) El artículo 11 de la Constitución Política de Colombia establece la protección absoluta del derecho a la vida sin condicionamientos de edad, grado de desarrollo físico, salud, viabilidad, o circunstancias de concepción. Del mismo tenor son los mandatos contenidos en la Declaración Universal Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica y la Declaración de los Derechos del Niño.
- 2) El reconocimiento del principio del respeto de la dignidad humana, como pilar fundamental del ordenamiento jurídico, sólo tiene sentido dentro del marco de una concepción absoluta de la dignidad, es decir, en el reconocimiento de la valía intrínseca e inviolabilidad de todo ser perteneciente a la especie humana y en el reconocimiento de la humanidad como fundamento de los derechos. Por lo demás, en el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia se reconoce que son derechos fundamentales no solamente los expresamente señalados en sus disposiciones, sino todos los que sean inherentes a la persona humana, lo que equivale acudir a un criterio ontológico como fundamento de los mismos. Así pues, no se tienen derechos por ser un humano con ciertas condiciones, sino simplemente por ser humano.
- 3) El *nasciturus* es, desde el momento mismo de la concepción, un individuo de la especie humana diferenciado de la madre, de la que depende únicamente de modo accidental (dependencia ambiental). Más aún, es de común aceptación en la comunidad científica que el ser que se forma a partir de la unión del óvulo y el espermatozoide es un organismo genéticamente diferenciado de sus padres y claramente perteneciente a la especie humana.

- 4) Aceptar que el *nasciturus* tiene derechos pero de menor jerarquía que la madre supone establecer un criterio de discriminación en los derechos fundamentales que, por definición, corresponden a todos por igual.
- 5) La aceptación del aborto terapéutico implica una discriminación por razón de la edad y el desarrollo físico, a favor del más fuerte; la del “aborto por malformaciones” supone la introducción del criterio de calidad de vida como determinante de los derechos humanos, con lo que se discrimina a los más débiles; y el aborto en caso de violación supone la transferencia de la pena y de la culpa del violador al no nacido y, por otra parte, no tiene aptitud reparadora porque la muerte del *nasciturus* no “borra” la violación pasada.
- 6) En todo caso, la Corte Constitucional ya se había pronunciado de fondo sobre el aborto en cuatro ocasiones y, a pesar de que en algunas de ellas se decidió bajo la vigencia de otro Código Penal, opera la cosa juzgada material, toda vez que las disposiciones son prácticamente idénticas.

III. Repaso crítico a la opinión mayoritaria de la Corte Constitucional⁹

En esencia, la Corte Constitucional acogió los argumentos de las demandas, alejándose únicamente en lo que concierne al valor vinculante de las recomendaciones del Comité de la CEDAW y su pertenencia al bloque de constitucionalidad, aunque les reconoció un valor indicativo –retóricamente fuerte– de obligatoria consideración.

En lo relativo a su competencia para pronunciarse sobre un tema tratado expresamente en cuatro ocasiones y tangencialmente en otras ocho, la Corte estimó que no existía cosa juzgada formal en la medida en que las disposiciones –siendo prácticamente idénticas en sus enunciados– no pertenecían al mismo conjunto normativo (se había adoptado un nuevo Código Penal) ni aludían a la misma materia, por cuanto las normas variaban sutilmente en la redacción y contenían ligeras modificaciones en cuanto a la dosificación de la pena. Por otra parte, la Corte adujo la teoría de la “Constitución viviente” para justificar su distanciamiento de la ratio decidendi de las sentencias precedentes y la muy difícil tesis de que aquello que era constitucional hace menos de diez años pudiera dejar de serlo en el momento del fallo. En opinión de la Corte, se había producido una variación paulatina y clara en los criterios de la Corte, afirmación que, en realidad, debe

9 La decisión se encuentra en la sentencia C-355 de 2006, con ponencia conjunta de los magistrados Jaime Aratújo y Clara I. Vargas.

ser interpretada como consecuencia del cambio de magistrados del alto tribunal, ahora mayoritariamente a favor del aborto.

En lo relativo al problema de fondo, la Corte acudió a un criterio “salomónico” en el que, aparentemente, se concedió la razón a todas las posiciones. Así pues, estimó que como regla general la penalización del aborto está justificada por cuanto la vida del no nacido, si bien no es propiamente un derecho, es un interés jurídicamente protegido por el Estado (en el siguiente apartado se volverá sobre este crucial aspecto en la sentencia). Sin embargo, la protección general de la vida del *nasciturus* no puede prevalecer cuando desconoce gravemente los derechos fundamentales de la mujer que, a diferencia de los pretendidos derechos del no nacido, son auténticos derechos y no simplemente expectativas. En parte, el argumento de la Corte se sustentó en una supuesta “duda científica” sobre el comienzo de la vida humana, que trasladó luego como una incertidumbre jurídica sobre el comienzo del derecho a la vida. Según la Corte, en los supuestos señalados por la demanda la proporcionalidad existente en la generalidad de los casos se rompe y vulnera gravemente los derechos de la mujer a quien, siguiendo la opinión de los demandantes, se degrada a la condición de vientre viviente. El caso de la desproporcionalidad en el supuesto de violación fue objeto de especial insistencia por parte de la Corte, que en claro ejemplo de la falacia de conclusión inatente, consideró que el aborto era una medida necesaria de reparación de la dignidad de la mujer violada y de protección estatal contra los delitos de violencia sexual.¹⁰

Por otra parte, la Corte insinuó en el *obiter dicta* que el aborto constituía un derecho fundamental de las mujeres, y declaró –de modo *ultra petita*– la improcedencia de la objeción de conciencia institucional.

Cabe destacar también la inadecuada actuación procesal de la Corte que tardó más de cuatro meses en proferir la sentencia, es decir (algo que resulta completamente extraño en el Derecho de otros países), entre la adopción del

10 La falacia de conclusión inatente o *ignoratio elenchi* se da siempre que la conclusión del razonamiento no se deriva necesariamente de las premisas. El razonamiento de la Corte en este caso resulta falaz por cuanto procede de la siguiente manera: “Es necesaria la reparación de la dignidad de la mujer violada, *ergo* se debe despenalizar el aborto en caso de violación”. El problema argumentativo se halla en cierto “salto” en la demostración. En efecto, para concluir que la despenalización del aborto realizado en un caso de violencia sexual es consecuencia de la exigencia de reparar la dignidad de la mujer, es necesario demostrar primero que el aborto es una medida eficaz para tal propósito. Esto último no fue objeto de consideración por la Corte, quien simplemente asumió como cierta e indudable la aptitud del aborto.

fallo y la redacción y posterior divulgación de la sentencia. Durante ese lapso se pronunció en reiteradas ocasiones y de modo confuso, por medio de comunicados de prensa, lo que no está contemplado en los reglamentos como modo válido de promulgación de una sentencia. Esta situación se vio agravada por el hecho de que la constatación del contenido de los comunicados de prensa y las intervenciones de los magistrados en diferentes medios de comunicación, resultaron inconsistentes entre sí, por la tendencia de los jueces mayoritarios a “ampliar” en cada ocasión el contenido (entonces inaccesible) de la decisión.

En este mismo sentido, cabe decir que –según consta en el salvamento de voto de los magistrados Monroy y Escobar, del magistrado Tafur, y en las actas de las sesiones– los ponentes de la sentencia introdujeron elementos, en la redacción posterior de la sentencia, que jamás fueron discutidos en la Sala Plena. El más notorio de estos asuntos fue el de la improcedencia de la objeción de conciencia institucional frente al aborto.

La resolución de este caso a favor de las pretensiones de los demandantes exigió de la Corte el uso de distintas “estrategias” de argumentación para justificar su apartamiento de cuatro pronunciamientos de constitucionalidad directamente relacionados con la ilegitimidad del aborto¹¹ y con, al menos, otros ocho fallos¹² que reconocían la titularidad de derechos en cabeza del *nasciturus* y que abordaban el problema del inicio de la personalidad jurídica en el ordenamiento legal colombiano. Ante la contundencia de esa línea jurisprudencial, la Corte optó por evadir directamente los argumentos centrales que sustentaban las decisiones anteriores mediante la idea –esbozada somera y rápidamente– de que existen múltiples respuestas sobre el inicio de la vida humana, “cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional”.¹³ Formuló también, sin respaldo alguno de su aserto, el argumento según el cual la “vida” y el “derecho a la vida” constituyen dos situaciones distintas, por lo cual le era posible analizar la constitucionalidad o no de las normas demandadas.¹⁴ Presentó, en fin, como soporte de una pretendida “nueva concepción sobre el aborto en Colombia”, una selección cuidadosa de pasajes de salvamentos de voto –opiniones divergentes– contenidos en decisiones constitucionales anteriores.¹⁵

11 Concretamente las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, C-591 de 1997 y C-647 de 2001.

12 Sentencias T-223 de 1998, T-377 de 1998, T-727 de 2005, T-639 de 2005, T-128 de 2005, T-872 de 2004, T-501 de 2004, T-063 de 2004,

13 Sentencia C-355 de 2006, considerando 5.

14 Idem.

15 Un estudio a fondo del juego de argumentos de la Corte en esta sentencia puede verse

Como aspecto clave de la argumentación falaz contenida en la sentencia C-355 de 2006, está el viciado ejercicio de “ponderación de derechos”, en el que los magistrados intentaron sopesar dos “realidades” que previamente habían calificado esencialmente diferentes: el “derecho de libertad” de la mujer embarazada frente al “bien de la vida del *nasciturus*” (no necesariamente “derecho” aún) constitucionalmente protegido.¹⁶ Aunque en ocasiones la Corte intenta presentar la vida del no-nacido como un derecho, no deja de recordar constantemente que se trata siempre de una “vida en formación”, contrastable con la “vida ya formada” de la mujer embarazada.¹⁷ Tampoco duda en sostener que no hay equivalencia entre los “derechos a la vida y la salud de la madre respecto de la salvaguarda del feto”, para afirmar seguidamente la inconstitucionalidad de las medidas que protegen al no-nato.¹⁸

Asimismo, el ejercicio de ponderación que la Corte realiza está antecedido de una selectiva jurisprudencia extranjera que avala la despenalización del aborto (sin que se aluda acaso a jurisprudencia contraria), como al hecho de presentar con un cierto valor jurídico las *recomendaciones* hechas por los organismos internacionales de vigilancia y monitoreo de los derechos humanos (como el comité de la CEDAW) y los pronunciamientos *no jurisdiccionales* de entidades como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Son desde luego *sustentos no normativos* pero que, en la mente de los jueces mayoritarios, se erigen en las razones más contundentes para llevar a cabo el resultado final del ejercicio de ponderación: la prevalencia de los derechos de la mujer y el consecuente sacrificio de la vida del no nacido.

en MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, en esp. p. 155-214.

16 La Corte advierte, en efecto, que su juicio de constitucionalidad tiene como “punto de partida” su “afirmación contenida en el acápite cuarto de esta decisión, relativa a que la vida del *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido” (sentencia C-355 de 2006, considerando 10.1). La calificación de esa vida como “un bien” y no, en cambio, como un “derecho”, tiene implicaciones que van más allá de la mera semántica, como se puede advertir en las razones sucesivas esbozadas por la Corte en dicha sentencia.

17 El argumento es expresamente presentado por la Corte en la sentencia C-355 de 2006, considerando 10.1.

18 *Idem*.

IV. El salto mágico de la “despenalización” del aborto al “derecho fundamental al aborto”

Además del impacto en la opinión pública, la sentencia C-355 de 2006 ha representado un hito obligado en la historia jurisprudencial de Colombia y América Latina. El fallo constituye una reiterada pauta de un proceso de “liberalización de la política de género” en los países de la región, y como tal fue proyectado por la ONG internacional *Women’s Link Worldwide*, que promovió y patrocinó directamente la demanda del aborto. De hecho, la referida organización eligió a Colombia como país estratégico en la región por poseer un tribunal constitucional propenso al “activismo” y por ser una de las más influyentes cortes constitucionales del mundo hispano.

La influencia de la sentencia C-355 de 2006 en el posterior desarrollo de la política estatal sobre el aborto ha sido mayúscula. A partir de ella se han producido supuestos “desarrollos” de las disposiciones jurisprudenciales, dentro de los cuales cabe destacar la inclusión del aborto dentro del Plan Obligatorio de Salud (supuestamente en virtud del reconocimiento de su carácter de derecho fundamental), la prohibición de la objeción de conciencia institucional y de los funcionarios judiciales y las sanciones a los establecimientos públicos y privados que se nieguen a realizar este procedimiento.¹⁹

Un caso protuberante en este desarrollo fue la sentencia T-585 de 2010,²⁰ en donde la Sala Octava de la Corte Constitucional, en decisión de tutela (suscrita en mayoría por dos de los tres jueces que la componen), determinó que sobre la base de la sentencia que despenalizó el aborto, es decir, la C-355 de 2006, se había consagrado en Colombia, de forma “innegable”, un verdadero “derecho fundamental al aborto”, o un “derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo”.²¹

En esta sentencia sobresalen varios elementos que son particularmente importantes desde el punto de vista de la justificación o legitimidad de los fallos, es decir, que posibilitan reiterar una línea de análisis sobre la ideologización de las sentencias constitucionales en casos debatidos como el aborto, desde luego circunscritos a los graves defectos –de forma o fondo– que allí puedan ser evidenciados. Uno de tales defectos tiene que ver con el conocimiento público de la propia sentencia, de la que se tuvo noticia por un medio de comunicación antes

19 Véase, por ejemplo, la sentencia T-388 de 2009, M. P. Humberto Sierra.

20 M. P. Humberto Sierra.

21 Sentencia T-585 de 2010, *passim*.

de haberse publicado y notificado debidamente por la Corte Constitucional.²² Asimismo, por otra parte está el evidente salto que hace la Sala de Revisión de tutela –en contravía de la jurisprudencia de la Sala Plena, que goza de un valor jurídico superior– de la despenalización del aborto (y por lo tanto de su carácter excepcional, en los supuestos taxativamente señalados), a la consagración de un pretendido derecho fundamental al mismo. No deja de sorprender a este respecto que el denominado carácter “innegable” del derecho al aborto, planteado en la sentencia, haya tenido que ser “explicado” y “sustentado” por la Sala en no menos de veintidós ocasiones a lo largo de la redacción del fallo. Explicable, desde luego, porque ese supuesto carácter innegable no había sido siquiera sostenido someramente, o incluso implícitamente, por la Corte en el fallo de 2006.

La explicación que hace la Corte en la sentencia T-585 de 2010 está basada en la premisa según la cual en el 2006 se había consagrado la naturaleza fundamental del derecho a la autodeterminación reproductiva y que, por tanto, en 2010 se estaba puntualizando que el aborto “constituye un verdadero derecho fundamental”. El error de este aserto reside, sin embargo, en que el contexto en el que se aborda la autodeterminación reproductiva fue, en el fallo del 2006, las violaciones al Derecho Internacional Humanitario por embarazo forzado y esterilización involuntaria; y, en el contexto más general de tratados sobre derechos humanos, los métodos anticonceptivos impuestos sin consentimiento. Se alude también a la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de El Cairo, de 1994, pero circunscrita a su documento de programa de acción en el que se afirman los derechos reproductivos de la mujer en razón a la elección libre de número de hijos y el intervalo entre ellos. No se afirma allí, en cambio, y en ninguno de los documentos aludidos, que la “autodeterminación reproductiva” constituya una faceta o dimensión del supuesto “derecho fundamental al aborto”. Más aun, las eventuales interpretaciones que pudieran hacerse a este respecto fueron ya resueltas en el plano internacional. Por ejemplo, el Parlamento Europeo manifestó expresamente que en ningún caso la Conferencia avaló, sugirió, estableció o determinó que la salud reproductiva contiene una, por mínima que fuere, referencia al aborto.²³

22 La sentencia, en efecto, se dio a conocer el viernes 3 de diciembre de 2010, a las 10.05 p.m., en la página web del Diario *El Tiempo*. Sobre este y otros aspectos críticos de la sentencia T-585 de 2010, consúltese el “Incidente de nulidad” presentado por el Procurador General de la Nación, de 13 de diciembre de 2010 (disponible en la web: <http://www.procuraduria.gov.co/descargas/131210comunicacion.pdf>).

23 Parlamento Europeo, 4 de diciembre de 2003: Pregunta oral (H-0794/03) dentro del tiempo

Por su parte, el juez constitucional colombiano, en la sentencia C-355 de 2006, tampoco hace el salto indebido entre la autodeterminación reproductiva y el supuesto “derecho fundamental” al aborto, sino todo lo contrario. Afirma, en efecto, que “de las normas constitucionales e internacionales” estudiadas, referentes a los derechos fundamentales de las mujeres, “no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito”.²⁴ Por el contrario, afirma que requiere estudiar los límites de las políticas punitivas del legislador sobre el aborto, lo que hace seguidamente en la sentencia, para llevar finalmente a su *despenalización* en circunstancias excepcionales. La expresión, por tanto, “no se deduce de allí un mandato de despenalización del aborto”, fue cambiada o alterada por el juez del 2010 por la expresión “derecho fundamental” de la mujer para abortar.

De otra parte, en la sentencia T-585 de 2010 se ordena a las entidades prestadoras de salud que adopten un “Protocolo de diagnóstico rápido” en los casos en los que (i) los médicos adviertan la hipótesis de peligro para la vida o la salud, tanto física o mental, de la madre, o (ii) para los casos en los que la propia madre alegue estar incurso en dicha hipótesis. Esta orden está precedida de un aserto falso de la Corte, al considerar que la carencia de dicho protocolo significó que la solicitud “reiterada” de aborto, presentada por la mujer, llevó al desconocimiento de la “fase de diagnóstico del derecho fundamental”.²⁵ Por el contrario, en el expediente no hay constancia alguna de que la paciente haya solicitado a las entidades prestadoras de salud un procedimiento de aborto previo a la acción de tutela, ni hay tampoco constancia médica de amenaza o riesgo a su vida como consecuencia de su embarazo.²⁶ Asimismo, una vez instaurada la acción de tutela, el juez de primera instancia ordenó un examen médico y el

de preguntas como parte de la sesión de diciembre de 2003 de conformidad con la regla 43 del libro de procedimiento, de parte de Dana Scallon para el Consejo. En las actas de la sesión se lee: Posselt (PPE-DE): “¿El término salud reproductiva incluye aborto: sí o no?” – Antonione, Consejo: “No”.

24 Sentencia C-355 de 2006, considerando 7, *in fine*.

25 Sentencia T-585 de 2010, núm. II-30.

26 En el “Incidente de nulidad”, presentado por el Procurador General de la Nación (p. 26 y ss.), se alude a que la Corte Constitucional pudo haber “alterado” las pruebas del proceso, al constatar que una orden médica decía “amenaza de aborto” –en razón a los antecedentes de la paciente– en lugar de “indicación (o solicitud) de ‘aborto’”, como transcribió la Corte la indicación médica. El Procurador constata el hecho mediante comunicación telefónica con la propia médica tratante del caso, como allí se lee (cf. p. 27).

Instituto de Medicina Legal concluyó que la paciente gozaba de buen estado general de salud (y por lo tanto no contaba con al menos un requisito de ley para proceder al aborto), aunque aconsejaba una “valoración por ginecología”. El juez, siguiendo esta recomendación, ordenó un nuevo examen con un gineco-obstetra, quien reiteró que la paciente “no tiene en el momento ninguna enfermedad que ponga en peligro inminente su vida como lo consagra la ley para interrumpir el embarazo”.²⁷

El último aspecto relevante de la sentencia radicó en que el propio despacho del Magistrado ponente obtuvo conocimiento directo de que la mujer había abortado por fuera del sistema de salud.²⁸ Para el Procurador General de la Nación, por obvias razones, este hecho –luego de proferida la sentencia– constituyó una conducta delictiva que terminó siendo amparada y justificada por la Corte Constitucional.²⁹

V. Conclusión

Tanto la decisión, como el procedimiento seguido por la Corte en la deliberación, redacción y publicación de la sentencia C-355 de 2006, plantean muchos reparos jurídicos hasta el punto de haber sido causa de más de una solicitud de nulidad, aunque sin éxito. Sin duda el más grave de todos, que configura un notorio fraude procesal, consistió en haberse agregado al momento de la redacción del fallo –recuérdese, cuatro meses después de tomarse la decisión en Sala Plena–, un párrafo sobre la improcedencia de la objeción de conciencia institucional, asunto que no fue discutido por los jueces ni, por ende, sometido a votación. Esto se constata tanto en las Actas oficiales del proceso, como en las propias opiniones expresamente manifestadas por los jueces disidentes.³⁰ No sobra advertir que,

27 *Idem*, p. 15.

28 Sentencia T-585 de 2010 (I-17).

29 “Incidente de nulidad”, *cit.*, en especial p. 26 y 65.

30 En efecto, sostienen los magistrados Monroy y Escobar en su salvamento de voto conjunto a la sentencia C-355 de 2006: “Aclaremos que estas razones [por las cuales discrepan del fallo] se refieren exclusivamente a los asuntos debatidos y decididos en Sala Plena, y no a aquellos otros que, como la improcedencia de la objeción de conciencia institucional o la aplicabilidad inmediata de la sentencia sin necesidad de previa reglamentación, no fueron definidos dentro de las deliberaciones que llevaron a la adopción del fallo, como puede corroborarse con la lectura de las actas correspondientes”. También lo expresa el magistrado Tafur: “[e]n el presente salvamento no se abarcan aspectos no incluidos en dicha ponencia y

sobre la base de ese párrafo, la Corte ha venido desarrollando su jurisprudencia para anular el derecho a la objeción de conciencia, no sólo de instituciones –públicas o privadas–, sino de funcionarios judiciales.

Asimismo, el tratamiento dado al aborto que cuatro años más tarde realizó una Sala de Revisión Constitucional en la sentencia T-585 de 2010, denota no solo una carencia de compromiso y respeto por el precedente jurisprudencial, o un sometimiento al Derecho vigente, sino además la puesta en escena de un claro ejercicio injustificado de la actividad de los jueces, lo que lleva a afirmar que en casos como el aborto parecen existir “imposiciones ideológicas” o “agendas políticas” definidas. Pasar de una despenalización en tres circunstancias, al supuesto carácter iusfundamental del aborto, mediante la alteración de los hechos y pasando por alto los posibles delitos cometidos por la accionante, lleva a concluir que en casos como el presente no resulta posible determinar criterios de racionalidad de los fallos, los cuales sucumben ante la arbitrariedad de quienes ostentan un poder absoluto aunque se arropen de toga. Está por verse qué suerte corre –esta vez en la Sala Plena de la Corte Constitucional– el incidente de nulidad que la Procuraduría General de la Nación interpuso frente a dicha decisión.³¹

que, por ende, no constituyeron materia de análisis o discusión por la Sala Plena, como por ejemplo los relativos a temas trascendentales de especial incidencia como la improcedencia de la llamada objeción de conciencia institucional o la aplicabilidad de la sentencia, en forma inmediata y sin la necesaria reglamentación por el órgano constitucionalmente competente”.

31 En febrero de 2012 aparecen dos hechos relevantes de esta historia constitucional sobre el aborto. El primero fue la negativa de la Sala Plena (con tres votos disidentes y, curiosamente, con ponencia del mismo Magistrado de la sentencia impugnada[!]) frente al recurso de nulidad de la sentencia interpuesto por el Procurador General de Colombia, aludiendo entre otras cosas que la Sala de Revisión de Tutelas, que expidió la sentencia T-585 de 2010, mantuvo la línea jurisprudencial inaugurada en 2006 y, particularmente, que en aquella se “puntualizó” que, “si la interrupción voluntaria del embarazo es parte del derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva, de igual manera es de carácter fundamental”. El segundo hecho fue la sentencia T-841 de 2011 (dada a conocer hasta febrero 26 de 2012), con ponencia del mismo magistrado Sierra Porto (!) en donde la Corte reitera, sin mediar prueba alguna, que en Colombia existe un verdadero derecho fundamental al aborto desde 2006 y, así mismo, hace explícita la regla –que tampoco estaba contenida en la decisión original del 2006– según la cual el aborto puede llevarse a cabo a lo largo de todo el período de gestación, hasta los 9 meses de embarazo. Sentenció, con todo, que “en una etapa de gestación cercana al nacimiento debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de la causal de que se trate, de criterios médicos soportados en la condición

física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, del deseo de la misma” (el énfasis no está en el original). Con esta indicación, final, del “en todo caso del deseo” de la mujer gestante, se abre un nuevo y perturbador camino de una cada vez mayor apertura del tribunal constitucional al aborto, con menores requisitos, y en todo caso, como muestra de un cada vez mayor irrespeto del juez constitucional a la vida humana.



Brasil

Breve comentario sobre el impacto y trascendencia del aborto en las últimas elecciones presidenciales

Carlos Alberto Di Franco¹

Al igual que en la mayoría de los países latinoamericanos, el aborto en Brasil es considerado un delito. Así lo dispone su artículo 124 del Código Penal, incluyéndolo dentro de los llamados *delitos contra la vida*.²

Sin embargo, y como ocurre también en el resto de los países latinoamericanos, cada tanto surge la presión por la legalización de esta práctica.

Pero Brasil ha mostrado una gran resistencia a cambios de legislación en esta materia. Baste al respecto como ejemplo, la experiencia de las últimas elecciones presidenciales del pasado octubre de 2010, donde la población brasilera hizo sentir su fuerte rechazo ante las declaraciones de la entonces candidato a presidente, Dilma Rousseff.

En efecto, la amenaza de la segunda ronda en las elecciones presidenciales,³ movilizó al entonces presidente Lula da Silva a los fines de reforzar a su candidato oficial como respuesta a “una ola de rumores que circularon entre católicos y evangélicos”.

No se trataba de un simple rumor: Dilma Rousseff expresamente había manifestado en dos entrevistas periodísticas –con el periódico de San Pablo y con la revista Marie Claire en 2007– que estaba a favor de la legalización del aborto. Textualmente sus palabras fueron: “Creo que se debe despenalizar el aborto. Es

1 Licenciado en Derecho, Especialista en derecho brasileño y comparado, Director del Master em Jornalismo del Instituto Internacional de Ciencias Sociales (San Pablo, Brasil); Director del Departamento de Comunicación del Instituto Internacional de Ciencias Sociales; Profesor de Ética; Doctor en Comunicación por la Universidad de Navarra (España) y Director de Di Franco – Consultoría en Estrategia de Medios de Comunicación.

2 El artículo 128 del Código Penal autoriza la práctica del aborto en aquellos casos en que no haya otra manera de salvar la vida de la madre, o en caso de embarazo por violación, sin necesidad de presentar denuncia policial por la violencia sexual sufrida.

3 La candidata por el Partido de los Trabajadores, Dilma Rousseff no obtuvo en primera ronda más del 50 % de los votos (cifra necesaria para asegurarse el triunfo electoral sin necesidad de un ballottage), sino que obtuvo el 46,9 %.

un absurdo que en Brasil el aborto esté penalizado”.

Pero lo realmente importante no son las declaraciones de los políticos, sino la verdad de los hechos; lo realmente importante no es lo que el Jefe de Estado Mayor –o su candidato oficial– dice, sino lo que hizo y probablemente hará.

En este sentido, las declaraciones de Dilma Rouseff resultan coincidentes con el gobierno de Lula da Silva, su partido y sus candidatos, los cuales se han manifestado en numerosas ocasiones de forma favorable al aborto:

- En abril de 2005, en el Informe sobre el Tratado de Derechos Civiles y Políticos, presentado por Brasil ante la Comisión de Derechos Humanos, el gobierno del entonces presidente Luis Ignacio Lula da Silva, se comprometió a legalizar el aborto.⁴
- En agosto de 2005, el mismo gobierno entregó al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité de la CEDAW), perteneciente a la Organización de las Naciones Unidas, un documento en el que reconoce al aborto como un derecho humano de la mujer.
- En septiembre de 2005, a través de la Secretaría Especial de Políticas de la Mujer, el gobierno de Lula presentó al Congreso un sustituto para el proyecto de ley 1135/91, como resultado de la labor de la Comisión Tripartita, que se propone legalizar el aborto hasta el noveno mes de embarazo y por cualquier motivo, ya que con la eliminación de todos los artículos del Código Penal que penalizan el aborto en todos los casos, éste dejaría de ser delito.
- En septiembre de 2007 el Partido de los Trabajadores (PT)⁵ plantea en su programa partidario la despenalización del aborto y propone la atención médica de todos los casos a cargo del servicio de salud público, constituyéndose en el primer partido en Brasil que adopta este programa.
- En septiembre de 2009 el PT expulsa del partido a Luiz Henrique y Alfonso Bassuma, por estar en contra de la legalización del aborto.
- En febrero de 2010, el Cuarto Congreso Nacional del PT expresó su apoyo incondicional al 3er Plan Nacional de Derechos Humanos (PNDH3),⁶ y al Decreto N° 7.037/09, del 21 de diciembre de 2009, firmado por el

4 [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/571409ec0ae191d6c125703c00449ebd/\\$FILE/G0541021.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/571409ec0ae191d6c125703c00449ebd/$FILE/G0541021.pdf), párrafo 42.

5 Partido político al que pertenecen Lula da Silva y Dilma Rouseff

6 <http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>



entonces presidente Lula da Silva y la entonces ministro Dilma Rousseff, en el que se reafirma la despenalización del aborto.⁷ Este mismo Congreso elogió a la entonces Ministro de Administración como candidato oficial a la presidencia de Brasil del Partido de los Trabajadores.

- En junio de 2010, con el objetivo de evitar la investigación de las fuentes de financiación de organizaciones internacionales para la promoción y la legalización del aborto en Brasil, los líderes del PT y del partido de la base de aliados, boicotearon la creación del IPC que investigaría el asunto.

Todo lo expuesto demuestra que la legalización del aborto ha sido una prioridad para el PT, que no tuvo problemas en admitirlo durante la primera ronda electoral de 2010.

Pero la población brasileña reaccionó frente al intento de aquellos que trataron de imponer contra la sociedad y en nombre de la “democracia”, la eliminación del primer derecho humano fundamental: el derecho a la vida. Así, las declaraciones de Dilma Rousseff acerca de la despenalización del aborto tuvieron un fuerte impacto en la población brasileira, que manifestó su rechazo e hizo temer a la actual presidente su éxito electoral en el ballotage.⁸

En efecto, el último estudio de Datafolha⁹ fue elocuente: el 68 % de los brasileños está en contra del aborto.¹⁰

Es por ello que la legalización del aborto sería hoy y ahora, una demanda claramente antidemocrática. A pesar de las campañas de marketing emocional que se levantan en favor del aborto, no se entiende cómo podremos obtener una vida más justa y más digna (para los adultos), a costa de la muerte de otros (los no nacidos).

Sin perjuicio de todo lo expuesto, en las mencionadas elecciones del año 2010 el resultado fue positivo para Dilma Rousseff, quien luego de emitir su opinión respecto del aborto, se vio obligada a retractar sus dichos y a excluir de su agenda el tratamiento de la ley sobre la interrupción del embarazo. Más aún, el

7 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm

8 <http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/10/saiba-o-que-dilma-serra-e-marina-ja-disseram-sobre-o-aborto.html>

9 Datafolha Grupo Folha da Manhã, es un instituto de investigación que lleva a cabo encuestas de opinión pública y desarrolla estadísticas nacionales. Ver: <http://datafolha.folha.uol.com.br/sobre/historico.php>

10 http://datafolha.folha.uol.com.br/po/ver_po.php?session=558

secretario de comunicación del PT, André Vargas, afirmó públicamente que “fue un error” haber incluido la despenalización del aborto en el programa electoral del partido.¹¹

Únicamente las acciones que la actual presidente Dilma Rousseff lleve adelante durante el transcurso de su gestión gubernamental demostrarán si efectivamente respetará la voluntad de la mayoría de los brasileros que defienden el derecho a la vida.

11 <http://noticias.terra.com.ar/internacionales/pt-busca-suprimir-apoyo-a-aborto-para-evitar-choque-con-iglesias,b757bff6c0c7b210VgnVCM20000099f154d0RCRD.html>



Paraguay

Carlos Agustín Cáceres Sarubbi¹
Carmen Viviana Chavez de Talavera²

I. Introducción

La dignidad y la vida tienen un valor esencial universalmente reconocido, aunque no siempre igualmente protegido. Ello se debe principalmente a que, detrás de toda regulación jurídica, subyace una determinada concepción del hombre y de su dignidad.

Es por ello que resulta de tanta importancia conocer cuáles son las concepciones filosóficas, culturales y jurídicas plasmadas en la legislación y cómo estas influyen en la defensa y promoción de la vida.

En el presente trabajo profundizaremos sobre dos aspectos cuyo desarrollo legal se encuentra íntimamente ligado a la concepción que cada Nación tiene sobre la dignidad del hombre, estos son: la protección del derecho a la vida en general y la problemática del aborto en particular.

Sin embargo, antes de entrar en su desarrollo, estos temas pueden resumirse afirmando que (i) el reconocimiento de la dignidad de cada ser humano es un axioma fundamental de la Constitución paraguaya y, por tanto de toda ley positiva local, y (ii) que el derecho a la vida es el primer derecho establecido en

1 Estudiante e investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (Paraguay). Fue Director de Operaciones de la World Youth Alliance Latin America (2007–2009) y actualmente miembro de esa institución desde donde desarrolla actividades sociales y advocacy en la promoción de la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos. También trabajó en Programas de Desarrollo Rural y Juventud para Agencias de Cooperación Internacional en Sudamérica (2004–2007). El autor agradece la generosa colaboración de María José García Ascolani y José Agüero Ávila en la preparación del presente artículo.

2 Abogada, notaría por Universidad Católica Nuestra de la Señora de la Asunción (Paraguay), y Química Farmacéutica por la misma universidad. Master en Derecho Penal y Procesal, por la Universidad de Valencia (España), Especialista en Derecho Penal y Procesal y Diplomada en Derecho de la Niñez y Adolescencia por la Universidad de Columbia. Fue Agente Fiscal de la Unidad Especializada en Niñez y Adolescencia del Ministerio Público (1999–2010), Docente del Centro de Capacitación del Ministerio Público y actualmente es miembro del Tribunal Electoral del Alto Paraná y Canindeyú.

la Constitución Nacional. En efecto, su artículo 4 establece que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción.”

Este artículo pretende ser una herramienta que, combinando legislación y jurisprudencia, sirva de guía para legisladores, políticos, medios de prensa, jóvenes y en general para todo aquel que se interese en la defensa del derecho a la vida.

II. Legislación garante de la dignidad humana.

A. Organización política y legal

Conforme la Constitución Nacional del año 1992, la República del Paraguay es un Estado social de derecho, unitario, indivisible y descentralizado, en la forma que establecen la Constitución Nacional y las leyes. Como forma de gobierno, adopta la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.

Es decir, el Estado paraguayo es unitario y la descentralización es mínima, pues se limita a lo administrativo y escasamente a lo político, al reconocer Departamentos y Municipios con carácter autónomo. El Poder Legislativo, por su parte, reside en un Congreso de la Nación.

El artículo 137 de la Constitución Nacional establece la jerarquía del derecho positivo paraguayo, que resulta claro e indiscutible al disponer el siguiente orden jerárquico normativo:

- 1) Constitución Nacional.
- 2) Tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados.
- 3) Leyes dictadas por el Congreso.
- 4) Otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía (entiéndase, disposiciones administrativas).

B. La cosmovisión jurídica paraguaya de la dignidad y la vida

El reconocimiento de la dignidad de la persona humana es un axioma fundamental de la Constitución Paraguaya y, por ende, de todo el derecho positivo local.

Ya el preámbulo y el artículo 1 de la Constitución, al referirse a la forma de gobierno acordada, la funda en el “*reconocimiento de la dignidad humana*”. Es decir, desde un inicio el derecho paraguayo reconoce que el ser humano, por su condición de tal, es digno de derechos inalienables.

Por su parte, el derecho a la vida es el primero de los derechos declarados por la Constitución Nacional. Así, el Artículo 4 de la misma dice:

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.³

Así, la reforma constitucional de 1992 incorporó expresamente el derecho a la vida a su parte dogmática, utilizando prácticamente la misma redacción empleada por la Convención Americana de Derechos Humanos.⁴

Asimismo, cabe resaltar que la Constitución Nacional consagra la prevalencia de los derechos del niño en caso de conflicto, entendiéndose por tal, a toda persona desde su concepción y hasta los 18 años de edad.⁵ Es decir, ante el conflicto que pueda suscitarse entre el derecho a la vida del niño por nacer y cualquier otro derecho esgrimido por un tercero (entre ellos los “derechos reproductivos” de la mujer), prevalece el derecho a la vida del niño.

Así, el artículo 54 *in fine* de la Carta Magna enuncia: “Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.”

C. Instrumentos internacionales vigentes

Paraguay es signatario y parte de la mayoría de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, tanto de carácter universal como regional. Entre los principales instrumentos referentes al derecho a la vida se pueden citar los siguientes:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Suscripto el 26 de noviembre de 1966 en la ONU, aprobado por Ley N° 5/92 entrando en vigencia el 10 de septiembre de 1992.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (CADH). Suscripta por Paraguay el 2 de febrero de 1971, aprobada por Ley N° 1/89, con entrada de vigor el 26 de marzo de 1993.

3 Artículo 4, Constitución Nacional Paraguaya.

4 El artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

5 Artículo 3, Ley N° 2169/03

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN).

Suscripta por Paraguay el 4 de abril de 1990, aprobada por Ley N° 57/90 y en vigencia desde el 26 de octubre de 1990.

En las citadas normas, cabe destacar las siguientes disposiciones:

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

“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”.⁶

Convención Americana sobre Derechos Humanos

“Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.⁷

“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”.⁸

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.⁹

“Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”.¹⁰

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) considera que es tal todo ser humano menor de 18 años de edad; pero al reconocerse en la Constitución Nacional el derecho a la vida desde la concepción, la definición de “niño” en el derecho paraguayo se completa, resultando ser tal “todo ser humano desde la concepción hasta cumplir 18 años de edad”.

Como ya se mencionara, la jerarquía de estos instrumentos es de segundo grado, resultando ser normas subconstitucionales pero supralegales ya que se encuentran por encima de la ley. Sin perjuicio de ello, la mayoría de los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales fueron enunciados por

6 Artículo 6, PIDCP.

7 Artículo 1.2, CADH.

8 Artículo 4, CADH.

9 Artículo 1, CDN.

10 Artículo 6.1, CDN.



la propia Constitución Nacional luego de la reforma de 1992.¹¹

Cabe señalar que no se tiene registro de que la República del Paraguay haya formulado reserva alguna a los instrumentos internacionales antes citados, confirmando de este modo que la legislación interna se encuentra en un todo conforme con la legislación internacional –que de manera expresa reconoce a toda persona el derecho intrínseco a la vida–, y quedando por tanto obligado a respetar y garantizar la vigencia de este derecho.

D. Legislación interna

En cuanto a lo dispuesto por las leyes internas sancionadas por el Congreso Nacional referentes al derecho a la vida, se pueden citar:

- Código Civil (Ley N° 1.183/85).
- Código Sanitario (Ley N° 836/80).
- Código de la Niñez y la Adolescencia, CNA (Ley N° 1.680/01).
- Código Penal (Ley N° 1.160/97, modificado por Ley N° 3.440/08).

Código Civil

El Código Civil reconoce en su artículo 28 capacidad de derecho a toda persona física desde su concepción, para adquirir bienes por donación, herencia o legado. Con esta disposición se confirma que para el ordenamiento jurídico paraguayo, desde el momento de la concepción se es *persona*, y por ende, sujeto de derechos.

Código Sanitario

Sancionado en el año 1980, reitera el reconocimiento de la condición de persona humana y la calidad de niño desde el momento de la concepción.

El Código Sanitario, aprobado por Ley N° 836/80, reconoce:

Es obligación y derecho de los progenitores el cuidado de su salud y la de su hijo desde el inicio de la gestación.¹²

El Estado, por su parte, protegerá y asistirá sanitariamente al niño desde su concepción hasta la mayoría de edad.¹³

11 Así, el derecho a la vida fue expresamente incorporado en el artículo 4 de la Constitución.

12 Artículo 21, Código Sanitario.

13 Artículo 22, Código Sanitario.

Código de la Niñez y la Adolescencia

Esta norma tuitiva de la niñez y la adolescencia reconoce asimismo la condición de persona desde la concepción y garantiza la protección de la persona por nacer. Así, en su artículo 10, el CNA 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. Estarán obligadas a ella el progenitor y, en ausencia de éste, aquellas personas para quienes este Código establece la responsabilidad subsidiaria.

Código Penal

El artículo 109 del Código Penal Paraguayo, modificado por Ley N° 3.440/08, dispone:

1°.- El que matare a un feto será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años. Se castigará también la tentativa.

2°.- La pena podrá ser aumentada hasta ocho años, cuando el autor:

a. obrara sin consentimiento de la embarazada; o

b. con su intervención causara el peligro serio de que la embarazada muera o sufra una lesión grave.

3°.- 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°.- 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.

El aborto esta tipificado como un delito del Código Penal, siendo la vida del feto el bien jurídico protegido.

Para el Código Penal, con la modificación introducida por la Ley N° 3.440/08, feto es “el embrión del ser humano hasta el momento del parto”.¹⁴ De este modo se modifica parcialmente el régimen dispuesto por los artículos 349 a 353 del Código Penal de 1914 –también vigente en el Código Penal de 1997– que no

14 Artículo 14, inc.1°, num.18, Código Penal.

definía el aborto o a la persona por nacer, sino que se limitaban a tipificarlo sin mayores especificaciones.

Al tipificarse la conducta del “que matare un feto”, y considerándose feto al “*embrión del ser humano hasta el momento del parto*”, quedaría en la nebulosa jurídica la situación de la persona por nacer previo a la consideración de “embrión”, puesto que para ciertas definiciones de la medicina, se considera que existe “embrión” a partir del día 14 de la gestación. Sin perjuicio de ello, e independientemente de la terminología con la que se describen las distintas etapas del desarrollo embrionario, no es materia discutida en el ámbito de la ciencia que con la unión del óvulo y el espermatozoide (fecundación) se da inicio a una nueva vida humana.¹⁵ Es por ello que debe considerarse que la protección brindada al ser humano por el Código Penal comienza en dicho momento, es decir, con la fecundación.

El tipo base sanciona con pena privativa de libertad de hasta cinco (5) años. Sin embargo, se admiten agravantes de hasta ocho (8) años de pena privativa de libertad cuando se obra sin consentimiento de la embarazada o se causa grave peligro de que la misma muera o sufra lesión grave.

Si la embarazada efectúa el aborto, la pena privativa de libertad disminuye (hasta dos (2) años), no siendo punible su tentativa.

El Código Penal prevé un solo caso de aborto no punible, que se configura cuando indirectamente se produce la muerte de un feto, en el intento de proteger la vida de la madre de un peligro serio. Es de relevancia resaltar la palabra “indirectamente”, pues con ella el legislador no se refiere a la posibilidad de optar entre la vida de la madre y la del niño, sino a la muerte del niño no querida ni buscada, a consecuencia de una operación riesgosa u otro tipo de situación extremadamente delicada.

E. La vida, un derecho supremo según la jurisprudencia de los tribunales paraguayos

La jurisprudencia de los tribunales paraguayos se ha pronunciado siempre

15 “Las principales consecuencias de la fecundación son: (1) Restablecimiento del número diploide de cromosomas ($n2$), (2) Determinación del sexo del embrión por parte del cromosoma x o y del espermatozoide, (3) Expresión de la variabilidad dentro de la especie por la combinación de cromosomas paternos y maternos, (4) Activación metabólica del huevo, (5) Iniciación de la segmentación”. EYNARD, VALENTICH, ROVASIO, *Histología y Embriología del ser humano, bases celulares y moleculares*, 4ta Edición, Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires, 2009, p. 145.

por la supremacía del derecho a la vida. Así lo manifiesta la Corte Suprema de Justicia en numerosos pronunciamientos en los que ha sostenido que:

Entre los valores fundamentales de nuestro ordenamiento, la libertad constituye, **luego del derecho a la vida**, el soporte sobre el cual descansan todos los otros bienes tutelados por el Derecho...¹⁶

Después del derecho a la vida el bien máspreciado del hombre es su libertad...¹⁷

Corresponde disponer la libertad del procesado cuando **la libertad constituye, luego de derecho a la vida**, el soporte sobre el cual descansan todos los otros bienes tutelados por el derecho y el constituyente los ha revestido de las máximas garantías de efectiva vigencia.¹⁸

Entre los valores fundamentales de nuestro ordenamiento, **la libertad constituye, luego del derecho a la vida**, el soporte sobre el cual descansan todos los otros bienes tutelados por el derecho, de manera que el constituyente, coherente con su postura filosófica de que los derechos que hacen a la dignidad de las personas, son los que justifican la creación del Estado, al que anteceden lógicamente y ontológicamente, ha buscado revestirlos de las máximas garantías de efectiva vigencia.¹⁹

Con semejantes afirmaciones, la Corte Suprema paraguaya ha dejado claramente sentada la postura de que el derecho a la vida es el primero y supremo de los derechos, anteponiéndose incluso a la libertad.²⁰

16 Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “Hábeas corpus genérico a favor de los menores reclusos en el reformatorio de menores Panchito López”. Corte Suprema de Justicia de Paraguay. Ministro preopinante: Dr. Oscar Paciello. Acuerdo y Sentencia N° 562, del 23/12/1996.

17 “Agustín Brizeual Sánchez y Santiago Higinio Alcaraz s/ Hábeas corpus”. Corte Suprema de Justicia de Paraguay. Ministro preopinante: Dr. Wildo Rienzi Galeano. Acuerdo y Sentencia N° 416, del 20/06/2002.

18 “Habeas Corpus reparador presentado a favor del Sr. Aldo René Ibarra Cubilla”. Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sala Penal. Acuerdo y Sentencia N° 1, del 05/01/2010.

19 “Stroessner, Gustavo Adolfo s/ Habeas corpus”. Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sala Penal. Acuerdo y Sentencia N° 712, del 05/12/2000.

20 También lo han señalado los tribunales inferiores. Así, el Tribunal de Apelaciones en lo Criminal de Asunción ha afirmado que: “La vida es el bien jurídico máximo que el Estado debe reconocer, ya que sin ella existe negación absoluta del derecho, razón por la cual su protección es de la máxima trascendencia”. “Martín Fabian Duarte Rojas c/ IPS”. Tribunal de

Si bien no se cuenta con jurisprudencia del fuero criminal sobre aborto específicamente, sí existen fallos respecto a la protección de la persona por nacer. De este modo la Corte Suprema ha sostenido que:

Corresponde hacer lugar a la acción de habeas corpus y sustituir la prisión preventiva por arresto domiciliario cuando los informes médicos adjuntos en autos constatan **que la procesada se encuentra en estado de gravidez con riesgo para su salud y la del feto, siendo imperiosa la necesidad de resguardar la vida de ambos** y teniendo en cuenta que los cuidados que necesita la recurrente no pueden ser proporcionados en la Penitenciaría donde se encuentra guardando reclusión.²¹

Como se puede observar, es clara la postura que tienen los tribunales paraguayos en cuanto a la supremacía del derecho a la vida, la imperiosidad de su resguardo y la ratificación de que dicha protección alcanza a la persona por nacer. En ningún momento, esto fue objeto de discusión o disidencia a nivel judicial.

F. Proyectos legislativos a consideración del Congreso de la Nación

En materia de derecho a la vida, el principal proyecto que se encuentra bajo estudio del Congreso Nacional es el Proyecto de Ley sobre “Salud sexual, reproductiva y materno perinatal”, presentado por segunda vez por el Senador Carlos Filizzola,²² en el mes de agosto de 2008.

Es importante mencionar que el mismo Proyecto de Ley, salvo pequeñas modificaciones, ya había sido presentado en el año 2005 y tras un período de debates y audiencias públicas, fue rechazado por el pleno del Senado con una abrumadora mayoría.

El Proyecto actual se encuentra para el dictamen de las Comisiones Asesoras del Senado: Equidad, Género y Desarrollo Social; Hacienda, Presupuesto y Cuentas; Legislación, Codificación, Justicia y Trabajo; y Salud Pública, Seguridad Social, Prevención y Lucha contra el narcotráfico. Hasta el mes de noviembre de 2010 no contaba con ningún tipo de dictamen; sin embargo, ya fue sometido a

Apelaciones en lo Criminal de Asunción, Sala 4. Acuerdo y Sentencia N° 1, del 05/02/2009. Voto del Dr. Emiliano Rolón Fernández.

21 “Habeas Corpus Reparador presentado a favor de la Sra. Liliana Verón” Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sala Penal. Acuerdo y Sentencia N° 4, del 08/01/2010.

22 Senador electo en el año 2003, y reelecto para el período 2008–2013. Lidera el Partido País Solidario de ideología socialista democrática.

Audiencia Pública, donde se expresó nuevamente un amplio repudio al mismo. El principal cuestionamiento que le cabe al proyecto recae sobre la ambigüedad de que adolece el concepto de salud reproductiva empleado. Dicha ambigüedad se desprende del alcance que se le ha querido dar a este término en el ámbito de las Conferencias Internacionales²³ –como es el caso de la Cuarta Conferencia Internacional de la Mujer de Beijing (1995)– dentro del cual se incluiría la interrupción del embarazo.²⁴

Asimismo se cuestiona que en el inciso c. de su artículo 12, el proyecto reconoce el derecho de la mujer a tomar “decisiones libres durante su embarazo”, sin delimitar el alcance y los límites del pretendido derecho.

En cuanto a este y otros proyectos, la Cámara de Senadores de Paraguay emitió una Declaración de fecha 17 de diciembre de 2009, a propuesta del Senador Roger Caballero,²⁵ por la cual se repudió y se exhortó a ambas Cámaras del Congreso al rechazo de todo proyecto de ley que contenga artículos que atentasen contra la vida y la familia.

Si bien esta Declaración no tiene carácter vinculante, refleja la postura de los sectores políticos mayoritarios de la República del Paraguay.

III. Aborto

A. Régimen protector del derecho a la vida.

La amplitud de legislación nacional sobre el aborto; la ratificación de tratados internacionales de carácter universal y regional con sus consiguientes mecanismos de denuncia, protección y monitoreo; como asimismo la serie de recomendaciones que sobre la materia ha recibido el Estado paraguayo de parte de organismos in-

23 “The ABC’s of an International Right to Abortion”, *The Human Life Review*, Summer 2010. http://www.humanlifereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=113:the-abcs-of-an-international-right-to-abortion&catid=52:2010-summer

24 En la ciudad de Nueva York, del 5 al 9 de junio del año 2000, dentro del período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer renovó el compromiso con los objetivos planteados en la Conferencia de Beijing de 1995. De allí que sea conocida como Beijing +5. La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing define un conjunto de objetivos estratégicos y explica las medidas que los Estados deben adoptar para eliminar los obstáculos que entorpecen el adelanto de la mujer. Entre dichos obstáculos se encontraría la falta de acceso a métodos anticonceptivos y contraceptivos, incluyendo al aborto como uno de ellos.

25 Senador nacional por el Partido Unión Nacional de Ciudadanos Éticos (UNACE).

ternacionales; deben ser analizados y tenidos en cuenta para alcanzar una correcta apreciación del régimen protector del derecho a la vida en el país.

A continuación se expondrán brevemente algunas consideraciones legales, conforme el orden jerárquico establecido en el artículo 137 de la Constitución Nacional.²⁶

• **Instrumentos de protección jurídica de carácter internacional.**

El derecho humano a la vida ha sido reconocido expresamente en numerosos tratados internacionales que prevén el deber de los Estados de garantizar su efectiva vigencia.

Paraguay, como signatario de dichos tratados, se ha comprometido a respetar este derecho de manera irrestricta, y en su máxima medida posible, en virtud del principio *pro homine* que rige la interpretación de todos los derechos humanos.

En este sentido, la **Declaración Universal de Derechos Humanos** en sus artículos 3º, 6º, 25º, y 30º y el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, en su artículo 6.1º reconocen que, conforme a los principios enunciados en la Carta de Naciones Unidas, *el derecho a la vida es inherente a la persona humana*.

La **Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer** (CEDAW conforme su sigla en inglés) prevé asimismo la protección de la persona por nacer. Así, establece en su artículo 12º, 1er párrafo que “los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica”, y en el 2do párrafo que “los Estados Parte 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”. Se desprende de esta disposición que la finalidad de la Convención ha sido garantizar a la mujer el acceso a los servicios de salud en igualdad de condiciones que el hombre, reconociendo y protegiendo especialmente a la mujer embarazada y al niño por nacer.²⁷

26 Ver supra: “Organización política y legal”.

27 Sin perjuicio de ello se ha querido desprender del contenido este artículo –como asimismo del artículo 16 inc. 1, e) que prevé el derecho de la mujer a *decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos*–, un reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, incluyéndose un pretendido derecho a abortar, cuando lo cierto es que en ninguna de sus partes la Convención hace mención al mismo. Ver más adelante en el presente trabajo pto. B. “Altas tasas de mortalidad materna: pretendida ineficacia de la penalización del aborto”.

La **Declaración Universal de los Derechos del Niño**,²⁸ en el párrafo 3º del Preámbulo establece que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. El artículo 4º por su parte, establece que “el niño tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal”.

Asimismo, la **Convención sobre los Derechos del Niño**²⁹ expresa en su artículo 6º que los “Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida, definiendo en el artículo 1º al niño como todo ser humano menor de 18 años de edad”, y dejando abierta la especificación del momento en que comienza la infancia. Ello ha planteado el interrogante acerca de si dicho momento se ubica en el nacimiento, en el momento de la concepción, o en algún momento intermedio.³⁰ Sin embargo, lo cierto es que el ordenamiento jurídico paraguayo expresamente ha reconocido la calidad de niño a toda persona desde su concepción y hasta la mayoría de edad,³¹ por lo que no cabe duda alguna acerca de cuál es el alcance que este derecho tiene en la República del Paraguay: todo niño, desde la concepción hasta los 18 años de edad tiene el derecho intrínseco a la vida.

El **Comité de Derechos Humanos** (formado de conformidad con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) señala, en una observación general de 1982 sobre el derecho a la vida, que este derecho ha sido interpretado con demasiada frecuencia de forma restrictiva: “La expresión ‘el derecho a la vida es inherente a la persona humana’ no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas. A este respecto, el Comité considera que sería oportuno que los Estados Parte tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial

28 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1959.

29 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989.

30 Existen opiniones que entienden que de haberse adoptado una posición sobre el momento en que comienza la vida, y sobre la ilegalidad del aborto, la ratificación universal de la Convención se habría visto amenazada. Rachel Hodgkin y Peter Newell, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, UNICEF, 2004.

31 Conforme disposiciones del Código Civil, Código Sanitario y Código de la Niñez y Adolescencia, ya mencionados.

adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias”.³²

En lo que respecta a los instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter regional, la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** en su Artículo 4.1 expresamente dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

• **Legislación nacional: penalización del aborto.**

Ya se mencionó precedentemente de qué manera tanto el Código Civil, como el Código Sanitario y el Código de la Niñez y la Adolescencia protegen de manera inequívoca la vida humana desde la concepción. Pero esta protección adquiere particular fuerza a través de la legislación penal, al tipificarse el delito del aborto.

Conforme el artículo 109 del Código Penal, modificado por Ley N° 3440/2008, vigente desde el 16 de julio de 2009, “el que matare a un feto será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años, castigándose también su tentativa”.³³ Prevé asimismo que la pena pueda ser aumentada hasta ocho años, cuando el autor “obrará sin consentimiento de la embarazada; o cuando su intervención causara el peligro serio de que la embarazada muera o sufra una lesión grave”.

En lo que respecta a situaciones atenuantes, el mismo artículo describe que “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 de apoyo garantizado al niño en la Constitución”.

El Código penaliza el aborto en todas sus formas, pero menciona como posible situación atenuante “la falta de apoyo garantizado al niño en la Constitución”. ¿Se podría hablar entonces de la existencia de atenuantes por motivos sociales y/o económicos? El principio constitucional de protección del niño, al cual hace referencia el artículo, implica que el Estado deberá contar con planes y programas para asistir a las familias en situación de desventaja social, pobreza extrema y/o situación de desamparo, en especial programas que prevengan el

32 Comité de Derechos Humanos, Observación general 6, 1982, HRI/GEN/1/Rev.7, párrafo 5.

33 Según el artículo 26 del Código Penal, hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que, tomada en cuenta su representación del hecho, son inmediatamente anteriores al fin de la ejecución de la acción descrita en el tipo legal.

abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y/o la explotación de niños y adolescentes, y por último el embarazo no deseado a través de planes de salud sexual y reproductiva. El aborto por motivos económicos o de vulneración social se encuentra penalizado, aunque conforme el criterio del juez penal de garantías que atiende la causa, puedan disponerse medidas absolutorias.

Con respecto a los supuestos de aborto no punible, el párrafo 4° del artículo 109 del Código Penal incorpora la figura de la *muerte indirecta por estado de necesidad en el parto* –aunque sin utilizar los mismos términos–, la cual tiene lugar cuando la muerte del feto se produce a consecuencia de una práctica médica que, fundada en los conocimientos y las experiencias del arte médico, ha sido necesaria para proteger de un peligro serio la vida de la madre. El médico que así obra, no lo hace antijurídicamente según establece la legislación.

En lo que respecta al *aborto químico*, éste no se encuentra inserto como delito especial en el Código Penal. Tampoco se cuenta en Paraguay con dictados oficiales de las autoridades competentes sobre los efectos de los anticonceptivos de emergencia. Conforme lo expuesto, y al considerarse el aborto como una práctica ilícita, se desprende que ninguna droga cuyo efecto abortivo se compruebe, puede ser ofrecida dentro de los servicios brindados en instituciones sanitarias públicas o privadas.

Consecuencia de todo lo expuesto es que el aborto en Paraguay es pasible de ser denunciado como delito para la posterior apertura de una investigación fiscal. Ha habido casos de desmantelamiento de clínicas abortivas privadas de naturaleza clandestina. La información que se posee respecto de tales clínicas proviene de los centros de salud pública que provén de atención a las mujeres que acuden a dichos centros –generalmente en grave estado y con riesgo para sus vidas– por haberse realizado abortos incompletos.

Por su parte, no se cuenta con jurisprudencia que se haya expedido sobre casos de aborto no punible (aborto indirecto).

B. Altas tasas de mortalidad materna: pretendida ineficacia de la penalización del aborto.

El Comité de la CEDAW³⁴ en su 15° periodo de sesiones³⁵ ha recepcionado el reporte de la República del Paraguay, que reza lo siguiente: “*El país posee uno de los índices más elevados de mortalidad materna en Latinoamérica, sien-*

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

35 Observaciones finales: Paraguay: CEDAW. 15° Periodo de Sesiones. 15 de enero al 2 de febrero de 1996. Supplement No. 38 (A/51/38).

do el aborto la segunda causa de muerte.” El Comité expresó su preocupación respecto de los abortos realizados en condiciones insalubres y recomendó al Estado revisar la penalización del aborto en este país.

Ahora bien, cabe preguntarse en primer lugar (i) si efectivamente tiene el Comité de la CEDAW facultades suficientes para efectuar recomendaciones de esta naturaleza, y seguidamente (ii) si es realmente la despenalización del aborto una medida eficaz para evitar las muertes maternas.

Respecto el primer interrogante, debe afirmarse categóricamente que el Comité de la CEDAW carece de facultades para realizar recomendaciones que impliquen atentar contra el derecho a la vida del no nacido (expresamente reconocido en tratados internacionales y en la legislación nacional), y que implican asimismo una injustificada injerencia en materias que atañen con exclusividad a cada Estado en virtud del principio de soberanía nacional.

Por otro lado, si bien la Convención le reconoce al Comité la facultad de evaluar los informes que cada Estado presenta ante el Secretario General de las Naciones Unidas respecto los progresos alcanzados en la aplicación de la Convención,³⁶ no existe en el texto de la misma referencia alguna al aborto. Muy por el contrario –y como ya fuera expresado– se protege tanto la vida y la salud de la mujer embarazada como la del niño por nacer.³⁷

Respecto al segundo interrogante, debe rechazarse asimismo la despenalización del aborto como medida eficaz para disminuir la tasa de mortalidad materna. En un país donde el 40% de la población vive en pobreza (con un ingreso mensual que no supera los 50 USD) y el 19% de la población vive en extrema pobreza (con un ingreso mensual que no supera los 15 USD); donde 250 mil personas son analfabetas; con un bajo índice de densidad poblacional y una mediana cantidad de habitantes; con un alto grado de inequidad social y una baja calidad de la gestión gubernamental; pretender disminuir la mortalidad materna a través de la despenalización del aborto, es realmente aplicar una medida no sólo ilegal sino ineficaz. Muy por el contrario, pareciera que el mejoramiento de los servicios de salud y un mayor acceso a los mismos sin discriminación, constituyen las vías a transitar en pos de una disminución de la mortalidad materna.

36 Conforme artículo 18 de la CEDAW.

37 Como ya fuera mencionado precedentemente, el artículo 12 inc. 2 de la Convención dispone que “los Estados Parte garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

En este sentido, el Banco Mundial ha calculado que si todas las mujeres tuvieran acceso a intervenciones para atender las complicaciones del embarazo y parto, en especial a cuidados obstétricos de emergencia, un 74% de las muertes maternas podrían evitarse.³⁸

Asimismo, conforme las estadísticas ofrecidas por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPyBS), las causas principales de mortalidad materna en el país son la toxemia, la hemorragia y otras complicaciones del embarazo, parto y puerperio:

Mortalidad materna anual de acuerdo a sus causas (Cada 100.000 nacidos vivos)

CAUSAS	2000		2001		2002		2003		2004		2005		2006		2007		2008		2009	
	Nº	Razón																		
1. Aborto (O00-O07)	35	40,7	32	38,1	39	43,3	36	41,5	35	34,7	37	35,0	31	30,4	33	34,4	25	25,1	23	22,5
2. Toxemia (O10-O16)	37	43,0	20	23,8	27	30,0	32	36,9	31	30,7	27	25,5	29	28,4	33	34,4	20	20,1	25	24,5
3. Hemorragia (O20; O44-O48; O67; O72)	22	25,6	33	39,3	48	53,3	28	32,3	36	35,6	26	24,6	27	26,4	25	26,1	28	28,1	21	20,6
4. Sepsis (O75.3; O85)	15	17,4	22	26,2	19	21,1	16	18,4	21	20,8	15	14,2	8	7,8	9	9,4	10	10,0	8	7,8
5. Tétanos Obstétrico (A34)	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
6. Sida (B20-B24)	0	0,0	2	2,4	0	0,0	0	0,0	1	1,0	0	0,0	1	1,0	1	1,0	0	0,0	0	0,0
7. Otras complicaciones del Embarazo, Parto y Puerperio (O21-O29; O30-O43; O47-O48; O60-O66; O68-O71; O73-O75; O86-O92; O95-O99)	32	37,2	25	29,8	31	34,4	39	45,0	31	30,7	31	29,3	28	27,4	21	21,9	34	34,1	51	49,9
TOTAL GENERAL	141	164,0	134	159,7	164	182,1	151	174,1	155	153,5	136	128,5	124	121,4	122	127,3	117	117,4	128	125,3

NOTA: Datos según el lugar de residencia de la fallecida.

Nacidos vivos en 2000 = 86,000

Nacidos vivos en 2005 = 105,808

Nacidos vivos en 2001 = 83,919

Nacidos vivos en 2006 = 102,109

Nacidos vivos en 2002 = 90,085

Nacidos vivos en 2007 = 95,862

Nacidos vivos en 2003 = 86,739

Nacidos vivos en 2008 = 99,688

Nacidos vivos en 2004 = 101,000

Nacidos vivos en 2009 = 102,162

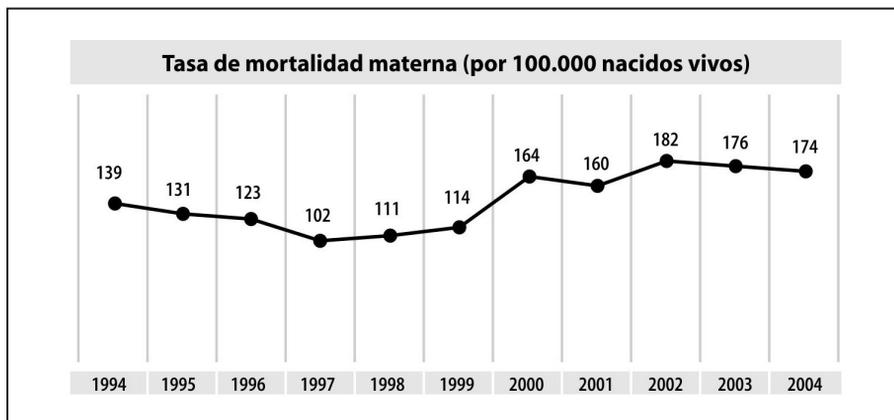
Fuente: Sub-Sistema de Información de las Estadísticas Vitales – SSIEV.

Departamento de Bioestadística, MSPyBS.

Es por ello que resulta indispensable mejorar los servicios de salud a los fines de evitar toda muerte materna, como asimismo brindar apoyo a la mujer embarazada en situación de riesgo a los fines de que encuentre una alternativa viable y se evite de este modo la práctica del aborto clandestino.

38 WAGSTAFF, A. and M. CLAESON, 2004 The Millennium Developments Goals for Health: Rising to the Challenges. Washington DC: El Banco Mundial, citado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Washington DC, 2010, p. 3.

Algunos indicadores



Fuente: Departamento de Bioestadística, Dirección general de planificación y evaluación. MSPyBS.³⁹

Según datos del Departamento de Bioestadística, Dirección General de Planificación y Evaluación del MSPyBS, la mortalidad materna registrada en Paraguay en 1999 fue de 114,4 por cien mil nacidos vivos, con una reducción de 23,8% en relación a 1990, correspondiendo un 20% a la mortalidad en adolescentes.

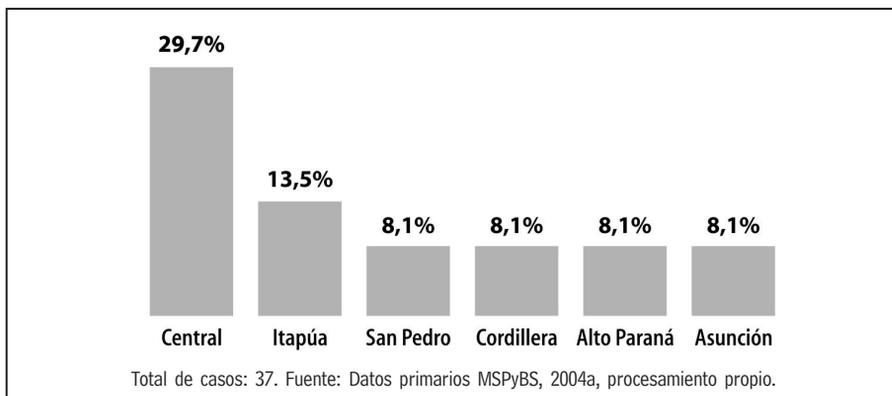
En 2000, 2001 y 2002, con la implementación de la vigilancia de las muertes maternas, las tasas registradas fueron de 164, 160,7 y 182,1 por cien mil nacidos vivos respectivamente.

Las tasas de mortalidad materna presentan una variación importante dependiendo de las distintas regiones.⁴⁰ Así, en la página siguiente, pueden observarse los porcentajes según el departamento de residencia:

39 Dr. Edgar Giménez Caballero. Viceministro de Salud. “La salud en los procesos de integración” 24 y 25 de octubre de 2008.

40 “América Latina y el Caribe se caracteriza por ser una región con mucha diversidad tanto en niveles de desarrollo económico y distribución geográfica en la que existen además disparidades, entre los países y al interior de los mismos, en cuanto al acceso a servicios de salud materna. Como consecuencia, el 20% de la región más pobre concentra 50% de las muertes maternas, mientras que el 20% más rico sólo tienen el 5% de estas defunciones.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Washington DC, 2010, p. 4.

Mortalidad por lugar de residencia



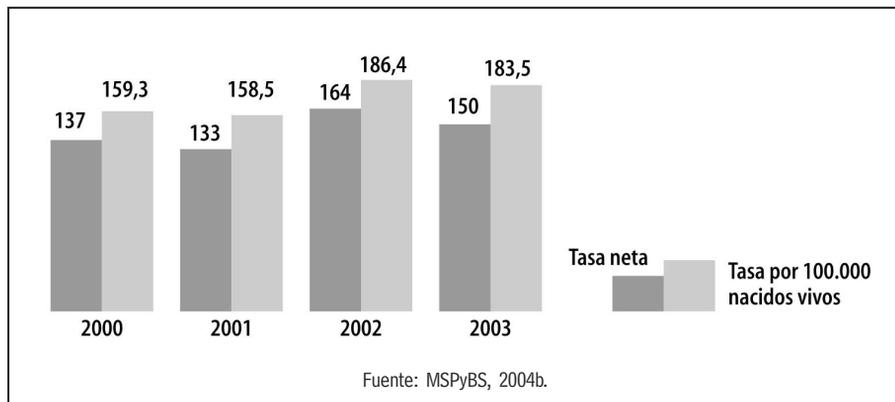
Según el MSPyBS, las causas de muerte materna en Paraguay están relacionadas con barreras de acceso a los servicios de salud, registrándose en un 46% una demora en la llegada al servicio, en un 23% una deficiencia resolutive de los servicios, y en el 31% restante una ausencia total de asistencia, muriendo las mujeres en los domicilios particulares.⁴¹

Es decir –y como ya fuera manifestado–, el problema de la mortalidad materna se asocia principalmente a la deficiencia en los servicios de salud, reflejado en la falta de acceso oportuno a la atención médica y a un tratamiento adecuado.

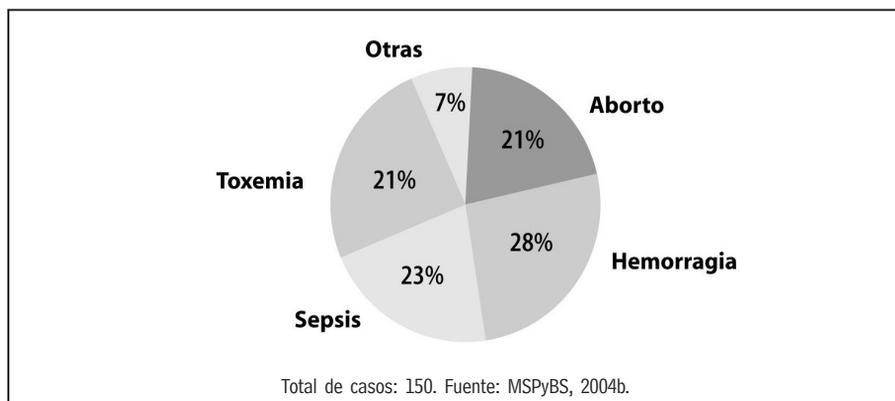
Se observa claramente cómo las muertes maternas por aborto afectan en mayor proporción a las jóvenes y adolescentes. Ello debe ser especialmente tenido en cuenta a la hora de diagramar políticas gubernamentales de apoyo y protección a la mujer embarazada, brindándole todos los servicios posibles tendientes no

41 Una situación similar se observa en otros países de la región. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha manifestado que en Perú, el 74% de las mujeres en las áreas rurales da a luz en sus casas sin la asistencia de profesional calificado, en comparación con el 90% de las mujeres en comunidades indígenas, aún cuando uno de los factores internacionalmente reconocidos como asociados a la reducción de la morbi-mortalidad materna, es la atención del parto por personal calificado. En Bolivia, país con la tasa de mortalidad materna más alta en la región andina (290), la razón de la mortalidad materna varía significativamente según la región geográfica (altiplano, valles o mesetas) y según el lugar de residencia (urbano o rural), siendo las principales causas de mortalidad materna las complicaciones obstétricas, hemorragias e infecciones. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Washington DC, 2010, p. 5.

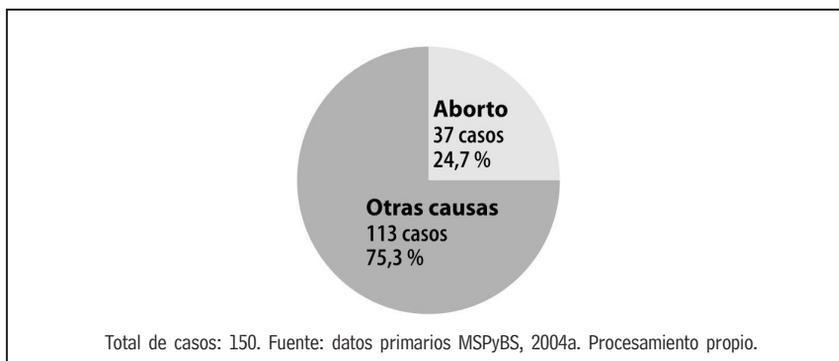
Mortalidad materna entre 2000 y 2003



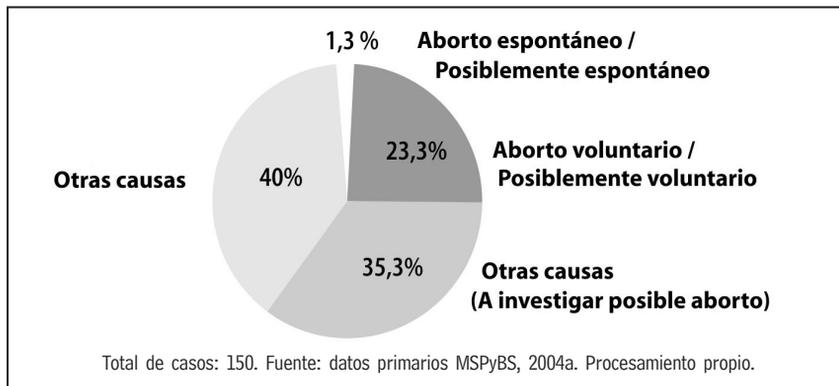
Mortalidad materna según sus causas



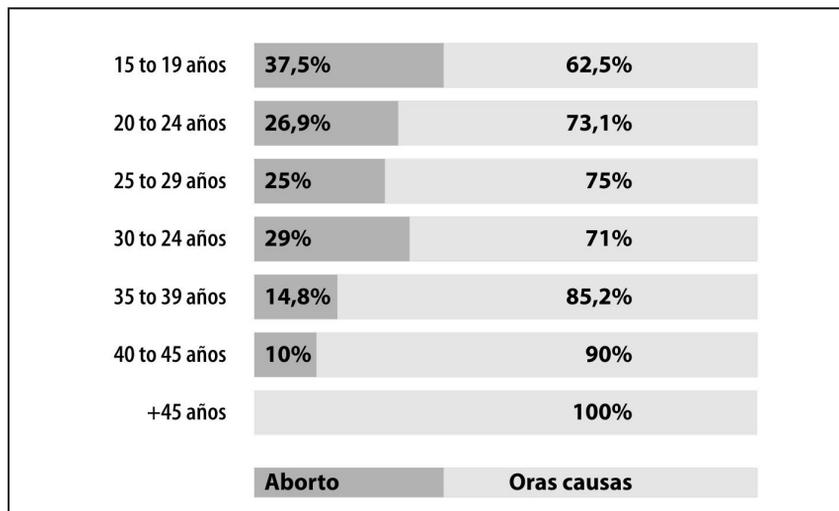
El aborto como causa de muerte materna



El aborto como causa de muerte materna



Muerte materna por aborto según la edad de las mujeres



sólo a evitar la muerte de la persona por nacer sino principalmente a proteger la vida de la madre.

Debe considerarse asimismo que las altas tasas de mortalidad materna en adolescentes no se dan exclusivamente en los casos de aborto. Por el contrario, las adolescentes embarazadas enfrentan entre dos a cinco veces mayores riesgos de muerte materna en comparación con las mujeres de 20 años o más.⁴²

42 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a Servicios de Salud Materna desde



Teniendo en cuenta los indicadores antes mencionados, y en particular, la lectura coincidente del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social del Paraguay y del Banco Mundial respecto la importancia del mejoramiento de los servicios de salud materna como medidas esenciales en pos de la disminución de las tasas de mortalidad materna; y teniendo en cuenta que el mejoramiento de la salud materna se encuentra enunciado como uno de los Objetivos del Desarrollo del Milenio,⁴³ se puede concluir que la solución para reducir las tasas de mortalidad y prevenir toda muerte evitable no se encuentra en una pretendida legalización del aborto.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que los Estados deben implementar medidas relacionadas con (i) la eliminación de las barreras en el acceso a los servicios médicos, obstétricos de emergencia, y atención previa y durante el parto; (ii) la inversión de mayores recursos para hacer efectivo el acceso a los servicios de salud materna a las mujeres indígenas, en situación de pobreza y las que habitan en zonas rurales; y (iii) la educación de las usuarias respecto los servicios disponibles, entre otros.⁴⁴

una Perspectiva de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Washington DC, 2010, p. 6.

43 Ver, <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/maternal.shtml>

44 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Washington DC, 2010, p. 7.



La protección del derecho a la vida en la República Argentina – Garantía de vigencia de todo el sistema de derechos humanos

M. Laura Farfán Bertrán¹

I. Introducción

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...

Declaración Universal de Derechos Humanos.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociendo en sus dos primeros artículos los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Se trataba de un momento histórico impregnado de una profunda sensibilidad ante las injusticias sufridas tras la Segunda Guerra Mundial, y de una creciente conciencia de la necesidad de garantizar a las generaciones futuras, un mínimo respeto de aquellos derechos considerados esenciales, que encontraban sustento en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana.

En efecto, la dignidad del hombre constituyó el pilar esencial de la Declaración, y fundamento último del reconocimiento de todo derecho humano. No se trataba de *otorgar* derechos a partir del consenso de las Naciones, sino de *reconocer* derechos anteriores y preexistentes que le son debidos a todo hombre por su calidad de tal.

¹ Abogada por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Miembro fundador del Instituto de Ética y Derecho y presidente del mismo en 2009 y 2010 (Argentina).

El derecho a la vida fue reconocido por la Declaración, junto con el derecho a la libertad y a la seguridad personal (artículo 3). Pero de nada servía enunciar una larga lista de derechos considerados esenciales, si no se partía del reconocimiento irrestricto de la igualdad de todos los hombres, reconocimiento que asegurara el goce de todos los derechos a todas las personas sin discriminación alguna (artículos 1 y 2).

Por ello, recae sobre los Estados el deber de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación y, en particular, el derecho humano a la vida, en tanto derecho preeminente sin el cual no puede existir ningún otro derecho. No se trata de un deber impuesto arbitrariamente, sino del reconocimiento de la misión esencial y primaria de todo Estado, que es, el respeto y promoción del hombre, garantizando la satisfacción de sus necesidades básicas.

El presente artículo analiza el marco normativo del derecho a la vida en la República Argentina, reflejando la importancia que tiene su reconocimiento y respeto sin discriminación; no sólo por su carácter esencial y naturaleza trascendente, sino principalmente porque de la garantía de su goce y ejercicio, dependerá la vigencia de la libertad personal de todos los hombres y mujeres que hoy viven en un Estado democrático de derecho.

II. El derecho humano a la vida

A. Organización política y legal de la República Argentina como Estado democrático de derecho.

Un Estado democrático de derecho es aquel Estado que subordina el ejercicio de su poder a las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente, garantizando a sus habitantes un ambiente de respeto absoluto a la ley y de garantía de cumplimiento de los derechos reconocidos.

Se trata de un Estado garante de la persona humana, que consagra y respeta aquellos derechos considerados esenciales que se fundan en la dignidad del hombre.

En este contexto, y teniendo al hombre como fundamento y fin de su organización política y legal, el Estado Argentino ha adoptado para su gobierno la forma representativa republicana federal.² Esto es, ha consagrado una *forma de estado federal*, caracterizada por la descentralización territorial del poder y por la existencia de regiones relativamente autónomas –denominadas provincias– que

2 Conforme lo dispone el artículo 1° de la Constitución Nacional.



ceden parte de sus competencias al gobierno federal;³ y una *forma republicana de gobierno*, que reconoce el poder en el pueblo que gobierna a través de sus representantes y autoridades.⁴

Asimismo, ha reconocido a su Constitución Nacional como ley suprema del Estado, debiendo adecuarse a ella toda legislación o disposición de carácter infraconstitucional.⁵

Sin embargo, en el año 1994 tuvo lugar una reforma que confirió a algunos tratados internacionales de derechos humanos una jerarquía equivalente a la Carta Fundamental, modificando el concepto de supremacía, y dando origen al denominado *bloque de constitucionalidad federal*.⁶ En efecto, la Constitución enuncia en su nuevo artículo 75 inc. 22 aquellos tratados que le quedaron equiparados en jerarquía:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- Declaración Universal de Derechos Humanos;
- Convención Americana sobre Derechos Humanos;

3 El artículo 121 de la Constitución Nacional dispone que las provincias conservan todo el poder no delegado en el gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al momento de su incorporación. Entre las facultades reservadas se encuentra el derecho de dictar su propia Constitución que asegure su administración de justicia, su régimen municipal y la educación primaria (artículo 5 CN). Por su parte, entre los poderes conferidos al gobierno federal, se encuentra la facultad del Congreso de la Nación de dictar la legislación de fondo, esto es, los códigos Civil, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social (artículo 75 inc.12 CN).

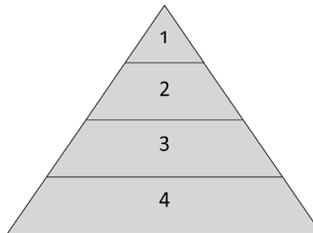
4 Conforme artículo 22 de la Constitución Nacional. La forma republicana de gobierno también se caracteriza por la división de poderes, la responsabilidad de los funcionarios públicos, la transitoriedad en el ejercicio de la función pública, la publicidad de los actos de gobierno, la elección popular de los gobernantes, y la igualdad ante la ley.

5 El artículo 31 CN dispone que la “Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”. A pesar de que una interpretación literal del artículo pareciera inferir que tanto la Constitución como las leyes nacionales y los tratados internacionales se encuentran a un mismo nivel, ha sido coincidente la interpretación doctrinaria y judicial que establece que la Constitución Nacional se encuentra en la cúspide de la pirámide legislativa, encontrándose luego los tratados internacionales, y finalmente la legislación nacional.

6 Germán J. BIDART CAMPOS, Compendio de Derecho Constitucional, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 25.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo;
- Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio;
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes;
- Convención sobre los Derechos del Niño.

De aquí que, se puede conformar la pirámide legislativa argentina reconociendo como ley suprema a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales de derechos humanos que, en las condiciones de su vigencia, gozan de idéntica jerarquía;⁷ luego aquellos tratados internacionales concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales, como asimismo los concordatos celebrados con la Santa Sede que hayan sido aprobados por el Congreso;⁸ en un orden inferior se encuentran ubicadas las leyes nacionales, y por debajo de estas las normas provinciales, según el orden que dicte cada provincia.



7 El Congreso Nacional tiene la facultad otorgar jerarquía constitucional a otros tratados internacionales de derechos humanos no enunciados en el artículo 75 inc. 22, mediante el voto de las dos terceras partes de la totalidad de miembros de cada cámara (artículo 75 inc. 22 ultima parte). En este sentido, la ley 25.778 sancionada por el Congreso en agosto de 2003, otorgó jerarquía constitucional a la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* (la cual fuera adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968).

8 Conforme el artículo 75 inc. 22 CN los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.



- 1) Constitución Nacional; tratados internacionales de derechos humanos enunciados en el artículo 75 inc. 22 CN; y demás tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional otorgada por el Congreso.
- 2) Tratados internacionales y concordatos celebrados con la Santa Sede.
- 3) Leyes nacionales.
- 4) Leyes provinciales.

Resulta esencial conocer la jerarquía normativa de un Estado de derecho, para poder distinguir aquellos valores sobre los cuales éste se funda y construye. Así, sólo un Estado que reconoce y promueve los derechos fundamentales e inalienables del hombre como fin supremo, resulta garantía suficiente de que el resto de los derechos reconocidos serán igualmente respetados.

B. El derecho humano a la vida en la legislación nacional y en los tratados internacionales

El derecho humano a la vida es el derecho fundamental por excelencia, aunque una precisión terminológica obligue a hablar del “derecho a la inviolabilidad de la vida” humana.⁹

Se trata en primer lugar, de un derecho cuyo fundamento se encuentra en la existencia misma de todo ser humano, y que por tanto debe ser protegido durante todo el tiempo que subsista dicha existencia, esto es, desde la concepción hasta la muerte.¹⁰

En segundo lugar, se trata de un derecho que no admite grados: se posee o no se posee, y es por ello que no puede haber excepciones al reconocimiento del mismo.

Finalmente, el derecho a la inviolabilidad de la vida goza de cierta preeminencia frente al resto de los derechos humanos básicos. Esto es así ya que sin vida no puede haber reconocimiento de derecho alguno, o bien, una vez violado

9 Carlos I. MASSINI CORREAS, *El derecho a la vida como derecho humano*, ED, 1998, Tomo 175, p. 803.

10 La concepción comienza, desde un punto de vista biológico, con la unión del óvulo y el espermatozoide, en lo que se denomina etapa de fertilización. La unión de estas dos gametas da origen a un nuevo ser que ha recibido la carga genética materna y paterna. Conforme Ricardo Leopoldo SCHWARCZ, Carlos Alberto DUVERGES, Angel Gonzalo DIAZ, y Ricardo Horacio FESCINA, *Obstetricia*, Ed. El Ateneo, 5ta edición, 2001, p. 9; William F. GANONG, *Fisiología médica*, Ed. El Manual Moderno, 20ª edición, 2006, p. 388.

el derecho a la vida, se violan asimismo todos los demás derechos humanos.¹¹

B.1 Protección del derecho a la vida en la Constitución Nacional:

• Antes de la reforma de 1994

En su redacción anterior a la reforma de 1994, la Constitución Argentina no consagró entre sus disposiciones una norma que reconociera expresamente el derecho a la vida.

Sin perjuicio de ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido que el derecho a la vida es el primer derecho natural garantizado por la Constitución, encontrándose implícito en el artículo 33, donde se consagran los derechos no enumerados,¹² como asimismo en el artículo 29 que expresamente dispone que no se pueden otorgar facultades extraordinarias, sumisiones o supremacías por las que “la vida” de los argentinos quede a merced de gobierno o persona alguna.¹³

En este sentido, se resaltan los siguientes fallos jurisprudenciales:

11 Carlos I. MASSINI CORREAS, *El derecho a la vida como derecho humano*, ED, 1998, Tomo 175, p. 802–815.

12 El artículo 33 de la Constitución dispone que “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”

13 El artículo 29 en su primera parte dispone que “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna”.



<p>Año 1980</p> <p>Corte Suprema de Justicia de la Nación.</p> <p>“Saguir y Dib, Claudia Graciela”.¹⁴</p>	<p>En ocasión de expedirse acerca de la autorización judicial solicitada por los padres de un menor para la práctica de transplante de órganos, la Corte expresamente manifestó que “es, pues, el derecho a la vida lo que está aquí fundamentalmente en juego, primer derecho natural de la persona preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes”.</p>
<p>Año 1989</p> <p>Corte Suprema de Justicia de la Nación</p> <p>“Amante, Leonor y otros c. Asociación Mutual Transporte Automotor (A.M.T.A.) y otro”.¹⁵</p>	<p>La Corte reiteró que la vida es un derecho esencial y preexistente a todo ordenamiento jurídico, en ocasión de expedirse acerca de la muerte de quien, habiendo concurrido a una clínica de propiedad de la obra social demandada, le fuera denegada la atención solicitada por haber olvidado el carnet correspondiente, lo que motivó la demora en la atención e hizo que el afiliado falleciera debido a un infarto.</p> <p>La Corte expresamente manifestó que “en la medida en que por encontrarse comprometidos los derechos esenciales a la vida y a la dignidad de la persona —preexistentes a todo ordenamiento positivo—, no cabe tolerar ni legitimar comportamientos indiferentes o superficiales que resultan incompatibles con el recto ejercicio de la medicina”.</p>
<p>Año 1991</p> <p>Juzgado en lo Criminal Nro. 3 de Mar del Plata</p> <p>“Navas, Leandro J. c. Instituto de Obra Médico Asistencia”.¹⁶</p>	<p>El tribunal sostuvo en el considerando 9 que “el derecho a la salud, es un corolario del derecho a la vida y se halla reconocido implícitamente dentro de los derechos y garantías innominados del artículo 33 de la Constitución Nacional. Ello significa que toda violación al mismo queda descalificado como inconstitucional [...] Por otra parte el derecho a la vida, y su corolario el derecho a la preservación de la salud, tiene a su vez una directa relación con el principio fundante de la dignidad inherente a la persona humana, soporte y fin de los demás derechos denominados humanos amparados”.</p>
<p>Año 2002</p> <p>Corte Suprema de Justicia de la Nación.</p> <p>“Portal de Belén—Asociación Civil sin Fines de Lucro c. M.S.y A.S”.¹⁷</p>	<p>Si bien este fallo es posterior a la reforma constitucional de 1994, es de particular importancia su mención, ya que en él se puede observar cómo el más alto tribunal continúa con su línea argumental, al manifestar que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”.</p>

14 Cita Fallos Corte, 302:1284, Considerando 8.

15 Cita Fallos Corte: 312: 1953

16 La Ley 1991-D, p. 79.

17 Cita Fallos Corte, 325: 292, votos concurrentes.

Asimismo, la doctrina nacional ha reconocido, de igual modo, la protección constitucional del derecho a la vida:

<p>Germán Bidart Campos¹⁸</p>	<p>Sostiene que: “La Constitución Argentina no contiene una norma expresa sobre el derecho a la vida, pero nadie duda –y mucho menos si se computa la jurisprudencia de la Corte Suprema– que está incluido entre los derechos implícitos o no enumerados del artículo 33”¹⁹.</p>
<p>Nestor Pedro Sagüés²⁰</p>	<p>Sostiene que “el artículo 33, al enunciar que existen derechos tácitos (o no enumerados), además de los expresos mencionados en el texto constitucional, está refiriéndose (según la voluntad de los constituyentes de 1860) a los derechos naturales de los hombres [entre ellos el derecho a la vida], pueblos y sociedades, previos a cualquier constitución positiva, y que ninguna de éstas podría desconocer”²¹.</p>

18 Jurista y pensador argentino (9 diciembre 1927 – 3 septiembre 2004), abogado recibido en la Universidad de Buenos Aires (UBA) en 1949 y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la misma casa de estudios. Fue asesor de la Convención Nacional Constituyente de 1994 encargada de la reforma de la Constitución Argentina. Fue reconocido internacionalmente y nombrado: Doctor Honoris Causa por la Universidad de San Martín de Porres de Lima (Perú 1986), Profesor Distinguido por la Universidad Nacional Autónoma de México (México DF 1987), Profesor Honorario otorgado por la Universidad Mayor de San Marcos de Lima (Perú), Profesor Honorario de la Universidad de ICA (Perú), Profesor Honorario de la Universidad de Arequipa (Perú). Miembro de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado. Fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina (UCA) entre los años 1962 y 1967, vicerector Académico de la UCA entre 1986 y 1990 y profesor titular de Derecho Constitucional y de Derecho Político en la Universidad de Buenos Aires. Ciudadano Ilustre de la Ciudad de Buenos Aires (2003).

19 Germán BIDART CAMPOS, Tratado elemental de Derecho Constitucional, Ediar, Buenos Aires, 1991, T.III, p. 177.

20 Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires y en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Litoral. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Fue presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (2005–2007).

21 Nestor Pedro SAGÜES, Elementos de derecho constitucional, 3ra edición, ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, T. I, p. 164.



• Después de la reforma de 1994

Sin perjuicio de la correcta interpretación, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han realizado al reconocer el derecho a la vida como implícitamente consagrado en los preceptos constitucionales, la reforma constitucional de 1994 vino a despejar toda duda al incorporar diversos tratados internacionales –con jerarquía constitucional– que expresamente se refieren al mismo.

Se resaltan los siguientes:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.	Sostiene en su artículo 1 que “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.
Declaración Universal de Derechos Humanos	Establece en su artículo 3 que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.
Convención Americana sobre Derechos Humanos.	Prescribe en su artículo 1.2 que “Todo ser humano es persona”, y en su artículo 4 que “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. 2. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	Dispone en su artículo 6 que “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.
Convención sobre los Derechos del Niño.	Refiere en su artículo 1 que es 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”; en su artículo 2.1 dispone que “Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de (...) el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales” Por su parte, en el artículo 6 dispone que “1. Los Estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.
Ley 23.849	Es importante resaltar que, mediante la sanción de la ley 23.849, la Argentina aprobó la Convención y emitió una declaración interpretativa en la cual afirma que “se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”. Esta declaración interpretativa goza asimismo de jerarquía constitucional, atento a que el artículo 75 inc. 22 de la Constitución otorgó dicho carácter a los tratados allí enumerados, “en las condiciones de su vigencia”. ²²

22 Dichas condiciones de vigencia, según los constituyentes, conforman la medida en la que

La reforma constitucional también modificó el texto de algunos artículos que se refieren a la protección del derecho a la vida. Así, el nuevo artículo 75 en su inciso 23, implícitamente reconoce que el derecho a la vida comienza desde la concepción del ser humano en el seno materno, al disponer como facultad del Congreso el dictar un régimen de seguridad social especial e integral de protección del niño en situación de desamparo que se proyecta *desde el embarazo*. Es decir, expresamente se establece el deber del Estado de proteger la vida del niño que está por nacer.²³

B.2 Protección del derecho a la vida en las Constituciones provinciales y en la legislación infraconstitucional:

Tanto el Código Civil argentino como algunas Constituciones provinciales han hecho un reconocimiento expreso del derecho a la vida a través de distintas disposiciones.

el Estado Argentino ha otorgado su consentimiento. Es decir, sólo en los términos de la ley que los aprueba y de las reservas y declaraciones interpretativas que se introducen en el momento de realizarse el depósito por parte del Poder Ejecutivo, los tratados tienen validez para el Estado Argentino. Conforme Rodolfo C. BARRA, constituyente de la reforma constitucional de 1994, citado por Alberto B. BIANCHI en *Una reflexión sobre el llamado "control de convencionalidad"*, *La Ley*, 2010–E, p. 426.

23 Un ejemplo claro de este deber del Estado se ve concretado en la asignación por embarazo creada por Resolución 235/2011 de la Administración Nacional de la Seguridad Social. Por medio de esta asignación se otorga una ayuda económica a aquellas mujeres que se encuentran desocupadas, sin cobertura de obra social, y cursando la decimosegunda semana de gestación, hasta el nacimiento del niño.

Las Constituciones de: San Juan de 1996, Jujuy de 1986, La Rioja de 1986, Mendoza de 1916, Río Negro de 1988.	Han consagrado el derecho de los habitantes de defender su vida y el deber del Estado de protegerla. ²⁴
Las Constituciones de: Córdoba de 1987, Salta de 1998, Tucumán de 2006, Formosa de 2003, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur de 1991, Chubut de 1994, Catamarca de 1966, Chaco de 1957, San Luis de 1962, Santiago del Estero de 2005, Entre Ríos de 2008.	Expresamente manifestaron que el comienzo de la vida se sitúa en el momento de la concepción. ²⁵ Así por ejemplo, el artículo 4 de la Constitución de la provincia de Córdoba expresa que “la vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables”.
Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1994.	Encontramos una protección extendida ya que en su artículo 12 inc. 1 dispone que todas las personas gozan del derecho a la vida “desde la concepción hasta la muerte natural”.
Código Civil	En su artículo 63 establece que “son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”, destacando el codificador en la nota a dicho artículo, que no se trata de personas futuras pues ya existen en el vientre de la madre. El artículo 70, por su parte, dispone que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”.

24 Artículo 15 y 22 de la Constitución de San Juan; artículo 19 de la Constitución de Jujuy, artículo 19 de la Constitución de La Rioja, artículo 8 de la Constitución de Mendoza y artículo 16 de la Constitución de Río Negro.

25 Artículo 10 de la Constitución de Salta; artículo 40 de la Constitución de Tucumán; artículo 5 de la Constitución de Formosa; artículo 14 inc.1 de la Constitución de Tierra del Fuego; artículo 18 inc.1 de la Constitución de Chubut, artículo 65, III, 1 de la Constitución de Catamarca; artículo 15, 1 de la Constitución de Chaco; artículo 13 de la Constitución de San Luis; artículo 16, 1 de la Constitución de Santiago del Estero; artículo 16 de la Constitución de Entre Ríos.

Se puede concluir, luego de haber repasado brevemente las disposiciones que en la legislación nacional e internacional tratan sobre el derecho a la vida, que en el ordenamiento jurídico argentino la protección de la vida humana no sólo se encuentra expresamente consagrada, sino que su respeto ha sido el objetivo primario y esencial tenido en mira por la Constitución.

Incluso con anterioridad a la firma y ratificación de tratados internacionales, la Argentina ya era garante del derecho a la vida, reconociéndolo como el primer derecho natural preexistente a toda legislación positiva.

C. Un acierto de la Corte, con matices cuestionables

Sánchez Elvira Berta C/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación²⁶

Durante el transcurso del último estado de sitio, vivido por la Argentina tras el golpe de estado de 1976, numerosas fueron las víctimas que sufrieron la muerte o desaparición forzada y arbitraria privación de la libertad por parte de las fuerzas de seguridad. A consecuencia de ello, el Estado argentino acordó por ley 24.411, el pago de una indemnización a quienes resultaron víctimas de tales delitos con anterioridad al 10 de diciembre de 1983.²⁷

En este contexto, la Sra. Elvira Berta Sánchez inició el trámite ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a fin de que se le concediera la indemnización dispuesta por ley, dado que su hija, Ana María del Carmen Pérez, víctima de homicidio por parte de las fuerzas de seguridad, al momento de su muerte se encontraba cursando su último mes de embarazo.

Si bien el Ministerio de Justicia le concedió el beneficio en relación a su carácter de madre de la fallecida, se lo rechazó respecto a su carácter de abuela del niño por nacer. Entendió que el niño no nacido no llegó a tener existencia visible conforme lo disponen los artículos 54 inc.1, 63, 70 y 74 del Código Civil, razón por la cual no adquirió derechos que pudieran ser transmitidos a favor de sus sucesores.²⁸

26 Cita Fallos Corte, 330:2304

27 El 24 de marzo de 1976 tuvo lugar la detención de la entonces presidente argentina Isabel Perón, asumiendo el poder la Junta de Comandantes integrada por el Teniente Gral. Jorge Rafael Videla, el Almirante Eduardo Emilio Massera y el Brigadier Gral. Orlando R. Agosti. Comenzó de este modo el autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional” que se extendió hasta el 10 de diciembre de 1983.

28 En los artículos mencionados, el Código Civil reconoce la existencia de persona, y por tanto

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal –órgano de segunda instancia– también rechazó el pedido en base a análogos argumentos, razón por la cual, en mayo de 2007 el pedido llegó ante la Corte.

El máximo tribunal –a diferencia de lo resuelto por los órganos de las instancias inferiores– reconoció el derecho de la Sra. Elvira Sánchez haciendo lugar al pedido de indemnización, entendiendo que la acción prevista por la ley 24.411 no constituía una acción hereditaria. La Sra. Elvira Sánchez no estaba heredando un derecho del nieto cuya adquisición irrevocable sí estaba subordinada a su nacimiento con vida, sino que, por el contrario, la ley 24.411 reconocía un derecho propio que nacía en cabeza de la abuela. Es por ello que la Sra. Elvira Sánchez resultaba titular por derecho propio –no heredado– a la indemnización por el fallecimiento de su nieto.

Algunos aspectos positivos:

- Es dable resaltar como un gran acierto del máximo tribunal, el reconocimiento indiscutido de la existencia de un ser humano individual desde el momento de la concepción. En ninguna de las instancias fue objeto de discusión el derecho a la vida de la persona por nacer,²⁹ sino que el debate se centró en la existencia o inexistencia de título por el cual la abuela pudiera solicitar la indemnización legal.
- Expresamente se manifestó que “el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional, derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional”.³⁰
- Discutir sobre la legitimación –sea hereditaria o por derecho propio– de quien pretende ser indemnizado por el fallecimiento de una persona

de sujeto de derechos, desde la concepción. Sin embargo, en cuanto a los derechos que el nasciturus pudiera llegar a adquirir, dispone que los mismos quedan irrevocablemente adquiridos si éste naciera con vida. Es decir, la transmisión de derechos a sucesores queda subordinada a la previa adquisición de tales derechos en cabeza del niño que naciera con vida.

29 Derecho que ya fuera expresamente reconocido por la Corte en el año 2002, en el fallo “Portal de Belén–Asociación Civil sin Fines de Lucro c. M.S.y A.S.”, Cita Fallos Corte, 325: 292.

30 Dictamen del Señor Procurador subrogante Dr. Ricardo O. Bausset.

con quien tiene vínculo de parentesco, presupone reconocer previamente la existencia de dicha persona que ha perdido la vida.

- La Corte reconoció en el presente caso la existencia de la persona por nacer, y otorgó por tanto la indemnización prevista por ley en consideración a la muerte ocasionada, sin hacer distinción alguna entre nacidos y no nacidos.

Un aspecto negativo:

- Así como se resalta el acierto de la Corte al reconocer expresamente la existencia de vida en el seno materno desde la concepción, se debe cuestionar la mención que el voto suscripto por la mayoría hizo a la teoría de la “personalidad”.³¹
- Los ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay sostuvieron que la personalidad “no es una cualidad natural, algo que exista o pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de éste: es una cualidad puramente jurídica.”³² Es decir, según esta concepción de la personalidad, la persona como sujeto de derechos y obligaciones es una construcción meramente jurídica y no un reconocimiento que se desprende de la naturaleza humana.
- Una consideración de este tipo desconoce el derecho a la personalidad como derecho humano, expresamente reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). En efecto, la Convención Americana expresamente dispone en su artículo 1.2 que “todo ser humano es persona”, y en su artículo 3 que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.
- En el mismo sentido uno de los máximos tratadistas del derecho civil en la Argentina, expresa que “el ordenamiento no puede dejar de reconocer –advértase bien, reconocer– en todo hombre la calidad de persona o sujeto de derechos. Pues siendo el derecho una disciplina no autónoma, sino instrumental y auxiliar al servicio de los fines humanos [...] no puede dejar de reconocer al hombre, cualquiera sea su condición o raza, el carácter de persona”.³³

31 Ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Argibay.

32 Considerando 10.

33 Jorge J. LLAMBIAS, Tratado de Derecho Civil, Parte General, Decimooctava Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, T. I, p. 221.

- Lamentablemente la historia ha enseñado los peligros de concebir la personalidad como mero recurso jurídico desprovisto de su realidad ontológica. Triste ejemplo de ello ha sido el modelo totalitario nazi, cuyo daño a la humanidad condujo a la necesidad de declarar derechos iguales e inalienables a todos los miembros de la familia humana, teniendo por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca del hombre.³⁴

III. La penalización del aborto: lógica consecuencia del reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción.

A. Situación legislativa nacional

La innegable importancia que tiene la vida como bien jurídico esencial, y su necesaria protección, se ve claramente reflejada en la tipificación de diversas conductas que atentan contra la misma como delitos penales.

En efecto, el Código Penal regula en su Capítulo I, Título I, Libro II *Los delitos contra la vida*, tipificando en particular, en sus artículos 85 a 88, el delito de aborto.

Si bien la legislación argentina no lo define, se entiende que el aborto consiste en la muerte provocada del feto, con independencia de que haya tenido lugar la expulsión del seno materno.³⁵ Por tanto, el bien jurídico protegido es la vida del feto, una vida que aunque se desarrolla en las entrañas de la madre, merece una protección independiente de ésta.³⁶

Esta regulación que protege a la vida humana desde la concepción, guarda plena coherencia con el reconocimiento que el ordenamiento jurídico argentino hace de la existencia de la persona humana desde ese mismo momento.³⁷ Sin embargo, el tema se torna conflictivo cuando se debe abordar el alcance que tiene el artículo 86 del Código Penal, que contempla supuestos de abortos no punibles.

Jorge J. Llambías es uno de los juristas de mayor influencia en el República Argentina, particularmente en materia de derecho civil. Ha escrito numerosos libros entre los que se pueden destacar: Tratado de derecho civil; Código Civil Anotado; Estudios de la Reforma al Código Civil Ley 17.711; Estudio sobre la mora en las obligaciones; Efectos de la nulidad y de la anulación de los Actos Jurídicos; Manual de Obligaciones. También es autor de numerosos artículos publicados en revistas jurídicas nacionales.

34 Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

35 Ricardo NUÑEZ, Tratado de Derecho Penal, ed. Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1977, T. III, p. 161.

36 Idem, p. 160.

37 El artículo 70 del Código Civil expresamente dispone que la vida de las personas comienza

Abortos no punibles. Artículo 86 del Código Penal

<p>Dispone que no es punible el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta:</p>	<p>1) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios (aborto terapéutico).</p> <p>2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometidos sobre una mujer idiota o demente. En este caso, requiere el consentimiento de su representante legal para practicar el aborto (aborto eugenésico).</p>
--	--

Según el Código Penal argentino, un delito no es punible cuando se dispone la procedencia de una excusa absolutoria. Esta excusa implica que ante la comisión de un hecho delictivo, el legislador, en su margen discrecional, decide no aplicar la sanción prevista en el tipo penal correspondiente por razones de política criminal.³⁸

El artículo que se comenta prescribe que “no es punible” el aborto practicado en las condiciones allí previstas. Lógicamente, para que esta excusa absolutoria opere correctamente, primero debe haberse cometido el delito, ya que el juzgamiento es siempre posterior al hecho. No se trata, por tanto, de abortos *permitidos*, ni mucho menos de un pretendido *derecho a abortar*.

Aborto “terapéutico”

Se suele denominar aborto *necesario*³⁹ o *terapéutico* aquel que está contemplado en el inc. 1 del artículo 86 del Código Penal. Éste se caracteriza por el aparente enfrentamiento entre dos bienes jurídicos igualmente protegidos: la vida de la madre y la vida del feto.

El inc. 1° del artículo 86 prevé que “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si ese peligro no puede ser evitado por otros medios”.

Del texto mismo del artículo se desprende que la excusa absolutoria mencionada tiene los siguientes requisitos taxativos, a saber: a) consentimiento de la

desde la concepción en el seno materno.

38 Se puede citar como ejemplo de delito no punible, el hurto de dinero de los hijos respecto de sus padres, que según el artículo 185 inc. 1 del Código Penal, no resulta sancionado. Pero es importante resaltar que de la no punibilidad del delito no se desprende la existencia de un derecho a hurtar en tales circunstancias.

39 Sebastian SOLER, Derecho Penal Argentino, ed. Tea, Buenos Aires, 1992, T. III, p. 111.

mujer encinta, b) aborto practicado por un médico diplomado, c) peligro para la vida o salud materna, d) que el peligro no pueda ser evitado por otro medio. Dichos requisitos deben concurrir simultáneamente a fin de que no sea aplicable la sanción penal prevista.

Los dos primeros requisitos no revisten mayores complejidades interpretativas. Según la doctrina el consentimiento exigido debe ser expreso, no admitiéndose el consentimiento presunto ni el tácito.⁴⁰ En cuanto a la calidad de médico diplomado, se entiende que revisten tal carácter aquellos que hayan obtenido título habilitante, no quedando comprendidos en la disposición otros profesionales del arte de curar, aunque profesionalmente estén capacitados para resolver sobre la existencia de la situación peligrosa y actuar en consecuencia.⁴¹

Sí reviste mayor importancia el análisis del requisito de peligro para la vida o la salud de la madre, como también el de la inexistencia de otro medio idóneo para evitarlo.

A diferencia de lo previsto para otras figuras delictivas, aquí la ley no exige de manera expresa que el peligro para la salud de la madre sea grave,⁴² pero de ello no se desprende que la excusa absolutoria pueda operar libremente frente al peligro de daños insignificantes o intrascendentes.⁴³

Esto es así porque el requisito de peligro para la vida o salud de la gestante debe interpretarse conjuntamente con el último requisito de la figura, que exige que dicho peligro no pueda ser evitado por otros medios.

Cabe preguntarse entonces cuáles son aquellos peligros que, considerando el desarrollo actual de la ciencia, no puedan ser evitados por medios menos lesivos para la vida de la persona por nacer.

Suelen enunciarse como enfermedades que pueden agravarse con el embarazo, o que son de difícil tratamiento a causa del mismo, el cáncer, la tuberculosis, la insuficiencia renal, respiratoria o cardíaca, la hipertensión de la gestación o la preclampsia.⁴⁴ Asimismo, se ha sostenido que la ley no exige que se trate necesari-

40 Edgardo Alberto DONNA, Derecho Penal: Parte Especial, 3° ed. Act., ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, T. I, p. 199.

41 Carlos CREUS y Jorge Eduardo BUOMPADRE, Derecho Penal: Parte Especial, 7° ed. act., ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, T.I, p. 66.

42 El artículo 142 inc 3 CP prevé como agravante del delito de privación ilegítima de la libertad, el *grave daño* a la persona o la salud de la víctima.

43 Ricardo NUÑEZ, Tratado de Derecho Penal, ed. Lerner, Córdoba – Buenos Aires, 1977, T. I, p. 341.

44 Uno de los factores que mayor influencia tuvo en las legislaciones restrictivas en materia de

riamente de una afección al funcionamiento orgánico o físico, sino que también estaría incluido el daño psíquico, mencionándose algunas enfermedades mentales tales como las depresiones graves, tendencias suicidas de la madre, etc.⁴⁵

Pero lo cierto es que el avance de la medicina ha tornado prácticamente inexistentes los supuestos de procedencia de esta excusa absolutoria.⁴⁶ Así, la ciencia ha logrado que la gestante pueda continuar con su embarazo hasta el momento en que el niño pueda nacer y sobrevivir luego del parto. En la actualidad, centros especializados logran la supervivencia de bebés de seis meses de gestación y de hasta 600 gramos de peso.⁴⁷

Al respecto, la Academia Nacional de Medicina ha sostenido que “con los adelantos tecnológicos actuales en reproducción humana para combatir la mortalidad perinatal, salvando fetos y recién nacidos enfermos, resulta un absurdo la destrucción del embrión y feto sano” agregando que “terminar deliberadamente con una vida humana incipiente es inaceptable [ya que] representa un acto contra

aborto de fines del siglo diecinueve, fue la necesidad de salvar la vida de la mujer embarazada. En efecto, en el tiempo en que estas leyes fueron aprobadas, efectivamente existieron muchas indicaciones de abortos que buscaban salvar la vida de la mujer en aquellos casos en que ésta sufría de tuberculosis, enfermedades cardiovasculares y renales, o el llamado vómito pernicioso del embarazo. (La traducción es propia) “Under the strict abortion laws that became standard in the late nineteenth century, abortions were permitted where necessary to save the life of a pregnant woman. At the time these laws were adopted, there were in fact many indications for life-saving abortions, such as tuberculosis, cardiovascular and renal disease, and the so-called pernicious vomiting of pregnancy.” Mary Ann GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts (1987) p. 11.

45 Edgardo Alberto DONNA, *Derecho Penal: Parte Especial*, 3^o ed. act., ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 209.

46 Ya en la década de 1960 los avances de la medicina tornaron muy poco probable el supuesto de que la vida de la madre estuviera en juego. Cada vez menos abortos eran practicados a los fines de preservar la vida o la salud de la mujer. (La traducción es propia) “By the 1960s, however, advances in medicine meant that it was only a rare case where the pregnant woman’s life could be said to be at stake. Fewer and fewer abortions were being performed to preserve the woman’s life or even physical health.” Mary Ann GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts (1987), p. 12.

47 En los países desarrollados la mortalidad neonatal en los prematuros descendió en forma notable en los últimos 15 años. Entre los años 1990 y 2000 sobreviven prematuros de menos de 30 semanas y entre 600 y 900 gramos. FUSTIÑANA, MARIANI, JENIK, LUPO, *Neonatología*

la medicina, pues la única misión de cualquier médico es proteger y promover la vida humana, nunca destruirla...".⁴⁸

En cuanto al daño psíquico como causal justificante, cabe resaltar que el aborto nunca es terapia adecuada para el tratamiento de tales afecciones, existiendo siempre la alternativa de una completa terapia psicológica o psiquiátrica.⁴⁹

Respecto a la operatividad de esta excusa absolutoria ya se sostuvo que su misma naturaleza jurídica exige que previamente haya tenido lugar el hecho delictivo, no pudiendo sostenerse válidamente que se trate de un supuesto derecho a abortar o de un aborto permitido que requiera la anuencia de la autoridad judicial.

Sin perjuicio de ello, cierta doctrina y jurisprudencia ha confundido la naturaleza de la excusa absolutoria con supuestos de estados de necesidad o incluso de legítima defensa.

La *legítima defensa* es una causa de justificación que consiste en la reacción necesaria y racional contra una agresión inminente y no suficientemente provocada. Por tanto, para que opere esta causa de justificación deben concurrir las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende (artículo 34 inc. 6°, párr. 1°, Código Penal). Por su parte, el *estado de necesidad* es también una causa de justificación que puede invocar quien, para preservar un bien jurídico en peligro de ser destruido o disminuido, realiza un comportamiento típico que lesiona o afecta otro bien jurídico, considerado menos valiosos por el orden jurídico (artículo 34, inc. 3°, Código Penal).⁵⁰

Pero como se sostuvo, el artículo 86 inc. 1 del Código Penal argentino no regula supuestos de estado de necesidad ni de legítima defensa.

Práctica, 4° ed., Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires, 2009, p. 224 y 289.

48 Declaración aprobada por el Plenario Académico, de la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, en su Sesión privada del 28 de julio de 1994, publicada como solicitada en el Diario "La Nación" y "Clarín", del 4.8.94. <http://www.acamedbai.org.ar/pagina/academia/declarac.htm>

49 La moderna terapia psiquiátrica ha hecho posible llevar el embarazo de una mujer mentalmente enferma a término. Por otro lado, en caso de practicarse un aborto, sería más grave el remedio que la enfermedad. Según un estudio de la Real Academia de Obstetricia de Inglaterra, el 59 % de las mujeres que abortan tienen altas probabilidades de sufrir problemas psiquiátricos graves y permanentes. José María PARDO SÁENZ, *Bioética práctica al alcance de todos*, Ediciones RIALP, Madrid, 2004, p. 86.

50 Esteban RIGHI, *Derecho Penal: Parte General*, 1° ed, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 270 y 281.

En efecto, el riesgo para la vida o salud de la madre no proviene de una agresión ilegítima del feto, tampoco se trata de un mal inminente que impida realizar una evaluación previa que justifique, en última instancia y no habiendo medios menos lesivos, recurrir a la práctica del aborto para salvar la vida o salud de la madre. Más aún, el estado de necesidad requiere que el mal causado sea menor que el mal inminente que se quiere evitar, condición que no se cumple en el aborto terapéutico ya que no puede sostenerse válidamente que la muerte del feto sea un mal menor. Por el contrario, se trata de bienes jurídicos equivalentes. Conforme lo dispone la legislación argentina, la vida de la madre y la vida del feto gozan de la misma valoración y protección legal.

Aborto “eugenésico”.

El inciso 2° del artículo 86 dispone que “El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible [...] si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Se entiende por aborto eugenésico aquel que se ha practicado para evitar el nacimiento de un ser con serias incapacidades físicas o mentales, o con ambas a la vez.⁵¹

La doctrina discute acerca del alcance que tiene esta figura en lo referente al reconocimiento o no del llamado “aborto sentimental” dentro de la misma, entendiendo por tal, aquel que es practicado cuando el embarazo proviene de una violación cometida sobre una mujer capaz.

El antecedente normativo de esta disposición es el anteproyecto suizo de 1916. Resulta ilustrativo transcribir algunos párrafos del informe elaborado por la Comisión redactora del Código Penal argentino a los fines de clarificar la controversia.

Dijo expresamente la Comisión: “Es la primera vez (...) que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado. (...) El tema es seductor y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugenésica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta comisión una importancia trascendental y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a

51 Oscar Alberto ESTRELLA, Roberto GODOY LEMOS, Código Penal: Parte especial. De los delitos en particular. Análisis doctrinario. Jurisprudencia seleccionada., ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, T. I, p. 159.

los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad”.⁵²

Se observa claramente que la razón justificadora de esta figura reside en la preponderancia que el legislador le dio a la finalidad eugenésica por sobre la vida del feto. Es por ello que el aborto sentimental –aquel consentido por la mujer sana de mente que concibió a causa de un acto de violación– no está comprendido en el artículo 86 inc. 2.⁵³ Para que tenga vigencia esta figura, sólo una mujer idiota o demente debe ser la que ha sufrido una violación o un atentado al pudor. En caso contrario, la figura no se aplica.⁵⁴

Para que opere entonces la excusa absolutoria deben cumplirse los siguientes requisitos: a) que la causa del embarazo sea una violación o atentado al pudor, b) que la embarazada sea deficiente mental, y c) que el aborto se haya practicado con el consentimiento del representante legal de la mujer.

Resta entonces preguntarse si tiene razón de ser una disposición semejante; si puede considerarse válida a la luz de los tratados internacionales que reconocen expresamente el derecho a la vida desde el momento de la concepción; si puede justificarse la muerte de un ser inocente con la sola finalidad de conservar la “pureza de la raza”, máxime si se tiene en cuenta que un acto de semejante crueldad resulta contrario a cualquier derecho humano.

B. Proyectos de reforma a consideración del Congreso Nacional

I. Proyectos de reforma del Código Penal argentino

1.1 Anteproyecto de Código Penal:

En el año 2004 se crea la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal (Res. M.J. y D.H. Nº 303/04

52 Diario de sesiones de la Cámara de Senadores del Congreso Nacional 43 va. reunión de la 31va. sesión ordinaria del 23 de septiembre de 1920, lectura del informe de la Comisión de Códigos del Sanado de la Nación, p. 958, suscripto el 26 de septiembre de 1919 por J.V. González, E. Del Valle Ibarlucea, P.A. Garro. Citado por Francisco JUNYENT BAS y Candelaria DEL CERRO, “Aborto y Derecho a la Vida”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 5.

53 Ricardo NUÑEZ, Tratado de Derecho Penal, T. I, ed. Lerner, Córdoba – Buenos Aires, 1977, p. 390–391.

54 Carlos CREUS, Jorge Eduardo BUOMPADRE, Derecho Penal: Parte Especial, 7° ed. act., T.I,

Y N° 136/05), presentándose la redacción final del Anteproyecto en el año 2006.

En materia de aborto, el Anteproyecto modifica sustancialmente la legislación actual. A los fines de una mejor comprensión se transcriben los artículos pertinentes, en la redacción propuesta por el Anteproyecto:

Artículo 92.– El aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer, no es punible: a) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud física o psíquicosocial de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; b) Si el embarazo proviene de una violación. Si se tratare de una menor o incapaz, se requerirá el consentimiento de su representante legal.

Artículo 93.– No es punible la mujer cuando el aborto se practicare con su consentimiento y dentro de los TRES (3) meses desde la concepción, siempre que las circunstancias lo hicieren excusable. No es punible el médico que, dentro de los TRES (3) meses desde la concepción, practicare un aborto con el consentimiento de la mujer, cuando previamente la haya asesorado sobre las consecuencias del hecho y las razones existentes para preservar la vida del feto.

Es decir, el Anteproyecto introduce la siguientes reformas:

- a) Despenaliza el aborto practicado durante los primeros tres meses de gestación, con el sólo requisito del consentimiento informado de la mujer.
- b) Incluye el llamado “aborto sentimental” al autorizar la eliminación del feto producto de una violación, sin limitación de tiempo.
- c) Introduce el peligro para la salud psíquicosocial como excusa absolutoria.

No sólo puede criticarse al Anteproyecto su deficiente técnica legislativa y vaguedad en la determinación del tipo penal, sino principalmente el contenido de las modificaciones que pretende introducir en la legislación penal argentina, ya que resultan abiertamente inconstitucionales.

En efecto, esta reforma viola de manera grosera todas las disposiciones consagradas en los tratados internacionales a los cuales la Argentina les ha otorgado jerarquía constitucional, que expresamente reconocen a todo ser humano –en particular al niño– el carácter de persona desde el momento de la concepción, exigiendo su protección integral desde ese mismo momento.⁵⁵

ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 68.

55 Artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 3

Es por ello que resulta conveniente repasar algunas disposiciones de la normativa internacional aludida, y analizar luego el Anteproyecto a la luz de dicha normativa internacional:

- En primer lugar cabe citar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prescribe en su artículo 1.2 que “Todo ser humano es persona” y en su artículo 4 que “1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. 2. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

La primera conclusión que se desprende es que la Convención Americana no hace distinción alguna entre seres humanos, sino que, por el contrario, expresamente dispone que “todo ser humano es persona”. Excede los fines de este trabajo la fundamentación biológica del momento en que comienza la vida humana, sin embargo basta mencionar que no es materia discutida en el ámbito de la ciencia que el inicio de la vida se da en el momento de la fecundación.⁵⁶ En consecuencia, todo ser humano desde el momento de la concepción es persona, y toda persona tiene derecho a que se respete su vida.

Parte de la doctrina entiende que el término en general contenido en la primera parte del artículo 4 implica una autorización para desconocer el derecho a la vida del no nacido; sin embargo, una interpretación de esta naturaleza resultaría contradictoria con el contenido integral del artículo, que justamente le reconoce este derecho a *toda persona*. Más aún, la segunda parte del artículo dispone que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que arbitrario es todo acto que prive de

de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 1.2 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 1 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño y su declaración interpretativa.

⁵⁶ Ricardo Leopoldo SCHWARCZ, Carlos Alberto DUVERGES, Angel Gonzalo DIAZ, Ricardo Horacio FESCINA, *Obstetricia*, Ed. El Ateneo, 5ta edición, 2001, 9. William F. GANONG, *Fisiología médica*, Ed. El Manual Moderno, 20ª edición, 2006, p. 388. Asimismo, la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires ha manifestado que “en el momento de la fecundación, la unión de los pronúcleos femenino y masculino da lugar a un nuevo ser con su individualidad cromosómica y con la carga genética de sus progenitores”. Declaración aprobada por el Plenario Académico, de la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires,

un derecho otorgado por la Convención a un ser humano que no ha participado de ninguna manera en los hechos que han dado origen al caso concreto;⁵⁷ y no podría sostenerse válidamente que la persona por nacer tenga alguna participación, responsabilidad o culpa en el desconocimiento de su derecho a la vida.

- Más claro aún resulta lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 6 dispone que “1. Los Estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. Por su parte, la Argentina emitió una declaración interpretativa a este tratado conforme la cual –para la legislación de este país– se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad.⁵⁸

Por otro lado, la misma Convención sobre los Derechos del Niño veda la posibilidad de que se esgrima el hecho del nacimiento, o cualquier condición de los padres, como causa de discriminación para dejar sin efecto o desconocer los derechos allí consagrados. Expresamente dispone en su artículo 2.1 que “los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de [...] *el nacimiento* o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales” (énfasis añadido).

Resulta entonces evidente que, las disposiciones del Anteproyecto que se comenta, no podrían convertirse en ley sin violar normativa de orden internacional y de jerarquía constitucional.

Con dicha afirmación no se pretende negar el derecho a la privacidad e intimidad de la mujer, ni el derecho a la dignidad de la mujer viola-

en su Sesión privada del 28 de julio de 1994, publicada como solicitada en el Diario “La Nación” y “Clarín”, del 4.8.94. <http://www.acamedbai.org.ar/pagina/academia/declarac.htm>

57 Corte I.D.H., Serie C, N° 16, p. 22 y 33; Corte I.D.H., Serie C, N° 35, p. 26 y 27; Corte I.D.H., Serie C, N° 63, p. 59 y 60; Corte I.D.H., Serie A, N° 4, p. 21; Corte I.D.H., Serie C, N° 74; Corte I.D.H., Serie C, N° 94, párrs. 13,104 y 106; citados por José Alejandro CONSIGLI, “Es inconstitucional un Proyecto de Ley de abortos no punibles”, carta remitida a los diputados nacionales, Buenos Aires, junio 2007, p. 6.

58 Ley 23.849. Ver en el presente trabajo: “Protección del derecho a la vida en la Constitución Nacional”.



da, ni se pretende desconocer los eventuales sufrimientos psicológicos que la madre pueda padecer por tener que llevar a término un embarazo no deseado. La mujer, como toda persona perteneciente a la familia humana, es titular de todos los derechos humanos reconocidos por los instrumentos internacionales. Tanto nacidos como no nacidos son titulares de idénticos derechos, por lo que resulta necesario tratar de compatibilizarlos cuando éstos entran en aparente enfrentamiento.

Resta entonces preguntarse, si existe razón suficiente para desconocer el derecho humano a la vida de la persona por nacer, máxime si se tiene en cuenta que los derechos de la mujer que se verían afectados –aunque efectivamente resultarían restringidos– sufrirían una limitación meramente temporal, en tanto que el aborto implicaría la supresión o aniquilación del titular de iguales derechos.

1.2 Otros proyectos de reforma del Código Penal

a. Interrupción voluntaria del embarazo y derogación del artículo 85 inc.2, y del artículo 86 y 88 del Código Penal argentino

Este proyecto es uno de los más recientes intentos legislativos por modificar la legislación penal en materia de aborto. Fue presentado por la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal Seguro y Gratuito el 16 de marzo de 2010 en la Cámara de Diputados de la Nación bajo el expediente 0998-D-2010.

El proyecto pretende reconocer a toda mujer el “derecho a decidir la interrupción voluntaria de su embarazo durante las primeras doce semanas del proceso gestacional” (artículo 1). Asimismo, agrega como excusas absolutorias el llamado “aborto sentimental” es decir, cuando el embarazo fuera producto de una violación (artículo 3 inc.a), y la existencia de malformaciones fetales graves (artículo 3 inc.c), garantizando el acceso a estas prácticas de manera gratuita a través de los servicios de salud del sistema público. El único requisito exigido es el consentimiento informado de la madre, sin que sea necesario solicitar consentimiento del padre ni autorización judicial previa. Para otorgar válidamente este consentimiento se exige la edad de catorce años (14), desconociendo de este modo la legislación civil que rige en materia de capacidad de las personas, y generando evidentes incoherencias. Así, por ejemplo, se exige la edad de 18 años para ser donante de sangre, práctica evidentemente de menor complejidad y riesgo, y con mínimas consecuencias si se la compara con

el aborto, el cual no sólo implica un alto riesgo para la salud de la madre sino que implica también decidir sobre la vida del niño por nacer.

b. Proyecto de ley de anencefalia

Este proyecto de fecha de 30 de agosto de 2001, con número de Expediente 5593-D-01, pretende incorporar al artículo 86 del Código Penal un nuevo inciso que “autorice a quien se encontrare cursando un embarazo de feto anencefálico a ejercer el derecho de optar si continúa con el mismo una vez establecido el diagnóstico” (artículo 1).

Si bien no puede desconocerse el inmenso sufrimiento que significa para una madre llevar en su vientre una vida que no tiene posibilidades ciertas de sobrevivir luego del parto; parece bastante discutible que la solución sea la destrucción anticipada de dicha vida. Matar una persona, cualquiera sea el grado de desarrollo de la misma y cualquiera sea el tiempo estimado de su existencia, implica un profundo desprecio por la vida y la dignidad propia de todo ser humano. Esto es así ya que el exiguo tiempo de vida que una persona anencefálica pueda tener, en nada afecta su calidad de tal, ni la protección jurídica que merece.

II. Proyectos de reglamentación del artículo 86 del Código Penal argentino.

Como fuera ya expresado, el artículo 86 del Código Penal regula dos supuestos de abortos no punibles, estos son, el llamado aborto terapéutico y el denominado aborto eugenésico. Ello no implica sostener que se trate de abortos “permitidos” o que estemos frente a un pretendido “derecho a abortar”, sino simplemente se trata de excusas absolutorias conforme las cuales, por razones de política criminal, el legislador dispone no aplicar la pena al caso concreto.

Sin perjuicio de ello, se han presentado tanto en el Congreso de la Nación como en algunas Legislaturas provinciales, proyectos de ley que pretenden “reglamentar” el artículo 86 del Código Penal, a partir de la afirmación de que se trata de un derecho que requiere de dicha reglamentación para que se garantice su ejercicio.

Características generales de los proyectos:

- a) Establecen como obligatorio para todos los establecimientos asistenciales públicos, privados y de obras sociales la atención de los abortos no punibles.
- b) Reglamentan como supuestos contemplados en el artículo 86 CP:
 - Peligro para la vida o para la salud integral de la mujer (inc.1)
 - Embarazo proveniente de una violación (inc.2)
 - Embarazo proveniente de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente (inc.2)

- c) Incluyen en el concepto de salud integral de la mujer, la salud física, psíquica y/o social.
- d) Presumen la existencia de peligro para la salud psíquica en los casos de embarazo producto de una violación, o en casos de fetos inviables.
- e) En los casos de violación, algunos exigen denuncia policial y constancia de la revisación efectuada por médico forense, y otros simplemente una declaración jurada de la mujer.
- f) Exigen que haya consentimiento informado, es decir, que el profesional a cargo brinde a la mujer información respecto a los estudios o tratamientos específicos, riesgos significativos asociados y posibilidades previsibles de evolución. También exigen informar acerca de la existencia de otras opciones de atención o tratamientos si los hubiere.
- g) Requieren que el consentimiento sea otorgado por la mujer embarazada o por su representante legal en caso de incapacidad.
- h) Exigen una edad mínima de 14 o de 18 años, según cada proyecto.
- i) En ningún caso requieren intervención o autorización de autoridad judicial o administrativa.
- j) Prevén que toda persona –ya sea médico o personal auxiliar del sistema de salud– pueda manifestar su objeción de conciencia. Ella deberá ser declarada al momento de iniciar sus actividades en el establecimiento asistencial correspondiente.
- k) Disponen que los directivos del establecimiento prevean el reemplazo o sustitución de manera inmediata, de los médicos que hayan manifestado objeción de conciencia.

Algunas consideraciones que pueden formularse a estas “reglamentaciones”:

- a) Reglamentaciones de esta naturaleza no sólo transforman un hecho delictivo en un supuesto derecho (al aborto), sino que además, obligan a todos los establecimientos que conforman el sistema de salud a disponer de sus recursos materiales y humanos para efectuar dichas prácticas.
- b) Con el pretexto de “reglamentar” el Código Penal, terminan efectuando una verdadera reforma legislativa. Así, por ejemplo, eliminan el requisito de que el peligro para la vida de la gestante “no pueda ser evitado por otros medios”,⁵⁹ dejando de ser el aborto una última instancia, para transformarse en una opción de la mujer embarazada.⁶⁰

59 Artículo 86 inc. 1, Código Penal argentino.

60 Resulta evidente que la eliminación de este requisito fue querida por el legislador, ya que al regular el consentimiento informado, dispone expresamente que el profesional debe

- c) Realizan una interpretación amplia de la figura penal. Entienden que el peligro para la salud de la madre puede recaer sobre su salud física, psíquica o incluso social, extendiendo de este modo la procedencia de la excusa absoluta a una innumerable cantidad de supuestos de indiscutida ilegitimidad.
- d) Incluyen el llamado “aborto sentimental”, esto es, aquel que se practica sobre una mujer cuyo embarazo es producto de una violación. Esto también implica una reforma del Código Penal ya que, como fuera desarrollado oportunamente, el inc. 2 del artículo 86 únicamente incorporó el aborto eugenésico.
- e) En cuanto a la edad exigida para otorgar válidamente el consentimiento, resulta carente de toda lógica que una menor de 14 años pueda decidir sobre la suerte de la persona que lleva en su vientre, cualquiera sea el supuesto de procedencia para ello. Conforme la legislación civil argentina, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, y hasta tanto la persona cumpla dicha edad, se encuentra inhabilitada para realizar actos de una trascendencia muy inferior a la práctica de un aborto. Por ejemplo, no puede votar, no puede comprar bebidas alcohólicas, no puede conducir vehículos, no puede salir del país si autorización de los padres, no puede ser donante de órganos, etc. La contradicción resulta evidente.
- f) Finalmente, cabe realizar una crítica de forma a aquellos proyectos aprobados o que se encuentren en tratamiento legislativo por parte de las Legislaturas provinciales.⁶¹ Conforme el artículo 75 inc.12 de la Constitución Nacional argentina, el único órgano facultado para reglamentar derechos fundamentales es el Congreso de la Nación; es por ello que una Legislatura no puede crear derechos, como sería el supuesto “derecho a abortar”, y tampoco puede limitarlos ni menos aún suprimirlos, lo cual sin duda alguna es lo que hacen estos proyectos respecto al derecho a la vida.

Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles

Actualmente se encuentra vigente una “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles” cuya distribución fuera aprobada el 12

informar acerca de la existencia de otras opciones de atención o tratamiento si los hubiere.

61 En la actualidad se han aprobado reglamentaciones de abortos no punibles en la Provincia de Buenos Aires mediante Resolución n° 304/07; en la Provincia de Neuquén mediante Resolución n° 1380/07; en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mediante Resolución n° 1174/07; en la Provincia de Chubut mediante Ley XV n° 14; y en la Provincia de Salta mediante Resolución n° 215/12.

de julio de 2010 por el Ministerio de Salud argentino, mediante resolución Nro. 1184/10 en el marco del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable. Un texto similar fue aprobado en el año 2007 por el entonces Ministro de Salud de la Argentina, Ginés González García. A esta guía le caben las mismas críticas efectuadas precedentemente ya que, no sólo regula los “casos permitidos” por el Código Penal argentino, sino que amplía los supuestos de procedencia incluyendo el aborto sentimental.⁶²

C. Un precedente jurisprudencial de enorme trascendencia

En el año 2000, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó un precedente de enorme trascendencia, en el caso comúnmente conocido como “Portal de Belén”.⁶³

En dicho caso, la asociación civil Portal de Belén promovió acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a fin de que se revocara la autorización del fármaco *Inmediat* de Laboratorios Gador S.A., y se prohibiera su fabricación, distribución y comercialización, en razón de los efectos abortivos que la mencionada píldora de anticoncepción de emergencia producía. La pretensión estaba fundada en el reconocimiento constitucional que tiene el derecho a la vida.

En primera instancia se hizo lugar al reclamo, pero el Estado apeló y la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba –órgano de segunda instancia– revocó el fallo por entender que se requería mayor amplitud de debate y prueba que el permitido por una acción de amparo.

Por vía de recurso extraordinario llegó a la Corte Suprema de Justicia Argentina, quien –por mayoría de 5 votos– ordenó que el Estado Nacional deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación distribución y comercialización del fármaco *Inmediat*.⁶⁴

Tres fueron los argumentos centrales del fallo: a) la vida humana comienza con la fecundación; b) la píldora tiene efectos abortivos; c) el derecho a la vida es el primer derecho natural preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional.

62 Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Ministerio de Salud de la Nación a cargo del Ministro Juan Luis Manzur, Buenos Aires, 2010, p. 16.

63 Cita Fallos Corte, 316:479.

64 La mayoría fue integrada por los votos de los ministros Julio Nazareno, Eduardo Moline O’Connor, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, y Adolfo Roberto Vázquez. Votaron en disidencia los ministros Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi y Gustavo A. Bossert.

- a) En primer lugar la Corte se expidió de forma expresa respecto el inicio de la vida al citar en el considerando 4 que “tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo [agregando que, el hecho de] que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación”.⁶⁵
- b) En cuanto al carácter abortivo del fármaco, la Corte al explicar los modos de acción del mismo, manifiesta que la píldora no sólo retrasa o inhibe la ovulación, y altera el transporte tubal en las trompas de Falopio de la mujer del espermatozoide y/o del óvulo –efectos que inhiben la fertilización y por tanto no son abortivos–, sino que también modifica el tejido endometrial produciendo una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación de un óvulo ya fecundado. Este último efecto es el que la Corte entendió que “constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior”, agregando que “todo método que impida el anidamiento debería ser considerado abortivo”.⁶⁶
- c) Finalmente, citando pactos internacionales que contienen cláusulas específicas que resguardan el derecho a la vida de la persona humana desde el momento de la concepción,⁶⁷ e interpretando dichos tratados bajo el principio pro homine que informa todo el derecho de los derechos humanos,⁶⁸ la Corte concluyó que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”.⁶⁹

65 Domingo M. BASSO, *Nacer y Morir con Dignidad*, Estudios de Bioética Contemporánea, C.M.C, Bs. As. 1989, 83; 84 y sus citas, citado por la Corte Suprema de Justicia, considerando 4.

66 Considerando 9.

67 Considerando 14, artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica; artículo 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 2 de la ley 23.849; artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; Artículos 70 y 63 del Código Civil argentino.

68 Considerando 11.

69 Considerando 12.

D. Un fallo de la Corte Suprema de Justicia sin precedentes

El 13 de marzo de 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina confirmó el fallo del Superior Tribunal de Justicia de Chubut que había autorizado la práctica de un aborto a una niña de 14 años de edad que había sido víctima de violación. Así, lejos de ratificar lo hasta entonces resuelto en materia de protección de la vida, se apartó de sus propios precedentes y de la legislación nacional e internacional que regulan la materia.

La Corte entendió que se trataba de un supuesto de aborto no punible regulado por el artículo 86 inc.2 del Código Penal, recurriendo para ello a una interpretación amplia del mismo. Es decir, la Corte entendió que el mencionado artículo no sólo eximía de pena a los abortos practicados en caso de violación sobre una mujer discapacitada, sino en todo caso de violación.⁷⁰

En el fallo de la Corte se pueden distinguir cuatro líneas argumentales: a) Interpretación de los tratados internacionales a la luz de lo afirmado por sus organismos de aplicación; b) Posible responsabilidad internacional del Estado Argentino; c) Principios jurídicos interpretados de forma arbitraria; d) Aborto no punible como sinónimo de un pretendido derecho al aborto

- a) Interpretación de los tratados internacionales a la luz de lo afirmado por sus organismos de aplicación. A lo largo de este trabajo se han enunciado y analizado las disposiciones que protegen el derecho a la vida desde el momento de la concepción, tanto en la Constitución Nacional como en los tratados internacionales de derechos humanos. Resulta sorprendente, por lo tanto, la forma en que la Corte ha podido apartarse de tales disposiciones, desconociendo completamente los mandatos legales. Para lograr tal objetivo, la Corte se valió de las interpretaciones realizadas por los organismos de aplicación de tales tratados, más que por el texto expreso de la ley internacional que –como ya se mencionara– consagra la protección expresa del derecho a la vida.⁷¹
- b) Posible responsabilidad internacional del Estado Argentino. A lo largo de la sentencia se puede observar la preocupación de la Corte Suprema en cuanto a la posible responsabilidad internacional del Estado Argentino en

70 Ver en el presente trabajo la discusión en torno al alcance del artículo 86 inc. 2 del Código Penal.

71 La Corte acude a la interpretación que realiza el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas respecto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (considerando 12); a la interpretación que realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 10); y a la interpretación que realiza

caso de no realizar una interpretación amplia del Código Penal.⁷² La Corte expresamente menciona las observaciones finales efectuadas por el Comité de Derechos Humanos y por el Comité de los Derechos del Niño en los cuales se censura “la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible”.⁷³ Cabe resaltar que bajo ninguna circunstancia las recomendaciones efectuadas por los organismos internacionales pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Los Estados únicamente se comprometen a respetar las disposiciones de los tratados internacionales, no así lo que los organismos de aplicación puedan decir o interpretar acerca de ellos.

- c) Principios jurídicos interpretados de forma arbitraria. Resulta sorprendente que la Corte haya apelado a los principios de igualdad y prohibición de discriminación, de dignidad de las personas, de legalidad, y pro homine para fundar su sentencia. La Corte únicamente aplica el principio de igualdad y no discriminación respecto la mujer víctima de violación, llegando a la conclusión de que se configura una discriminación injustificada si se permite únicamente a quien padece de una enfermedad mental acceder a la práctica del aborto.⁷⁴ Pero se olvida que este principio se aplica a “todos los miembros de la familia humana”.⁷⁵ Expresamente el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna [en razón del] nacimiento”, por lo que desconocer el derecho a la vida a quien está por nacer, por el hecho de no haber nacido, configura un caso evidente de discriminación arbitraria.

Más sorprendente resulta aún que la Corte haya apelado a la dignidad de las personas para fundar su decisión, expresando que este principio “las consagra como un fin en sí mismas y proscribe que sean tratadas utilitaria-

el Comité de los Derechos del Niño respecto la Convención sobre los Derechos del Niño (considerando 13). En tales interpretaciones, los mencionados Comités se apartan del texto expreso de los tratados, desconociendo toda protección legal a la persona por nacer.

72 Ver considerandos 6, 7 y 26.

73 Considerando 6 y 12. En el considerando 13 la Corte manifiesta que “el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados Partes –que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son consecuencia de una violación– deben reformar sus normas legales incorporando tal supuesto y, respecto de nuestro país que sí lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal”.

74 Considerando 15.

75 Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

mente”,⁷⁶ ya que, al hablar de la dignidad de las personas, no incluye a las personas por nacer, a quienes se les desconoce completamente todos sus derechos.

Finalmente, la Corte recurre al principio de legalidad y al principio pro homine.⁷⁷ Respecto al primero de ellos, ya se mencionó de qué manera la Corte, lejos de respetar el texto expreso de la ley, se apartó groseramente de sus disposiciones utilizando interpretaciones no vinculantes para el Estado Argentino. Por otro lado, respecto al principio pro homine, la Corte se aparta de su propia interpretación, ya que –como se mencionara en el comentario al fallo Portal de Belén– ese mismo principio fue aplicado para asegurar a la persona por nacer una completa protección de sus derechos.⁷⁸

- d) Aborto no punible como sinónimo de derecho al aborto. Finalmente, la Corte confunde –intencionadamente– la naturaleza jurídica de la excusa absolutoria contemplada por el artículo 86 del Código Penal,⁷⁹ y habla de un “derecho a la interrupción del embarazo” en los casos allí previstos.⁸⁰ Es decir, entiende que habría un “derecho al aborto” en todo caso de embarazo producto de una violación.⁸¹

Como consecuencia lógica de tal afirmación, la Corte concluye en la innecesariedad de toda autorización judicial para acceder a la práctica de un aborto, bastando –a criterio de la misma Corte– una declaración jurada por parte de la mujer víctima de violación, ante el profesional médico correspondiente. De este modo, “exhorta a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos (...) protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles”.⁸²

Conclusión

Se observa claramente cómo la Corte lejos de resolver sobre un caso concreto –cuyo objeto había devenido en abstracto, dado que la práctica del aborto ya se había realizado– se arroga facultades legislativas, pretendiendo modificar el alcance de las disposiciones legales vigentes. En este sentido, la resolución de la Corte

76 Considerando 16.

77 Considerando 17.

78 Ver en el presente trabajo “Un precedente jurisprudencial de enorme trascendencia”.

79 Ver en el presente trabajo “Abortos no punibles. Artículo 86 del Código Penal”.

80 La Corte utiliza el término “derecho” en los considerandos 18, 19, 23, 24, 28, 29 y 31.

81 Respecto a la naturaleza jurídica de la excusa absolutoria, ver en el presente trabajo: nota n° 38.

82 Considerando 29. Respecto la naturaleza y validez de los protocolos hospitalarios, ver en el

carece de fuerza vinculante. De hecho, la misma Corte reconoce implícitamente esta circunstancia, ya que, al “resolver”, no utiliza un lenguaje imperativo sino meramente sugestivo, “instando” y “exhortando” a las autoridades a que sancionen protocolos hospitalarios para la atención de abortos no punibles. Es por ello que no se está en presencia de una sentencia judicial, con sujetos pasivos obligados; sino de una simple recomendación u opinión que, carente de todo sustento legal, doctrinario y jurisprudencial, la Corte Argentina emitió, dando muestra de su falta de respeto por el bien jurídico primordial, el derecho humano a la vida.

E. Organizaciones no gubernamentales e instituciones afines que persiguen la despenalización del aborto

Entre las organizaciones que persiguen la despenalización del aborto en la Argentina, y trabajan a favor de ese objetivo, se pueden citar las siguientes:

- **Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito**

Una de las fuerzas de mayor alcance en la Argentina que persigue la despenalización del aborto es la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito. Se trata de una alianza a nivel nacional que incluye a distintas organizaciones.⁸³ Bajo el lema “educación sexual para decidir, anticonceptivos para no abortar, aborto legal para no morir” defienden un supuesto derecho al aborto. El objetivo es ubicar a dicho “derecho” dentro de los derechos sexuales y reproductivos, y lograr asimismo el reconocimiento de éstos como derechos humanos.

La campaña inició sus actividades el 28 de mayo de 2005 –Día Internacional de Acción por la Salud de la Mujer– con la recolección de firmas a favor de la despenalización del aborto. Cada año se inicia el 28 de mayo y se cierra el 28 de septiembre o el 25 de noviembre. Realizan un plenario nacional, con sede rotatoria a lo largo del país, en el cual establecen el plan de trabajo anual. En su agenda de actividades se encuentra la organización de acciones culturales, la elaboración de un proyecto de ley que despenalice y legalice el aborto en todo el territorio nacional, y el control de la implementación de las disposiciones vigentes sobre abortos no punibles, entre otras.⁸⁴

presente trabajo “Proyectos de reforma a consideración del Congreso Nacional. II. Proyectos de reglamentación del artículo 86 del Código Penal Argentino”.

83 Ver: <http://www.abortolegal.com.ar/>

84 Beatriz KOHEN, Emelina ALONSO, Mariela AISENSTEIN, Micaela FINOLI, Alejandro SEGARRA, La exigibilidad de los derechos sexuales y reproductivos, Asociación por los Derechos Civiles, 1ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 26.

- **Consortio Nacional de Derechos Reproductivos y Sexuales (CoNDeRS).**

El CoNDeRS está compuesto por distintas organizaciones que tienen por objeto monitorear las acciones que prevé la Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, defendiendo la garantía de los derechos sexuales y reproductivos con una perspectiva de género.⁸⁵ Dentro de la legislación monitoreada se encuentran las leyes provinciales que reglamentan los supuestos de abortos no punibles, como asimismo las resoluciones ministeriales relativas a la anticoncepción de emergencia.⁸⁶

- **Asociación por los Derechos Civiles**

La Asociación por los Derechos Civiles elaboró en el año 2008 un documento sobre la exigibilidad de los derechos sexuales y reproductivos en la Argentina, en base a un contrato celebrado con el CoNDeRS. En dicho documento se definen los derechos sexuales y reproductivos como parte integral e indisoluble de los derechos humanos, garantizados por convenciones y tratados internacionales.⁸⁷

Dentro de los derechos sexuales y reproductivos se mencionan: el derecho a la vida y a la supervivencia; a la privacidad; a la libertad y seguridad de las personas; al nivel más alto posible de salud; a la planificación de la familia y a decidir el número de hijos; a la no-discriminación; a una vida sin violencia; a la información y educación; a los beneficios del adelanto científico; a recibir e impartir información y a la libertad de pensamiento; a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes; y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Dentro de los últimos derechos enunciados se incluye el derecho de las víctimas de violaciones a no ser sometidas a embarazos y/o maternidades no deseadas, el derecho a la anticoncepción de emergencia, al aborto legal y a la ligadura tubaria.⁸⁸ Vale la pena mencionar, que ninguno de estos derechos es mencionado en los tratados internacionales de derechos humanos.⁸⁹

85 Ver: <http://www.conders.org.ar/>

86 Resolución 232/2007 del Ministerio de Salud de la Nación sobre Anticoncepción Hormonal de Emergencia.

87 Beatriz KOHEN, Emelina ALONSO, Mariela AISENSTEIN, Micaela FINOLI y Alejandro SEGARRA, *La exigibilidad de los derechos sexuales y reproductivos*, Asociación por los Derechos Civiles, 1ª ed., Buenos Aires, 2008, p. 11.

88 *Idem*, p. 14.

89 Ver en el presente informe “La salud reproductiva en los instrumentos internacionales de

- **Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto**

En el año 2010 la organización Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto publicó un manual titulado Todo lo que querés saber sobre cómo hacerse un aborto con pastillas.⁹⁰ En dicho libro se describen los pasos a seguir para lograr un aborto “fácil, barato, seguro y en casa” –conforme surge de su misma portada– violando de este modo todas las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico que prohíben el aborto y lo tipifican como delito penal.

El procedimiento elegido es el aborto químico a través del consumo de misoprostol, droga que provoca contracciones en el útero haciendo que se expulsen por la vagina los tejidos que se forman con el embarazo: sangre, coágulos y el saco gestacional con el embrión (feto).⁹¹ En el manual se explica cómo utilizar el misoprostol, dónde conseguirlo, y cuales son los efectos de su consumo; información que no es proporcionada por médicos ni especialistas. Es decir, no sólo se violan las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, sino que además se pone en grave riesgo la vida y la salud de las mujeres que siguen las recomendaciones contenidas en el manual.⁹²

F. Mismos datos estadísticos, una lectura diferente

Existen dos argumentos muy utilizados por quienes persiguen la despenalización del aborto. Uno de ellos consiste en resaltar el número de abortos practicados en el país para concluir que resulta necesaria su legalización; y el otro hace hincapié en los índices de mortalidad materna a causa de los llamados abortos inseguros, concluyendo que se evitarían muchas muertes si se legalizara la práctica. Se analizarán a continuación dichas afirmaciones para determinar su verdadera fuerza argumentativa.

1) Índice de abortos practicados por año en la Argentina.

Más allá de la falacia que implica concluir que resulta necesario legalizar una conducta delictiva por su simple repetición, cabe asimismo poner de manifiesto la falta de sustento científico de que adolecen las estadísticas que reflejan la cantidad de abortos practicados por año en la Argentina.

derechos humanos”.

90 Todo lo que querés saber sobre cómo hacerse un aborto con pastillas, El Colectivo, 1ª ed., Buenos Aires, 2010.

91 Idem, p. 16.

92 Expresamente aclara el manual en su página 8 que: “quienes juntamos la información que hay en este libro no somos médicas. Somos lesbianas y mujeres feministas que nos capa-

La Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles publicada por el Ministerio de Salud de la Nación expresa que “por tratarse de una práctica clandestina no se dispone de datos precisos sobre el número de abortos inducidos que se producen en el país. Las estimaciones recientes indican que ocurren 460.000 abortos inducidos por año.⁹³ La única información disponible es el número de hospitalizaciones por complicaciones de aborto en los establecimientos públicos del país –en la que no se distingue entre abortos espontáneos y provocados– y representa sólo una fracción del total de los abortos que ocurren anualmente”.⁹³

La nota II a la cual remite la Guía aclara que el valor de abortos inducidos resulta de la utilización de dos métodos: el método de los egresos hospitalarios por complicaciones de aborto y el método residual.⁹⁴ Conviene entonces realizar algunas consideraciones acerca de los métodos mencionados.

Método basado en egresos hospitalarios

Este método arriba al número total de abortos tras multiplicar el número de egresos hospitalarios (conforme estadísticas del Ministerio de Salud) por un coeficiente multiplicador que pretende corregir el resultado final atento que, se supone, no todos los abortos inducidos requirieron hospitalización.

El coeficiente multiplicador se elabora a partir de una encuesta de opinión a “informantes clave” tales como proveedores de servicios de salud reproductiva, y demás profesionales de la salud que permita dar cuenta de la práctica del aborto inducido y no registrado en las estadísticas hospitalarias. La encuesta indaga sobre el tipo de proveedores habituales de aborto, técnicas utilizadas, probabilidad de complicaciones y de que las mujeres que las sufrieron sean hospitalizadas.⁹⁵

citamos para brindar la información que hay en estas páginas”.

93 Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Ministerio de Salud de la Nación a cargo del Ministro Juan Luis Manzur, Buenos Aires, 2010, p. 15.

94 En la nota II se lee: “el valor resulta del cálculo de estimación del aborto inducido realizado por la Dra. Pantelides y la Lic. Silvia Mario, por medio del método de los egresos hospitalarios por complicaciones de aborto (Singh, S. y Wulf, D.: “Niveles estimados de aborto inducido en seis países latinoamericanos”, en *International Family Planning Perspectives*, número especial, 1994) y es también el valor promedio del rango estimado por el método residual (Bongaarts, J.: “A Framework for the análisis of the proximate determinants of fertility” en *Population and Development Review*, vol. 4, N° 1 (1978)”. Idem, p. 15.

95 Silvia MARIO, Edith PANTELIDES, “Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina”, CEPAL, Notas de población 87, 99. http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/1/36501/lcg2405-P_4.pdf

Se observa claramente la fragilidad de las estadísticas resultantes de la aplicación de este método, dado el carácter “subjetivo” del multiplicador utilizado.⁹⁶ Esta subjetividad es reconocida por las mismas investigadoras quienes manifiestan que “el cálculo del multiplicador se basará, por tanto, en los conocimientos y percepciones que los encuestados han adquirido en la experiencia directa de trabajo”.⁹⁷ El único dato oficial y objetivo es el referido a la cantidad de egresos hospitalarios, el multiplicador en cambio se ha construido a partir de entrevistas personales, de datos subjetivos, todo lo cual quita validez científica al pretendido número final de abortos.⁹⁸

Método residual

Este método calcula índices para los principales determinantes próximos de la fecundidad midiendo el efecto que cada uno de ellos tiene sobre la fertilidad potencial, sobre la base de una tasa global de fecundidad observada en un momento histórico y para una sociedad determinada.⁹⁹

Los índices tenidos en cuenta como determinantes de la fertilidad potencial son: el matrimonio, el uso de anticonceptivos, el aborto inducido, y la infertilidad post-parto. Es decir, se calcula cuántos hijos podría tener una mujer fértil a lo largo de su vida y se aplican reducciones a esa tasa global de fecundidad para los casos en que no se tiene relaciones sexuales, se aborta, se utiliza la anticoncepción, o se es estéril luego del parto. Despejando las variables se concluye que el índice de aborto inducido resulta de la tasa global de fecundidad, dividida por los otros factores. A partir del índice de aborto como residuo se obtiene una tasa global de aborto que corresponde al promedio de abortos que tendría una mujer al término de su vida fértil.

La utilización de este método tampoco es certera en cuanto a sus resultados. Las mismas autoras reconocen que el promedio utilizado para la tasa de fertilidad potencial influye en el resultado del cálculo del coeficiente de aborto como residuo. Se trata entonces de una mera aproximación.¹⁰⁰ Finalmente concluyen que

96 Jorge Nicolás LAFFERRIERE, Informe Técnico: Análisis del informe de Human Rights Watch: “¿Derecho o Ficción? La Argentina no rinde cuentas en materia de salud reproductiva, Centro de Bioética Persona y Familia, 2010, p. 5.

97 Silvia MARIO, Edith PANTELIDES, p. 105.

98 Jorge Nicolás LAFFERRIERE, p. 7.

99 Silvia MARIO, Edith PANTELIDES, p. 106

100 Silvia MARIO, Edith PANTELIDES, p. 110.

“las estimaciones del número de abortos obtenidas mediante el método residual podrían estar sobreestimadas”.¹⁰¹

Conclusión

Así, puede sostenerse que las estadísticas sobre aborto reflejadas a partir de la utilización de estos métodos son, “cuanto menos, cuestionables en su razonabilidad y por tanto no pueden ser utilizadas por el Congreso de la Nación para tomar medidas legislativas en una materia tan delicada”,¹⁰² ni mucho menos pueden avalar una pretendida legalización de la práctica.

2. Índices de mortalidad materna a causa de los llamados abortos inseguros.

Otro de los argumentos esgrimidos por quienes buscan la despenalización del aborto consiste en sostener que la ilegalidad del mismo conduce a una práctica insegura, aumentado de este modo los índices de mortalidad materna. Concluyen que el “aborto inseguro” es uno de los factores más importantes de defunciones maternas, agregando que su legalización garantizaría la práctica en óptimas condiciones médicas y sanitarias.

Lo cierto es que los datos desmienten esta afirmación. El Ministerio de Salud de la Nación publicó la siguiente estadística:

Defunciones maternas por causas de muerte, según grupo de edad de las fallecidas. Total del país. Años 2006 y 2007										
Grupo de edad de las fallecidas	2006					2007				
	Total de nacidos vivos	Defunciones maternas				Total de nacidos vivos	Defunciones maternas			
		Total	Abortos	Causas obstétricas directas	Causas obstétricas indirectas		Total	Abortos	Causas obstétricas directas	Causas obstétricas indirectas
Total	696.451	333	93	176	64	700.792	306	74	152	80
Menores de 15	2.766	5	1	4	-	2.841	4	-	2	2
15 a 19	103.885	33	7	19	7	106.720	32	10	16	6
20 a 24	174.342	45	13	20	12	174.679	58	20	21	17
25 a 29	176.931	79	28	40	11	175.632	63	19	25	19
30 a 34	139.003	81	19	40	22	139.393	74	12	42	20
35 a 39	73.177	62	18	36	8	73.532	50	7	30	13
40 a 44	19.866	27	7	16	4	19.879	22	5	15	2
45 y más	1.488	1	-	1	-	1.497	2	-	1	1
Sin especificar	-	-	-	-	-	6.619	1	1	-	-

Fuente: Ministerio de Salud de la Nación. Dirección de Estadísticas e Información de Salud (DEIS).

101 Silvia MARIO, Edith PANTELIDES, p. 112.

102 Jorge Nicolás LAFFERRIERE, p. 7

Conforme surge del cuadro se observa que en el año 2006 el total de defunciones maternas fue de 333 siendo 93 a causa de aborto, y el total de defunciones en el año 2007 fue de 306 siendo 74 las muertes a consecuencia de aborto. Para lograr una mayor comprensión de la incidencia real del factor aborto como causa de defunciones maternas es importante tener presente que el total de defunciones de mujeres durante el 2007 fue de 149.698 y el mayor número de muertes se produjo por enfermedades del sistema circulatorio (47.879), tumores (27.818) y enfermedades del sistema respiratorio (24.253).¹⁰³ Ello pone en evidencia que el aborto está lejos de constituir la causa principal de fallecimientos.

Lo manifestado no implica desconocer el deber del Estado de reducir la tasa de mortalidad materna –ya que cada una de las vidas que se pierde constituye un daño irreparable– empero, es importante analizar correctamente los datos que proporciona la misma realidad, para arribar a las soluciones que realmente permitan este objetivo.

En efecto, son los datos objetivos los que ponen de manifiesto que la legalización del aborto no resulta una solución apropiada. En primer lugar, porque el aborto implica en sí mismo un riesgo para la madre, es decir, no existen abortos “seguros”.¹⁰⁴ Y en segundo lugar, porque ha sido reconocido por la misma Organización Mundial de la Salud que “la estructura del hospital es la más importante variable para determinar el riesgo de muerte materna. La disponibilidad de cuidados obstétricos esenciales, emergencias activas y especialistas juegan un rol importante en prevenir estas muertes”.¹⁰⁵

Se desprende de todo lo expuesto que la solución, lejos de encontrarse en la legalización del aborto, viene de la mano de una mejora de los servicios médicos y de sus condiciones sanitarias y de una mayor y mejor atención, tanto de la mujer

103 Jorge Nicolás LAFFERRIERE, p. 8.

104 La Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires expresamente manifestó que “se utiliza para promover el aborto legalizado, la mayor morbimortalidad materna del aborto clandestino. Se debe puntualizar que si bien la morbimortalidad materna es mayor en estos últimos, no es exclusiva de ellos, pues el daño también es inherente al procedimiento mismo por la interrupción intempestiva y artificial del embarazo.” Declaración aprobada por el Plenario Académico, de la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, en su Sesión privada del 28 de julio de 1994, publicada como solicitada en el Diario “La Nación” y “Clarín”, del 4.8.94. <http://www.acamedbai.org.ar/pagina/academia/declarac.htm>

105 Silvina RAMOS, Ariel KAROLINSKI, Mairana ROMERO & Raúl MERCER for the Maternal Mortality in Argentina Study Groupe, “A comprehensive assessment of maternal death in Argentina: translating multicentre collaborative research into action”, Bulletin of the World Health Organization, July 2007, 85 (7), p. 620., citado por Jorge Nicolás LAFFERRIERE, p. 9.

embarazada como de la persona por nacer.

Recae por tanto sobre el Estado, la obligación de proveer servicios adecuados de salud materna, y la obligación de garantizar el acceso efectivo a dichos servicios a todas las mujeres, en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna.

G. Propuesta legislativa: “Ley de Protección Integral de los Derechos Humanos de la Mujer Embarazada y de las Niñas y los Niños por Nacer”.

En la Cámara de Diputados de la Nación se ha impulsado el proyecto de ley llamado “Régimen de Protección Integral de los Derechos Humanos de la Mujer Embarazada y de las Niñas y los Niños por Nacer” bajo el Expediente N° 8516 – D – 2010. Este proyecto fue extraído de la Iniciativa Popular “Protección Integral de la Familia”¹⁰⁶ impulsada por la Red Federal de Familias.¹⁰⁷

El Proyecto pretende brindar protección tanto a la persona por nacer como a la mujer embarazada. Se trata de una propuesta que ofrece una solución integral que contempla los derechos de todos los sujetos involucrados; que apuesta a la vida y no a la muerte como mejor salida ante situaciones de conflicto; y que reconoce el valor de la vida y de la dignidad de todo ser humano como eje central de protección y, por tanto, de toda legislación. Sus fundamentos se encuentran en la vigencia y en la necesidad de promoción de los derechos humanos, comenzando por el derecho más elemental que es el derecho a la vida, reconocido por numerosos tratados internacionales, y protegido por la legislación nacional y la jurisprudencia argentina.

Características del proyecto:

Alcance de la garantía de protección: la protección contemplada por el proyecto legislativo se extiende a las mujeres embarazadas y a los niños por nacer, entendiendo por tales a todo ser humano desde el momento

106 El Proyecto consta de cuatro partes: Título I “Presupuestos mínimos para la protección integral de la familia y la vida. Principios de la política familiar argentina”; Título II “Régimen de reconocimiento y protección especial a la familia numerosa”; Título III “Protección integral de la mujer embarazada y de los derechos de los niños por nacer”; Título IV “Disposiciones complementarias”.

107 La Red Federal de Familias es una red de instituciones, entidades y personas que sin perder su autonomía trabajan y comparten un mismo ideario. Este ideario incluye a) el respeto y la protección de la vida humana en todas las etapas de su desarrollo, desde la concepción y hasta la muerte natural; b) la estructura natural de la familia fundada en el matrimonio de un varón y una mujer, abierto a la transmisión de la vida; c) el derecho y el deber originarios de los padres a educar a sus hijos conforme sus convicciones morales y religiosas; d)

de la concepción o fertilización del óvulo, hasta su efectivo nacimiento.

Interés superior: consagra al interés superior del niño como el principio rector que asegura la máxima satisfacción de los derechos a ellos reconocidos, prevaleciendo éstos en caso de conflicto con otros derechos igualmente reconocidos. La consagración de este principio se encuentra en plena concordancia con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3.1 establece que todas las medidas concernientes a los niños que adopten las autoridades, deberán atender a su interés superior.

Derechos y garantías: reconoce a todo niño el derecho inalienable a la vida como primer derecho humano, fuente y origen de todos los demás. Reconoce asimismo el derecho a la igualdad de oportunidades y a ser protegido contra cualquier tipo de discriminación o selección en razón de su patrimonio genético, etapa de su desarrollo, características físicas, biológicas o de cualquier otra índole; considerando particularmente agravante y discriminatorio que se califique a los niños por nacer como “deseados” o “no deseados”.

Alternativa ante embarazos provenientes de un delito contra la integridad sexual: propone que la mujer embarazada a consecuencia de un delito contra su integridad sexual sea acreedora, desde el momento de la concepción y durante todo el período gestacional, a una asignación especial. Asimismo prevé que dicha asignación se extienda hasta que el niño cumpla los 18 años de edad, en caso de que la madre decida asumir su crianza y educación. En caso contrario, se prevé la aplicación de medidas urgentes tendientes a favorecer la adopción o guarda por una familia, resultando la misma acreedora de la asignación especial.

Sistema de protección integral: el sistema propuesto estaría conformado por todos aquellos organismos del ámbito nacional, provincial y municipal destinados a la promoción, prevención y asistencia de los derechos de la mujer embarazada y de los niños y niñas por nacer. Prevé la creación de un Centro de Asistencia a la Mujer Embarazada, integrado por personal interdisciplinario y especializado, que deberá funcionar en cada hospital público, y cuya finalidad será brindar asesoramiento y apoyo a las mujeres que cursen embarazos conflictivos, o se encuentren en situación de riesgo psicofísico, social o económico. Dispone entre las prestaciones básicas del Sistema (i) la atención directa durante las 24 horas y el acompañamiento de la mujer embarazada con problemas; (ii) el asesoramiento e

información sobre apoyos públicos y privados que ayuden a llevar a buen término el embarazo; (iii) el seguimiento de los casos atendidos; (iv) una especial atención a las embarazadas adolescentes; (v) y según los casos, una asistencia especial que provea de asistencia médica, psicológica y jurídica gratuitas, apoyo en la búsqueda de empleo y de guardería, alojamiento en casas de acogida de emergencia, entrega de enseres y material para el cuidado del bebé, alimentos infantiles, etc. Prevé finalmente el otorgamiento de una asignación universal por hijo por nacer consistente en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abonaría a la mujer durante todo el curso del embarazo.

Conclusión

El 30 de septiembre de 2010, en su Plenario Académico, la Academia Nacional de Medicina manifestó que

[f]rente a algunas manifestaciones recientes a favor de legalizar el aborto [...] [ésta] quiere recordar que [...] la salud pública argentina necesita de propuestas que cuiden y protejan a la madre y a su hijo, a la vida de la mujer y a la del niño por nacer. La obligación médica es salvar a los dos, nada bueno puede derivarse para la sociedad cuando se elige a la muerte como solución. Si el aborto clandestino es un problema sanitario corresponde a las autoridades tomar las mejores medidas preventivas y curativas sin vulnerar el derecho humano fundamental a la vida ...¹⁰⁸

Así, partiendo de un reconocimiento irrestricto de los derechos humanos, y basándose en políticas de respeto a la dignidad humana y de promoción de la familia y de la vida, el proyecto de ley que hoy se encuentra en el Congreso de la Nación ofrece soluciones integrales y previene situaciones de conflicto, resultando de este modo una alternativa que protege los derechos de todos los sujetos involucrados, y que se enmarca dentro de los principios fundamentales que inspiran todo el ordenamiento jurídico argentino.

IV. Salud sexual, salud reproductiva y derecho a la vida. Consideraciones acerca de su tratamiento en la legislación nacional e internacional

A. Programas gubernamentales: breve repaso por la legislación nacional

En el presente capítulo se expondrá brevemente la legislación nacional

108 http://www.acamedbai.org.ar/pagina/academia/declarac.htm#La_ética_y_el_juramento_mé

argentina que regula lo relativo a la salud sexual y reproductiva, tratando de desentrañar el alcance real de sus disposiciones.

<p>Ley 25.673</p> <p>Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.</p>	<p>Mediante la sanción de esta ley se creó en el año 2002 el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, dentro del ámbito del Ministerio de Salud de la Nación. La misma dispone que su aplicación e implementación esté a cargo de los gobiernos provinciales, previa suscripción de un convenio con el Gobierno Nacional, siendo éste el encargado de orientar y asesorar técnicamente, asignar recursos, transferir insumos y brindar capacitación.</p> <p>Objetivos: Los objetivos que se mencionan son: a) Alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable, con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia; b) Disminuir la morbimortalidad materno-infantil; c) Prevenir embarazos no deseados; d) Promover la salud sexual de los adolescentes; e) Contribuir a la prevención y detección precoz de enfermedades de transmisión sexual, de VIH/SIDA y patologías genitales y mamarias; f) Garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable; g) Potenciar la participación femenina en la toma de decisiones relativas a su salud sexual y procreación responsable.</p> <p>Modelo de atención propuesto para el logro de los objetivos: El modelo de atención previsto se basa en la implementación de un sistema de control para la detección temprana de enfermedades de transmisión sexual, como asimismo en la prescripción y suministro de métodos anticonceptivos. Estos métodos deberán ser de carácter reversible, no abortivo y transitorio, respetando los criterios o convicciones de los destinatarios, salvo contraindicación médica específica y previa información brindada sobre las ventajas y desventajas de los métodos naturales y aquellos aprobados por la ANMAT.¹⁰⁹</p> <p>Objeción de conciencia institucional: La ley prevé que las instituciones privadas de carácter confesional que brinden servicios de salud puedan exceptuarse del cumplimiento del suministro de métodos anticonceptivos.</p>
---	--

dico_defienden_al_niño_por_nacer_y_toda_vida_



<p>Decreto N° 1282/2003</p> <p>Decreto Reglamentario de la Ley 25.673.</p>	<p>En el año 2003 se sanciona el Decreto que reglamenta el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable.</p> <p>Autoridad de aplicación: dispone que sea el Ministerio de Salud de la Nación la autoridad de aplicación encargada del asesoramiento técnico de los programas provinciales, centrándose principalmente en las actividades de información, orientación sobre métodos y elementos anticonceptivos y la entrega de éstos, así como el monitoreo y la evaluación.</p> <p>Salud Reproductiva: el decreto define a la salud reproductiva como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias.¹¹⁰</p> <p>Patria Potestad: afirma que la ley no pretende sustituir a los padres en el asesoramiento y educación sexual de sus hijos menores de edad, sino que el propósito es el de acompañar a los progenitores en el ejercicio de la patria potestad. Reconoce que es misión de los padres el orientar, sugerir y acompañar a sus hijos en todo lo relativo a la educación sexual.</p> <p>Métodos y productos anticonceptivos: distingue entre métodos naturales y no naturales.</p> <ul style="list-style-type: none">• Métodos naturales: son aquellos vinculados a la abstinencia periódica los cuales deben ser especialmente informados.• Métodos no naturales: dispone que todo producto anticonceptivo deberá ser de carácter reversible, no abortivo y transitorio, recayendo sobre la ANMAT el deber de comunicar al Ministerio de Salud cada seis meses la aprobación y baja de dichos métodos y productos. <p>Objeción de conciencia individual: dispone que se respetará el derecho de los objetores de conciencia a ser exceptuados de su participación en el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, tanto en el sector público como privado.</p>
--	---

110 Esta definición coincide con la consagrada en la Constitución de 1946 de la Organización Mundial de la Salud.

<p>Ley 26.130</p> <p>Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica.</p>	<p>Sancionada en el año 2006, dispone que toda persona mayor de edad tiene derecho a acceder a la realización de las prácticas denominadas “ligadura de trompas de Falopio” y “ligadura de conductos deferentes o vasectomía”; agregando dichas prácticas al Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable como método de planificación familiar y/o anticoncepción.</p> <p>Consentimiento informado: exige como requisito inexcusable que el interesado otorgue su consentimiento informado, no requiriendo el consentimiento del cónyuge o conviviente ni autorización judicial, excepto en el caso de persona declarada judicialmente incapaz. El profesional médico interviniente debe informar acerca de: a) la naturaleza e implicancias de la práctica sobre la salud; b) las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados; y c) las características del procedimiento, sus posibilidades de reversión sus riesgos y consecuencias.</p> <p>Gratuidad: dispone que las intervenciones deben ser realizadas sin cargo para el requirente en los establecimientos del sistema público de salud.</p> <p>Objeción de Conciencia: dispone que toda persona, ya sea médico o personal auxiliar del sistema de salud, tiene derecho a ejercer su objeción de conciencia sin consecuencia laboral alguna; sin perjuicio de la responsabilidad de las autoridades del establecimiento asistencial de prever los reemplazos necesarios.</p>
<p>Resolución 232/2007 del Ministerio de Salud.</p> <p>Incorporación de la Anticoncepción Hormonal de Emergencia (AHE) como método anticonceptivo hormonal.</p>	<p>Esta resolución del Ministerio de Salud de la Nación se encuentra dentro del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.</p> <p>Dispone que la Anticoncepción Hormonal de Emergencia (AHE) sea incluida en el Programa Médico Obligatorio (PMO) como método anticonceptivo hormonal.</p> <p>Dispone una cobertura del 100 % de:</p> <p>LEVONORGESTREL, Comprimidos 1,5 mg., envase por 1 comprimido.</p> <p>LEVONORGESTREL, Comprimidos 0,75 mg., envase por 2 comprimidos.</p>

¿Cuál es el alcance real de las disposiciones legales enunciadas?

• Métodos anticonceptivos no abortivos

La legislación nacional expresamente establece que aquellos métodos que prevea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable deberán ser de carácter *reversible, no abortivo y transitorio*. Esta disposición no hace sino respetar lo que el ordenamiento jurídico argentino establece al prohibir el aborto en todas sus formas. De este modo, se refuerza el principio que dispone que bajo ninguna circunstancia el aborto podrá incluirse dentro de los llamados derechos sexuales y reproductivos, ni podrá ser considerado un método de planificación familiar.

• Concepto de salud reproductiva

No puede desconocerse que el concepto de salud ha evolucionado a lo largo del tiempo observándose una ampliación en su contenido. Reflejo de ello es la incorporación de la llamada “salud reproductiva”, que a su vez abarcaría los llamados derechos reproductivos, derechos sexuales, libertad reproductiva y procreación responsable.¹¹¹

Pero al mismo tiempo en que se reconocen nuevos alcances a este derecho, nuevos límites también se hacen evidentes. El derecho a la intimidad o privacidad que con tanta fuerza debe protegerse como garantía de pleno goce y ejercicio del derecho a la salud, reconoce una valla infranqueable ante la existencia de terceros, particularmente ante la presencia del *nasciturus*.

Es por ello que uno de los más grandes constitucionalistas argentinos ha sostenido que

... las opciones sexuales, el método de procreación, la planificación familiar, y tantas cosas más, tienen dos caras: la de la conducta autorreferente que no refracta perjuicio a terceros, al orden, a la moral pública y que, por recluirse en la privacidad exenta de la autoridad de los magistrados (conforme el artículo 19) tiene que garantizarse; pero hay otra cara y es la que por el deber de protección a la vida como bien constitucional, impide que el Estado asuma políticas abortivas, fomente la manipulación genética, imponga controles de la natalidad, etc.

111 Germán BIDART CAMPOS, *Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003, La Ley*, 2003 – C, p. 1.235.

Y agrega que, si bien es

...harto difícil conciliar ambas caras de la cuestión [...] de todos modos hay que esmerarse por lograr en cada caso la interpretación que mejor compatibilice con el sistema axiológico de la Constitución, en cuyo arsenal la vida y la salud se hallan a la vanguardia, aún desde el momento inicial de la fecundación.¹¹²

Es posible concluir entonces que el derecho a la salud no consiste en un derecho absoluto ni ilimitado. Al igual que todos los derechos que el ordenamiento jurídico argentino reconoce, debe ser ejercido dentro de los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, y sin afectar derechos de terceros.¹¹³

• **Ingerencia y avasallamiento de la patria potestad**

Si bien el Decreto reglamentario 1282/2003 afirma que la ley no pretende sustituir a los padres en el asesoramiento y educación sexual de sus hijos menores de edad, sino que el propósito es el de acompañar a los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, de su misma reglamentación se observa un avance sobre materias que atañen con exclusividad al ámbito de intimidad y libertad familiar.

El Estado Argentino, al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño mediante ley 23.849, expresamente manifestó que “las cuestiones vinculadas con la planificación familiar atañen a los padres de manera indelegable de acuerdo a sus principios éticos y morales [siendo] obligación de los Estados [...] adoptar las medidas apropiadas para la orientación de los padres y la educación para la paternidad responsable”.¹¹⁴ Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”.¹¹⁵ De ello se desprende que en materia de salud reproductiva, la acción del Estado es de carácter subsidiario. Solamente en aquellos casos donde la salud del menor se vea comprometida a causa de una grave declinación de los deberes–derechos parentales, de su ejercicio abusivo, o

112 Idem, p. 1235.

113 Conforme artículo 19 de la Constitución Nacional y artículo 1071 del Código Civil.

114 Declaración interpretativa realizada por la Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, respecto del artículo 24 inc. f) que establece el deber del Estado de “Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”.

115 Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26.3.

de desamparo filial, se justifica la actuación del Estado nacional o provincial.¹¹⁶

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad que debe ser protegida por la sociedad y el Estado.¹¹⁷ Esto implica que es la familia el primer e irremplazable agente educador, siendo tarea del Estado respetar dicha función, protegiendo y promoviendo a la familia, como institución natural y célula básica de la sociedad.

• **La importancia del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia**

Tanto la ley 25.673, como su decreto reglamentario y la ley 26.130 reconocen el derecho a la objeción de conciencia. Es de particular importancia el reconocimiento expreso de este derecho en el marco del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, ya que brinda un amparo jurídico a quienes por convicciones íntimas no consienten en la aplicación del mismo.

Se trata de un derecho primario de todo individuo que se funda en el respeto a las libertades individuales y que encuentra su fundamento legal en los artículos 14 y 33 de la Constitución Nacional, y en las convenciones internacionales que reconocen expresamente la libertad de conciencia.¹¹⁸ Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ha considerado un derecho natural e inviolable de la persona humana consistente en “el derecho a no cumplir una norma y orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona”.¹¹⁹

Al respecto, la Academia Nacional de Medicina –con motivo de la sanción de la ley 418 sobre Salud Reproductiva y Procreación Responsable por la Legislatura

116 Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO, “Un tribunal que Honró su Fuero. Nota a Fallo Ejemplar del Tribunal de Instancia Única del Fuero de Familia N° 2, San Isidro. “A y otros c/Municipalidad de Vicente López s/Amparo” (expte. 6623), 27 de septiembre de 2001”, RFC 2002, Ed. Dike Mza., Revista 51, p. 61.

117 Artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

118 La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión se encuentra expresamente reconocida en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todas normas que gozan de jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina.

119 “Bahamondez, Marcelo” 6/4/93, La Ley 1993–D, 130; citado por Ana Lía BERCAITZ DE BOGGIANO, La Objeción de conciencia como ejercicio legítimo de las libertades de pensamiento, conciencia y religión, La Ley, 1995, Tomo B, p. 1.287.

de la Ciudad de Buenos Aires– ha sostenido que “la objeción de conciencia es un testimonio pacífico y apolítico por el cual un médico puede o no ejecutar un acto reglamentariamente permitido, sin que ello signifique el rechazo de la persona y el abandono del paciente, [y actuando] acorde con la ética y conocimientos científicos”.¹²⁰

Resulta de particular importancia resaltar que mientras la ley 25.673 contempla la objeción de conciencia institucional, el decreto reglamentario expresamente prevé la objeción de conciencia individual, subsanado de este modo la omisión de la ley nacional e introduciendo ambos supuestos en el marco legal.

Respecto a la ley 26.130 de contracepción quirúrgica y la resolución ministerial que incorpora la anticoncepción hormonal de emergencia, al estar incorporadas dentro del Programa Nacional, se les pueden oponer la objeción de conciencia individual y/o institucional, conjunta o indistintamente.

Un ejemplo destacable del reconocimiento de este derecho constituye la Resolución N° 004405 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires¹²¹ por medio de la cual se hizo lugar al planteo de objeción de conciencia interpuesto por el Director General y Director Médico del Hospital Universitario Austral –en representación de la Asociación Civil de Estudios Superiores (ACES), propietaria del mencionado hospital, y en representación de la firma Valido S.A propietaria de la Clínica Ángelus de la ciudad de San Isidro– respecto a las prácticas previstas en la Ley Nacional sobre Salud Reproductiva. Dicha resolución acoge el planteo sobre la base de: (i) el ideal institucional relativo a la comprensión de la cultura de la vida y contrario a la distribución de fármacos o dispositivos con fines anticonceptivos, a las intervenciones quirúrgicas que anulan órganos sin necesidad terapéutica y a la anticoncepción artificial; y (ii) a la circunstancia de ser la Universidad Austral, el Hospital Universitario Austral y su Clínica adherida una obra corporativa de apostolado de la Prelatura del Opus Dei, perteneciente a la Iglesia Católica y por lo tanto, contraria a las prácticas antes mencionadas conforme la doctrina cristiana.

120 Academia Nacional de Medicina, Declaración aprobada por el Plenario Académico en su sesión del 28 de septiembre de 2000. <http://www.acamedbai.org.ar/pagina/academia/declarac.htm>#En el ejercicio de su profesión. En dicho plenario también agregó que la ley 418 “obliga a los médicos a prescribir métodos anticonceptivos, entre los cuales algunos son considerados abortivos, a mujeres en edad fértil, incluyendo adolescentes, aún en desconocimiento de sus padres. (...) [y que] la Academia Nacional de Medicina ratifica su opinión (...) respecto al derecho a la vida de la persona humana desde el momento de la concepción y el rechazo a todo método que interrumpa el embarazo”.

121 Resolución N° 004405, del Ministro de Salud de la Provincia de Buenos Aires, Dr. Claudio

• Inconstitucionalidad de la anticoncepción hormonal de emergencia

Ya se comentó precedentemente el fallo “Portal de Belén–Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, por el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó que se deje sin efecto la autorización del fármaco *Inmediat* de laboratorios Gador S.A, y prohibió su fabricación, distribución y comercialización.¹²² También se desarrollaron brevemente los argumentos esgrimidos por la Corte que avalaron tal decisión, y que la llevaron a sostener que “todo método que impida el anidamiento debería ser considerado abortivo”.¹²³

Cabe por tanto preguntarse (i) cuál es el verdadero alcance de esta decisión jurisprudencial y si puede considerarse que la misma posee un efecto expansivo que obliga a la Administración Pública a ajustarse a la misma, y (ii) si puede resultar constitucional una norma que atente contra la vida del concebido, aunque no medie sentencia que así lo haya resuelto para el caso concreto.

La anticoncepción hormonal de emergencia, también llamada “píldora del día después”, se encuentra dentro de los denominados agentes interceptivos que actúan inhibiendo o demorando la ovulación, o bien, impidiendo la implantación del embrión recién concebido.¹²⁴ Este último efecto ha sido considerado por la Corte como una “amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior”.¹²⁵ Es decir, la Corte dejó expresamente establecido el carácter abortivo de estos fármacos, y a consecuencia de ello, ordenó su prohibición en el fallo mencionado.

Si bien en principio toda decisión judicial tiene efectos sólo entre partes, es decir, alcanza únicamente a quienes hayan sido parte en el caso concreto, no puede desconocerse que el derecho a la vida posee notas distintivas que justifican una solución diferente. La indisponibilidad de este derecho, como asimismo el carácter irreparable de la lesión, imponen la necesidad de que las sentencias de la Corte sobre el tema tengan efecto expansivo y obliguen a la Administración Pública a ajustarse a tal decisión en todo caso que resulte análogo.¹²⁶

Zin, con fecha de 26 de noviembre de 2008.

122 Ver en el presente trabajo “Un precedente jurisprudencial de enorme trascendencia”.

123 Cita Fallos Corte, 316:479, considerando 10.

124 Informe del Departamento de Bioética, Facultad de Ciencias Biomédicas, Universidad Austral (10–VIII–2000), p. 17.

125 Cita Fallos Corte, 316:479, considerando 10.

126 C. Ignacio de CASAS, “El sometimiento de la Administración al Orden Jurídico. Notas a partir del caso Portal de Belén”, La Revista del Foro de Cuyo, suplemento mensual abril 2004, p. 12.

Por otro lado, es en virtud del principio de juridicidad –por el cual todos los actos y normativas deben ser compatibles con la Constitución y toda otra norma inferior a la Ley Fundamental que se encuentre por encima de la Administración dentro de la jerarquía del Derecho federal–¹²⁷ que la Administración Pública debe ajustarse a las disposiciones legales de jerarquía superior que expresamente protegen la vida desde la concepción.

Puede concluirse entonces, que la Resolución 232/2007 del Ministerio de Salud de la Nación, por la cual se incorpora la Anticoncepción Hormonal de Emergencia (AHE) como método anticonceptivo hormonal resulta abiertamente inconstitucional por violar las disposiciones de la Constitución Nacional y de tratados internacionales de idéntica jerarquía que expresamente reconocen y protegen el derecho a la vida desde la concepción,¹²⁸ y por desconocer lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el fallo mencionado.

• Conclusión

Luego de haberse repasado brevemente la legislación nacional, puede concluirse que si bien los objetivos propuestos por el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable son dignos de ser perseguidos, los métodos elegidos son de una muy dudosa legalidad. La inclusión de métodos abortivos dentro de su programa de acción, y el avance sobre instituciones de orden público como la patria potestad, hacen necesario cuestionar la validez de varias disposiciones, debiendo rechazarse algunas por resultar abiertamente inconstitucionales.

B. La salud reproductiva en los instrumentos internacionales de derechos humanos

Si bien el *derecho a la salud* es un derecho humano reconocido por diversos tratados internacionales, ninguno de ellos menciona o reconoce a la *salud reproductiva* como un derecho humano fundamental.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25.1 establece que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales

127 Idem, p. 6.

128 Artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 1.2 y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 1 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño y su declaración interpretativa.



necesarios...”; también la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo XI que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica...”.

Como puede observarse, los textos de los tratados internacionales no contienen referencia alguna al concepto de “salud reproductiva”. Este concepto fue desarrollado con posterioridad, principalmente a partir de las Conferencias Mundiales sobre la Mujer¹²⁹ y la Conferencia Mundial sobre la Población y el Desarrollo.¹³⁰ En particular, esta última Conferencia estableció un vínculo directo entre el desarrollo de los pueblos y el crecimiento poblacional, e introdujo a los derechos reproductivos como elementos esenciales en las estrategias diagramadas.

Cabe preguntarse entonces qué alcance tienen las conclusiones alcanzadas en el marco de estas Conferencias, y si éstas poseen o no carácter vinculante con respecto a los Estados.

Es importante aclarar, en primer lugar, que este tipo de documentos no revisten el carácter de tratados internacionales. No existe un compromiso de los Estados al cumplimiento ciego de tales recomendaciones; muy por el contrario, se trata de planes genéricos de acción que se encuentran siempre subordinados a la Constitución Nacional y legislación de cada país. Cada Estado es plenamente soberano y tiene el derecho de conducir sus asuntos sin injerencia exterior, conforme el principio de no intervención.

Sin perjuicio de ello, es importante efectuar algunas consideraciones que confirman las facultades soberanas de los Estados y en particular del Estado Argentino.

En primer lugar conviene resaltar que la misma Conferencia sobre la Población y el Desarrollo en su párrafo 8.25 del Informe dispone que “en ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia” agregando 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”. De este modo, el mismo Informe deja claramente establecido que es competencia exclusiva de cada Estado la regulación sobre esta materia.¹³¹

129 En el marco de las Naciones Unidas se celebraron cuatro Conferencias Mundiales sobre la Mujer (México 1975, Copenhague 1980, Nairobi 1985 y Beijing 1995) con el objetivo de promover el adelanto de la mujer tanto en la esfera pública como privada.

130 La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo se celebró en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994.

131 La misma disposición es adoptada por el Informe de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, en su párrafo 106, inc. k).

En segundo lugar se debe mencionar que la Argentina efectuó una reserva en cuanto a la interpretación de la Declaración y Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer. En dicha reserva la Argentina manifiesta que

ninguna referencia de estos documentos al derecho al control sobre cuestiones relativas a la sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, puede ser interpretada como limitativa del derecho a la vida ni abrogatoria de la condena del aborto como método de control de la natalidad o instrumento de políticas de población.

Agregando que

ninguna propuesta de los documentos podrá interpretarse para justificar programas de esterilización femenina o masculina como variable de ajuste para erradicar la pobreza.¹³²

Asimismo, y respecto el rol de los padres en todo programa de salud reproductiva, la reserva argentina menciona que

ninguna definición ni recomendación de estos documentos debilita la responsabilidad primaria de los padres en la educación de sus hijos, incluyendo la educación sobre temas sexuales, que debe ser interpretada por los Estados según lo dispone la Convención sobre los Derechos del Niño.¹³³

Se concluye de este modo, que todo lo atinente a la regulación de los llamados derechos sexuales y reproductivos es de competencia exclusiva de cada Estado. Ello no implica que se deban desconocer las recomendaciones realizadas por organismos internacionales o los documentos surgidos de Conferencias Internacionales, pero ellas estarán siempre subordinadas al orden público nacional, y de ningún modo comprometerán la responsabilidad del Estado.

132 <http://www.mujer.gov.ar/decl3.htm>

133 Idem.

V. Conclusión

Tal como fuera desarrollado en el presente artículo, el Estado Argentino es un Estado democrático de derecho que, como tal, subordina su accionar a las disposiciones consagradas en su ordenamiento jurídico, reconociendo a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales de derechos humanos de idéntica jerarquía, como su ley suprema, y proclamando en ellos aquellos valores considerados esenciales.

Justamente, es en los derechos humanos donde se condensan las principales exigencias de toda Nación, ya que, de su reconocimiento, respeto y promoción, depende que la dignidad de toda vida humana sea efectivamente garantizada.

El derecho humano a la vida ha sido expresamente consagrado en numerosos tratados internacionales, y su reconocimiento ha sido fruto de una profunda interpretación de la realidad humana: sin vida no hay hombre, y sin hombre no hay derechos ni hay Estado.

Existe por tanto una relación de preeminencia y subordinación marcada por la naturaleza misma de las cosas. El hombre es eje y fin de todo ordenamiento jurídico, siendo el Estado quien debe respetar las disposiciones legales, garantizando en su máxima medida posible, el goce de los derechos humanos fundamentales.

Pero este deber de respeto a los derechos humanos, debe garantizarse a *todo ser humano*. Es por ello que, en última instancia, es el derecho a la igualdad y a la no discriminación, la garantía de que el Estado no avasallará aquellos derechos reconocidos a todo hombre por su calidad de tal.

No se trata por tanto de defender simplemente el derecho a la vida por su carácter preeminente, sino que se trata en definitiva de garantizar el respeto de todos los derechos a todas las personas.

Desde el momento en que se permite que un Estado realice discriminaciones arbitrarias para desconocer a un grupo de personas un derecho humano expresamente reconocido, no sólo se está afectando a dicho grupo, sino también a todos los hombres que viven bajo el mismo Estado. Si un Estado deja de reconocer a su ordenamiento jurídico como ley suprema, dicho Estado deja de ser un Estado de derecho y, por tanto, toda violación arbitraria se torna posible.

A lo largo del presente artículo se ha desarrollado el marco normativo del derecho a la vida como derecho humano fundamental. Así, se ha sostenido que “todo ser humano es persona, y que toda persona tiene derecho a que se respete su vida”.

Ahora bien, si el derecho a la vida es un derecho humano que, como tal, debe ser respetado sin discriminación, no cabe efectuar distinciones arbitrarias que permitan desvirtuar su efectiva vigencia. No al menos en un Estado democrático de

derecho, efectivamente subordinado a las disposiciones legales de su ordenamiento jurídico, que protege al hombre como fin esencial, que asegura la satisfacción de sus derechos fundamentales sin discriminación, y que garantiza la vigencia de todos los derechos a todas las personas.



I. Chile: un contexto privilegiado, pero frágil

El presente documento pretende reflejar la situación política, legislativa y fáctica que presenta Chile respecto de la protección del derecho a la vida de las personas, la realidad del aborto y el contexto de la salud reproductiva. Así, se busca proveer de información relevante a actores sociales, académicos y políticos que pretendan conocer y actuar en estas temáticas, que sin duda resultan decisivas en momentos de reflexionar sobre el rumbo y los fundamentos que deben guiar el desarrollo latinoamericano.

En ese contexto, Chile presenta un panorama bastante único y especial ya que es uno de los seis países en el mundo que prohíben el aborto en todas sus formas. La contracepción de emergencia fue sumamente resistida, y ha sido legislada hace poco tiempo y en términos muy precisos. El Protocolo Facultativo CEDAW también ha sido fuertemente resistido, sin que haya logrado apoyo suficiente en el Congreso para ser aprobado. Y finalmente, altos porcentajes de la población normalmente rechazan las políticas públicas y/o proyectos de ley que amenacen con atentar contra la vida de grupos desvalidos como los niños que están por nacer y los ancianos con riesgo vital.

Sin perjuicio de ello, la enorme presión por parte de organismos internacionales y la irresistible tentación para algunos sectores de “asimilarse a los países desarrollados” mantienen siempre latente el riesgo de incorporar eventuales atentados contra la dignidad de la persona humana, específicamente en lo atinente al derecho a la vida. Tomar conciencia de esto y tener la información y herramientas necesarias para influir en la toma de decisiones, resulta fundamental para que Chile siga siendo un ejemplo de que es posible combinar crecimiento económico, proyección tecnológica y resguardo de los derechos humanos.

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y director ejecutivo de la organización IdeaPaís (www.ideapais.cl). Realizó el presente artículo con el apoyo de Raquel Fuenzalida, estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Asimismo contó con la colaboración de Hernan Corral Talciani, ex Decano y Profesor de Derecho Civil de la Universidad de los Andes (Chile), quien redactó el capítulo titulado “La protección de la vida del concebido no nacido en el Derecho Chileno”.

II. Derecho a la vida en general

A. Organización política y legal.

A.1. Organización política del Estado de Chile

Chile es un Estado unitario,² lo cual implica que la administración, la legislación y la jurisdicción de los tribunales de justicia tienen potestad sobre todo el territorio de la República. Esto, sin perjuicio de que se divide territorial y administrativamente en quince regiones, las cuales a su vez se dividen en provincias y comunas respectivamente. De esta forma, existe un ejercicio del poder ejecutivo desconcentrado, mediante la delegación de facultades que el Presidente hace a los Intendentes a nivel regional, y a los Gobernadores a nivel provincial; y descentralizada, mediante el ejercicio autónomo e independiente de los Alcaldes electos popularmente a nivel comunal.



El sistema político chileno es el de una democracia republicana, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 4 de la Constitución.

Así, el carácter democrático se expresa en el establecimiento de elecciones periódicas de las autoridades ejecutivas (Presidente de la República y alcaldes) y legislativas (senadores y diputados), de las cuales participan todos los ciudadanos con derecho a voto que se encuentren inscritos en los registros electorales.

Luego, los rasgos republicanos se reflejan en (i) el ejercicio responsable del poder, que mezcla una responsabilidad común de las autoridades, sujetos en cuanto ciudadanos al imperio de la ley civil y penal, con una responsabilidad administrativa por sus delitos funcionarios, y, en ciertos casos, con una responsabilidad política en caso de incurrirse en ciertos supuestos consagrados directamente por

2 Artículo 3 de la Constitución.

la Constitución;³ y (ii) en el ejercicio del poder limitado tanto en la forma,⁴ específicamente en lo que respecta al respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana,⁵ como en su duración.⁶

La forma de gobierno es la República presidencial caracterizada por un marcado presidencialismo,⁷ que intenta ser morigerado por diversos mecanismos de control.⁸

Respecto del poder legislativo,⁹ es preciso advertir que en Chile existen dos cámaras: (i) la Cámara de Diputados, compuesta por 120 miembros electos democráticamente a partir de un criterio de representación territorial,¹⁰ la cual tiene a

3 Artículo 52, N°2 de la Constitución Política de la República.

4 Artículo 7° de la Constitución, que establece el principio de juridicidad a partir del cual los órganos del Estado deben sujetarse en su generación y ejercicio a lo dispuesto por la Constitución y las leyes, consagrándose de esta manera un pilar fundamental del Estado de Derecho chileno.

5 Artículo 5, inc. 2° de la Constitución.

6 En el caso del Presidente, su duración en el cargo es de cuatro años; de los senadores, de ocho años; de los diputados, de cuatro años; y de los alcaldes de cuatro años. A excepción del presidente, las demás autoridades mencionadas pueden reelegirse indefinidamente.

7 Expresado especialmente en las atribuciones especiales del Presidente de la República (art.32 de la Constitución), que prácticamente se desbordan en todos los órganos del Estado.

8 En primer término, está el control constitucional, ejercido por el Tribunal Constitucional (art 93). Sus atribuciones son: A. respecto al poder legislativo: A.1) control constitucional preventivo y obligatorio sobre leyes orgánicas, interpretativas y tratados internacionales que traten sobre dichas materias, A.2) control preventivo y facultativo por cuestiones de constitucionalidad que surjan sobre un proyecto de ley o negociación de un tratado internacional, A.3) control represivo de la ley vigente cuya aplicación pueda resultar inconstitucional. B. Respecto al presidente: control de constitucionalidad de los decretos supremos, C. Respecto al poder judicial: control constitucional de los autoacordados. En segundo término, el control político, ejercido principalmente por el Congreso Nacional, por medio del procedimiento de acusación constitucional, la interpelación ministerial y la configuración de comisiones investigadoras. (Cámara de Diputados: artículo 52 y Senado: artículo 53). En tercer término, tenemos el control judicial, ejercido por los tribunales de justicia. Y finalmente el control administrativo, ejercido por la Contraloría General de la República, especialmente mediante el procedimiento de toma de razón de actos administrativos (Artículo 98 y 99 de la Constitución).

9 Vid. Arts. 46 y ss. de la Constitución.

10 Se organiza a partir de 60 distritos que se distribuyen mediante un criterio cuantitativo y comunal, eligiéndose dos diputados por cada uno.

su cargo primordialmente la fiscalización de los órganos de la Administración; y (ii) el Senado, compuesto por 48 miembros electos democráticamente a partir de un criterio regional,¹¹ la cual tiene a su cargo, entre otras cosas, la revisión legislativa. Además, el sistema electoral chileno en materia parlamentaria es binominal, lo cual implica que las dos bancas disponibles en cada circunscripción o distrito serán ocupadas por los candidatos correspondientes a las dos primeras mayorías partidarias (una banca para cada partido), salvo que los votos obtenidos por un partido dupliquen al otro, supuesto en el cual dicho partido obtendrá ambas bancas. De esta manera, lo que se persigue es el fortalecimiento de un sistema compuesto por dos grandes conglomerados políticos. En la actualidad se observa este fenómeno con la *Coalición por el Cambio*¹² y la *Concertación*.¹³

Finalmente, respecto del poder judicial,¹⁴ se organiza territorialmente mediante juzgados de letras a nivel comunal y Cortes de Apelaciones a nivel regional, las cuales serán los órganos revisores de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces letrados. A la cabeza del sistema se encuentra la Corte Suprema de la República, que ejerce jurisdicción a nivel nacional y, por intermedio de recursos de casación en la forma y en el fondo, tiene la potestad de dejar sin efecto y enmendar las sentencias dictadas por tribunales inferiores cuando se hayan incurrido en vicios procedimentales o de fondo. De esta manera se persigue

11 Se organiza a partir de 24 circunscripciones, representando algunas la totalidad de una región (por ejemplo, en la I Región de Tarapacá), o más bien parte de ellas (por ejemplo, la Región Metropolitana, que se divide en la circunscripción oriente y poniente). Se eligen dos senadores por cada circunscripción.

12 La *Coalición por el Cambio* es una coalición electoral, presidencial y parlamentaria, creada en 2009 para apoyar a los adherentes del candidato presidencial Sebastián Piñera para la elección de ese año, y tras el triunfo de Piñera, se considera la coalición oficialista. Está compuesta por los partidos de la coalición política Alianza por Chile: la Unión Demócrata Independiente (UDI) y Renovación Nacional (RN); y los movimientos político ChilePrimero (CH1), Norte Grande y Humanista Cristiano (MHC). (El Mercurio, 6 de mayo de 2009).

13 La Concertación de Partidos por la Democracia es una coalición de partidos políticos de centro-izquierda que gobernó Chile desde el 11 de marzo de 1990 hasta el 11 de marzo de 2010, desempeñándose actualmente como oposición a la *Coalición por el Cambio*. Se formó en 1988 como *Concertación de Partidos por el No*, aglutinando a los principales sectores de la oposición a Augusto Pinochet, a quien derrotó en el Plebiscito nacional en octubre del mismo año. Está integrada por los partidos Demócrata Cristiano (DC), Por la Democracia (PPD), Radical Social Demócrata (PRSD) y Socialista (PS).

14 Vid. Arts. 76 y ss. de la Constitución.



uniformar la administración de justicia, en resguardo de la garantía de igualdad ante la ley. Junto con ella, es preciso advertir la labor del Tribunal Constitucional, quien tiene la potestad, por la vía de controles preventivos y a posteriori, de velar por el imperio constitucional a nivel legislativo y judicial.



A.2. Organización legal del Estado de Chile.

Chile tiene un Estado de Derecho Constitucional, de manera que el ejercicio del poder por parte de las autoridades, y de los derechos y libertades por parte de los ciudadanos, se sujeta al imperio de un ordenamiento jurídico que encuentra como norma fundamental la Constitución Política de 1980, con sus posteriores reformas.

De un modo sintético y solamente para los efectos de que se entienda la regulación asociada al derecho a la vida que posteriormente se expone, se señala que los principales cuerpos normativos chilenos, de acuerdo a su jerarquía, son los siguientes:

- i. Constitución Política de la República (1980), que se caracteriza por los siguientes rasgos: (i) Tener una riqueza dogmática muy considerable, inspirada en la escuela iusnaturalista que predomina en la comisión constituyente, que se expresa principalmente en el Capítulo I, titulado como las “Bases de la Institucionalidad”. Se destaca de este modo el artículo 1 inc. 1°, donde se afirma que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos; el artículo 1 inc. 4° que establece el principio de servicialidad del Estado a la persona humana y la explicitación del bien común como fin del mismo; y el artículo 5 inc. 2° que impone como límite de la soberanía el respeto y la promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. (ii) Tener herramientas jurídicas que permiten hacer efectivo el extenso catálogo de derechos contenidos en ella, destacando el recurso de protección (artículo 20) y el recurso de nulidad de derecho público (artículo 7). (iii) Tener pretensión de supremacía no puramente organizativa y normativa (en cuanto norma fundamental a la que deben ajustarse todas las demás), sino además práctica, lo cual se ve reflejado

en su artículo 6, en diversas acciones y mecanismos que se pueden hacer valer para darle eficacia ante los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional; y en la diversidad de temas que son resguardados por la vía del establecimiento de derechos (artículo 19).

Junto a la Constitución encontramos otros cuerpos normativos que componen el llamado “bloque constitucional”, entre los cuales destacan diversas leyes complementarias, los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y las sentencias constitucionales emanadas de los órganos jurisdiccionales antes mencionados, que han fijado el sentido y alcance de las normas constitucionales.

- ii. Leyes, que si bien todas tienen la misma fuerza normativa, se distinguen según el quórum necesario para su aprobación en: a) interpretativas de la Constitución: exigen un quórum de 3/5 de los miembros en ejercicio, b) orgánicas constitucionales: requieren un quórum de 4/7 de los miembros en ejercicio; c) de quórum calificado: requieren mayoría absoluta; d) comunes, que requieren la mayoría simple.¹⁵ Es preciso además señalar que las materias de ley están explícitamente señaladas en la Constitución (artículo 63).
- iii. Tratados internacionales. Su rango legal es un tema no del todo pacífico en Chile. La controversia se originó a propósito de la reforma introducida en la segunda parte del inc. 2 del artículo 5 de la Constitución, que señala que “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos [esenciales que emanan de la naturaleza humana], garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.¹⁶ A partir de ahí, se suscitan diversas posturas respecto del rango legal que tendrían dichos instrumentos internacionales. Esto tiene relevancia decisiva respecto de los efectos, modificaciones y prevalencia en caso de contradicciones que éstos podrían suscitar en la legislación interna.¹⁷

15 Las leyes interpretativas exigen un alto quórum debido a que restringen el carácter absoluto de la norma fundamental; las orgánicas constitucionales porque al desarrollar institucionalmente la Constitución son normas constitucionales; y las de quórum calificado lo exigen debido a que el constituyente consideró sus materias como relevantes. Además, es preciso aclarar que la mayoría absoluta es la mitad más uno de los miembros en ejercicio; mientras que la mayoría simple es la mayoría de los miembros presentes, siempre que hayan acudido al menos un tercio de los miembros en ejercicio.

16 Ley de Reforma Constitucional N° 18.825 de 1989.

17 ¿Sería procedente deducir un recurso de protección para amparar un derecho humano

La cuestión fue zanjada por el Tribunal Constitucional chileno en el año 2002, a propósito de un requerimiento planteado por 35 diputados relativo a la constitucionalidad del Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional.¹⁸ Básicamente, se consideró que los tratados internacionales que regulan derechos humanos son infraconstitucionales (lo cual implica que en caso de contradicción o prevalece la Constitución, o se deberán someter al procedimiento de reforma constitucional establecido en ella) y supralegales, por lo que la legislación debe adaptarse a lo establecido en dichos instrumentos, específicamente en lo que respecta a las garantías y derechos que pudiesen regularse.

- iv. La potestad reglamentaria, conformada por los diferentes cuerpos normativos que no emanan de la tramitación parlamentaria, sino por mandato del Presidente de la República. Dentro de estos, es preciso distinguir:
- Los Decretos Leyes (DL), que son aquellos que han sido dictados durante gobiernos en los que la falta de funcionamiento regular del Congreso Nacional se traducía en que las normas dictadas por el Presidente tuvieran inmediatamente el rango de una ley.
 - Los Decretos con fuerza de ley, que son aquellos que dicta en Presidente de la República, previa delegación expresa de facultades por parte del Congreso, en materias específicamente establecidas.¹⁹ Tendrán la

establecido en un instrumento internacional? ¿Cómo sería posible que los tratados se sometieran a controles de constitucionalidad, si éstos tuviesen rango constitucional? ¿Sería posible reformar la Constitución por esta vía, apartándose del estricto procedimiento contemplado en ella misma?

18 Vid. el fallo en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122002000100033&script=sci_arttext

19 La Constitución distingue dos clases de potestad reglamentaria: a) potestad de ejecución: en aplicación de la ley (artículo 64) y b) potestad autónoma: la habilitación que da el Congreso al Presidente para emitir decretos con fuerza de ley sobre materias señaladas en la Constitución (Arts. 32 N° 3). La Constitución pretendió establecer un “dominio máximo legal”: un límite a los ámbitos regulados por ley y señaló las materias de ley en el artículo 63: las materias objeto de leyes orgánicas; materias que según la Constitución deben ser reguladas por ley; las que son objeto de codificación; las que refieren al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social; honores públicos; las que autorizan al Estado a hacer contratos de préstamo o cualquier actividad que comprometa el crédito del Estado o enajene sus bienes; las referidas a la división política y administrativa del país; las leyes de iniciativa exclusiva del Presidente; indultos, declaración de guerra, las que fijen las bases de los procesos que rigen los actos de la administración pública, pero sin cerrar este

fuerza vinculante de una ley.

- Los Reglamentos, que son normas generales dictadas por la Administración que buscan regular determinados supuestos de hecho y/o complementar lo dispuesto por un cuerpo legal. Tienen rango inferior al de una ley.
- Los Simples Decretos, que es una norma particular dictada por la Administración, la cual en caso de emanar del Presidente de la República adquiere el nombre de Decreto Supremo.

Finalmente, las sentencias judiciales emanadas de los tribunales de justicia tendrán valor solamente respecto de las partes que han reclamado el pronunciamiento jurisdiccional,²⁰ salvo en lo referente a las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, que tendrán efecto general de acuerdo a los artículos 93 y 94 de la Constitución.

B. Tratados internacionales y legislación nacional.

Habiéndose revisado en general cómo se estructura política y legalmente el Estado de Chile, es preciso revisar en particular la manera en que diferentes cuerpos normativos se refieren al derecho a la vida.

En primer término, corresponde hablar de la Constitución Política de la República. Como ya se advirtió, su inspiración en la filosofía cristiana y en la escuela del derecho natural implica que la Constitución chilena descansa sobre el respeto irrestricto de la dignidad de la persona humana y los derechos fundamentales que emanan de su naturaleza. Así, ya el artículo primero sostiene que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, precisando que el verbo “nacen” expresa que desde el comienzo de sus días toda persona se encuentra protegida por el Derecho. Luego, el mismo precepto en su inciso cuarto establece que el Estado está al servicio de la persona humana y tiene por

límite termina señalando que son materias de ley “Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.

Respecto a la potestad de ejecución hay distintas teorías sobre su extensión en relación a la regulación de la ley: a) la reserva legal absoluta: la ley debe reglamentar en detalle, sin dejar poder discrecional a la administración, b) reserva legal relativa: ella sí debe tener espacio discrecional pues es esencial para reglamentar y c) reserva legal neutra: la potestad reglamentaria puede complementar, regular y operar en colaboración con la ley, pero sin crear elementos de una nueva regulación.

20 Artículo 3 de Código Civil chileno.

finalidad la búsqueda del bien de la misma, con pleno respeto de los derechos y garantías que la Constitución establece. Después, el artículo quinto en su inciso segundo reforzará lo dicho, al establecer a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana como limitación ineludible del ejercicio de la soberanía, lo cual debe verse necesariamente complementado con el artículo 19 en su numeral primero, que reconoce a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

Si se analiza detenidamente el texto del artículo 19 N°1, se pueden destacar las siguientes conclusiones; (i) que la Constitución asegura a todas las personas, usando un verbo en el que precisamente establece la primacía de éstas por sobre el Estado al ser ontológicamente superior y cronológicamente anterior; y (ii) que expresamente se protege la vida del que está por nacer, lo cual, no obstante haber suscitado una importante controversia en la Comisión Constituyente,²¹ resulta novedoso y sumamente relevante.

Luego, existen otras garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 de la Constitución que se encuentran íntimamente asociadas al derecho a la vida (tanto es así que normalmente se asocian al momento de deducirse recursos de protección)²² que son el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N°8), el derecho a la protección de la salud (artículo 19 N°9) y el derecho a la seguridad social (artículo 19 N°18).

Nota aparte constituye el artículo 19 N° 26 la Constitución: "...los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio". Se ha dicho que ésta es una garantía dirigida para el legislador y la Administración del Estado, más que a los ciudadanos. La premisa base de este artículo es la permanente existencia de conflictos de derechos que

21 Algunos de los comisionados (Guzmán principalmente) estimaron que era preciso redactar una condena explícita al aborto en la Constitución. Otros en cambio tenían ciertas dudas sobre algunos supuestos de aborto, como el pretendido aborto terapéutico o el que se alega en caso de violación. La polémica no pudo ser zanjada, por lo que se concluyó la redacción que conocemos. Vid. Actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 89°, párrafo I, p. 18.

22 El recurso de protección es una acción legal que puede ser presentada ante la Corte de Apelaciones, la cual deberá adoptar inmediatamente todas las medidas que considere necesarias para el restablecimiento del derecho privado o turbado por actos u omisiones ilegales, y asegurar la adecuada protección del afectado.

la ley debe resolver regulando, complementando o limitando su ejercicio. Este artículo limita la extensión de dicha regulación, prohibiéndole afectar la esencia de los derechos regulados o imponiendo condiciones que impidan su libre ejercicio. El Tribunal Constitucional ha declarado que “un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible, y que se impide su ‘libre ejercicio’ en los casos en que el legislador: a) lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, b) lo entranan más allá de lo razonable y c) lo privan de tutela jurídica”.

En segundo término, es preciso referirse a los cuerpos legales que de manera más relevante se refieren al derecho a la vida.

Corresponde comenzar por el Código Civil, el cual fija el momento en que comienza y termina la existencia legal de una persona. Así, establece en su artículo 74 que ésta se inicia al momento de nacer, fijando dicho instante en la separación completa de su madre. De esta manera, se acoge la llamada “doctrina de la vitalidad”, que propugna que lo que define el momento en comento es que pueda probarse (normalmente mediante pericias médicas hidrostáticas) que el feto ha tenido una vida independiente. Es preciso advertir que la doctrina mayoritaria considera que esto solamente tiene relevancia para efectos pecuniarios, principalmente asociados a temas hereditarios (lo cual es corroborado por el artículo 77 del mismo cuerpo legal); y que no pretende establecer definiciones que digan relación con la existencia natural de las personas. Además, el artículo 76 sostiene una presunción de derecho (que, como sabemos, no admite medios de prueba en contrario), fijando el momento de la concepción en no más de 300 ni menos de 180 días cabales contados desde la medianoche en que principia el nacimiento.

Finalmente, en lo relativo al fin de la existencia legal de una persona, solamente se limita a señalar en su artículo 78 que “La persona termina en la muerte natural”, sin especificar el momento en que dicho supuesto se verifica; y a regular los requisitos y procedimiento del estatuto de la presunción de muerte que se decreta respecto de una persona desaparecida.

Luego, el Código Penal en su Libro II, Título VIII, denominado “Crímenes y simples delitos contra las personas”, entre los artículos 390 y 394 tipifica los delitos de homicidio en sus diversas variantes. Además, la ley N° 20.480 ha incorporado la figura del femicidio, que consiste en agravar la pena si el delito consiste en dar muerte a una mujer en el contexto de una relación de pareja.

Finalmente, la ley N° 19.451 sobre trasplante y donación de órganos del año 1996, adquiere relevancia por ser el único cuerpo legal que pormenoriza el momento donde se suscitara la muerte natural de una persona. Así, el artículo 11 de esta ley lo identifica con la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal,

según parámetros clínicos corroborados por las pruebas o exámenes calificados. El reglamento deberá considerar, como mínimo, que la persona cuya muerte encefálica se declara, presente las siguientes condiciones: 1.- Ningún movimiento voluntario observado durante una hora; 2.- Apnea luego de tres minutos de desconexión de ventilador, y 3.- Ausencia de reflejos troncoencefálicos. En estos casos, al certificado de defunción expedido por un médico, se agregará un documento en que se dejará constancia de los antecedentes que permitieron acreditar la muerte.

Esta norma, no obstante tener un carácter evidentemente especial, ha venido a subsanar el vacío interpretativo dejado por el artículo 78 del Código Civil.

Dicho lo anterior, se hará referencia a los tratados internacionales suscritos por Chile, indicándose el estado de tramitación en que se encuentran y, some- ramente, la forma en cómo regulan lo relativo al derecho a la vida; recordando que la justicia constitucional ha definido su rango legal como infra constitucional y supra legal.²³

- i. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, promulgado por el Decreto N°778 del 29 de abril año 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores. A partir de él, los Estados signatarios se obligan a introducir en sus legislaciones las modificaciones que sean pertinentes para la plena vigencia del mismo. Destaca particularmente el artículo 6 que se encuentra en plena sintonía con lo señalado en la Constitución de 1980, por lo que no agregó nada en este sentido a lo ya dicho por la norma fundamental.²⁴
- ii. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, promulgado por el Decreto N° 326 del año 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Tendrá relevancia por lo que dispone el artículo 9,²⁵ en plena sintonía con el derecho a la seguridad social que ya se encontraba consagrado en la Constitución; y por el contenido del artículo 10 donde se establecen normas de protección a la familia y, específicamente, a la

23 Para mayores detalles acerca de los tratados y/o decretos de promulgación en particular, Vid. http://www.leychile.cl/Consulta/buscador_tratados. Para revisar los tratados de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile, Vid. <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/newhvstatusbycountry?OpenView&Start=1&Count=250&Expand=35#35>

24 El Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresamente dispone que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y que estará protegido por la ley, disponiendo asimismo que nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. (inc. 1).

25 Art 9: Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

mujer durante el desarrollo de su embarazo, como parte de los resguardos laborales.

iii. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”; promulgado por Decreto N°873 del año 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Este documento tendrá una relevancia medular y será citado en múltiples acciones y sentencias que se refieren precisamente al resguardo del derecho a la vida y, en especial, de la protección del no nacido. Resulta fundamental su artículo 4 N°1, pues en él se alude específicamente al momento de la concepción como aquel donde comienza la vida humana y, por consiguiente, la protección constitucional.²⁶ Así, este documento amplía la norma consagrada en el artículo 19 N°1 inc.2 de la Constitución el cual simplemente dispone que “la ley protege la vida del que está por nacer” sin aclarar el momento inicial de su existencia.

iv. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW conforme su sigla en inglés), promulgada por el Decreto N°789 del 9 de diciembre de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Este documento tiene también una relevancia medular, pues a propósito de las disposiciones sobre la eliminación de toda discriminación contra la mujer, algunos grupos que persiguen el reconocimiento de un pretendido derecho al aborto han querido amparar los derechos sexuales y reproductivos, la autonomía sexual, y dicho derecho a abortar, como parte integral del documento.

Sin embargo, de su mismo texto surge con claridad que la finalidad de la Convención es garantizar a la mujer el goce de todos los derechos humanos reconocidos, sin discriminación en razón del sexo, no existiendo disposición alguna que haga mención a los derechos antes enunciados y pretendidamente amparados.

Así, se ha querido desprender del artículo 12 y del artículo 16 inc. 1 letra e) de la Convención, derechos sexuales y reproductivos (incluyéndose incluso un supuesto derecho al aborto), cuando una correcta interpretación de los

26 Artículo 4.1. “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”. Es de justicia señalar, no obstante, que la expresión “en general” que usa la Convención en esta norma se ha prestado para que muchos sostengan que en realidad no es una fijación precisa del momento en que comienza la vida, sino más bien una instrucción para que constituyentes y legisladores puedan pormenorizar supuestos y excepciones de dicha regla general.

mismos demuestra que su finalidad ha sido el reconocimiento del derecho al acceso a los servicios de atención médica de la mujer –y en particular de la mujer embarazada– en igualdad de condiciones al hombre.²⁷

También resulta cuestionable que el Comité de la CEDAW²⁸ haya expresado en sus informes recomendaciones que exceden notoriamente sus facultades. Una de las obligaciones que asumen los Estados Parte consiste en informar periódicamente sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la Convención.²⁹ A partir de dichos informes, el Comité realiza un examen y se pronuncia haciendo críticas, comentarios y recomendaciones de los documentos enviados. Se destaca el punto 282 del examen del año 2004, que se cita textualmente: “El Comité, en sus observaciones al anterior informe, hizo alusión al inadecuado reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres y a la existencia de leyes que prohíben y penalizan toda forma de aborto, lo que afecta la salud de la mujer, da lugar a que aumente la mortalidad derivada de la maternidad y ocasiona nuevos sufrimientos cuando las mujeres son encarceladas por violar estas normas. Este organismo insta a la revisión de la legislación relacionada con el aborto con miras a enmendarla para proporcionar abortos en condiciones de seguridad y permitir la interrupción del embarazo por razones terapéuticas o relacionadas

27 El artículo 12 de la Convención expresamente dispone: “1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Parte 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”.

Por su parte, el artículo 16 inc. letra e) dispone que “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: Los mismos derechos 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.”

28 Creado por disposición de la misma Convención en su artículo 17.

29 Conforme artículo 18 de la Convención.

con la salud de la mujer, incluida la salud mental; y para terminar con la exigencia a profesionales de la salud de informar sobre las mujeres que se someten a aborto y a los organismos encargados de hacer cumplir las leyes, los cuales imponen sanciones penales a esas mujeres”.

También resulta elocuente el punto 285 del mismo examen, el cual claramente excede lo puramente jurídico al afirmar que, “en relación al aborto, el gobierno no se ha planteado considerar en su mandato la despenalización del mismo, dado que no existen aún condiciones para abordar este tema en el debate público, ni siquiera en relación al aborto terapéutico, el que existió en Chile hasta 1989, en que fue suprimido por el gobierno militar. La cerrada resistencia a analizar un fenómeno que afecta a decenas de miles de mujeres, por parte de los medios de comunicación conservadores, sectores religiosos opuestos a toda referencia a dicha realidad y partidos políticos que comparten las posiciones mencionadas, ha tenido un fuerte efecto en la opinión pública, a lo largo de las tres últimas décadas”.³⁰

Parece prudente emitir breves comentarios sobre estas recomendaciones. En primer lugar, resulta evidente que detrás de conceptos como “derechos sexuales” o “salud reproductiva” se esconden prácticas que ponen en tela de juicio la dignidad de la persona humana. Si restaba alguna duda, el Comité lo evidencia explícitamente al concretizar dichas expresiones con llamados concretos a despenalizar el aborto. En segundo lugar, expresiones como “medios de comunicación conservadores” y “sectores religiosos opuestos a toda referencia a dicha realidad” son bastante expresivas de que estos organismos no pretenden ser una instancia judicial que imparte justicia, sino más bien se traducen en herramientas al servicio de ideologías que se imponen empleando la coercitividad de los tratados internacionales. Y estas intromisiones en asuntos de política interna resultan no sólo curiosos, sino bastante cuestionables. Finalmente, es interesante que el lector sea capaz de ver que esta estrategia de trabajo internacional por la vía de órganos que inciden en la legislación interna, ha sido el mecanismo empleado para diseminar el aborto y otros medios de planificación familiar similares a lo largo de todo el continente.

El 23 de enero de 2001 el Gobierno inició la tramitación mediante el Mensaje N°282-343 que busca aprobar el Protocolo Facultativo y com-

30 Para revisar el detalle del Examen del Comité, a propósito del informe chileno del año 2004, Vid. <http://www.eclac.org/mujer/noticias/noticias/2/27332/Informe%20CEDAW%2006.%20Version%20no%20editada.pdf>.



plementario de esta Convención (Proyecto de Ley Boletín N°2667-10). En dicho Protocolo se concede al Comité la competencia para resolver sobre las peticiones y comunicaciones que se le presenten a propósito del grado de cumplimiento de la Convención, las cuales podrán provenir no sólo de parte del Estado, sino también de toda persona, particular o colectiva, que sienta que se ha visto vulnerada en los derechos del mencionado instrumento internacional. Así, se prevé que este organismo pueda iniciar investigaciones y hacer recomendaciones a los Estados Parte. Asimismo, se pretende que el Protocolo Facultativo de la CEDAW se equipare a los tratados internacionales de derechos humanos, con las consecuencias en cuanto a los efectos que eso significa.

Hoy dicho proyecto se encuentra en segundo trámite constitucional, en la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado. Como se puede observar, Chile ha decidido no abrogar su soberanía a favor del Comité de la CEDAW, en razón de que el Protocolo Facultativo no ha sido aprobado. Sin embargo, cada cierto tiempo renace la presión para hacer efectivo el documento.

- v. **Convención sobre los Derechos del Niño**, promulgada mediante el Decreto Supremo N°830 del 14 de agosto de 1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Siguiendo la misma lógica del tratado anterior, el Estado Chileno se ha visto en la obligación de acomodar su legislación y políticas públicas internas a lo mandatado por la Convención, junto con informar periódicamente sobre el avance en la implementación de las medidas ahí consignadas. El artículo 6, donde se habla del “derecho intrínseco a la vida”, no agrega mucho a lo ya dicho por la Constitución chilena.

Se desprende de lo expuesto, que la Constitución chilena está en plena concordancia con la protección del derecho a la vida que brindan los tratados internacionales, todo lo cual obliga al Estado nacional a seguir reafirmando su compromiso de respeto y garantía de este derecho humano fundamental.

C. Precisiones desde los tribunales de justicia.

Resulta interesante analizar lo manifestado por los tribunales chilenos al resolver sobre cuestiones asociadas a la protección del derecho a la vida:

Conceptualización del término “vida”

Respecto de la conceptualización del término “vida”, la Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol 220 del 13 de agosto de 1995, sobre la Ley de Trasplantes, sugiere indirectamente que el término “vida” debe ser definido por

la ciencia médica. Lo que realmente define es el término “muerte”, y de esta forma, indirectamente delimita el concepto de vida. No existe en la jurisprudencia constitucional ni ordinaria una definición clara y precisa del término, pero aparece claro que la decisión ha sido optar por la interpretación que haga la ciencia experta en la materia, es decir, la medicina.

Determinación del inicio de la vida y de su protección legal

La determinación del inicio de la vida y su consecuente protección, fue precisada por primera vez en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Decreto Supremo que regula la distribución de la píldora del día después (Causa Rol N° 740). En ella se estableció que las personas son titulares del derecho a la vida desde la concepción pues desde ese momento surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo y es completamente distinto del padre y de la madre por lo que se puede hablar de sujeto de derecho. Consideró asimismo, que la protección del derecho a la vida desde la concepción estaba también garantizada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así también lo reconoció la Corte Suprema el 30 de agosto de 2001, en apelación del recurso de protección, Rol N° 2186–2001 (Caso Postinol) al señalar que “el que está por nacer, cualquiera sea la etapa de su desarrollo prenatal –pues la norma no lo distingue–, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y constituirse en persona (considerando 17°).

Derecho a la vida y colisión de derechos

En los casos de colisión de derechos, la jurisprudencia de los tribunales ha tendido a jerarquizarlos y darle al derecho a la vida una posición de superioridad respecto de los demás, por lo tanto, se puede afirmar que no se concibe limitación alguna a este derecho. Así lo ha entendido la jurisprudencia de los tribunales en los siguientes casos:

- **Derecho a la vida y derecho de propiedad**

El Tribunal Constitucional ha privilegiado el derecho a la vida sobre la propiedad en numerosos casos. Así, por ejemplo, en el Caso Catalíticos del Tribunal Constitucional, Rol N° 325 del 26 de junio de 2001, y en la sentencia recaída en la causa sobre Control Obligatorio de la Ley sobre Normas Adecuatorias del Sistema Legal a la Reforma Procesal Penal, ROL 349 del 30 de abril de 2002.

- **Derecho a la vida y libertad de conciencia**

La colisión del derecho a la vida y la libertad de conciencia suele darse cuando quienes profesan la creencia religiosa de los Testigos de Jehová, acuden a servicios de salud, pues tales creencias les impiden recibir transfusiones de sangre

aún en casos extremos. Frente a un caso como este, la Corte de Apelaciones de Copiapó en fallo de recurso de protección Rol 18.640–2002, de fecha 24 de marzo de 1992, señaló que, sin perjuicio de respetar la libertad de culto, en casos como éstos predomina el derecho a la vida. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema el 5 de mayo del mismo año (ROL N°3569–2002). Asimismo han fallado tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema en diversos fallos.³¹

• Derecho a la vida y derecho de huelga

La Corte de Apelaciones en la causa “Rozas Vial, Fernando y otros con Ponce y Párroco de San Roque” (Rol 167–p) se enfrentó a un conflicto en el que un grupo de personas pretendieron “disponer” de su derecho a la vida empleando la huelga de hambre como elemento de presión en contra de ciertas autoridades. En el caso que se comenta, cinco estudiantes universitarios iniciaron una huelga de hambre para exigir que los compañeros que habían sido expulsados de la Universidad Católica de Chile, por supuestos motivos políticos, fueran reintegrados a las aulas. La Corte de Apelaciones acogió la acción por estimar que había un atentado contra la vida de los huelguistas, producido por ellos mismos y les ordenó poner término a la huelga. Declaró que “el atentado contra la vida y la integridad física que están realizando los ayunantes es un hecho ilegal e ilegítimo que si bien no está penado por la ley, infringe todo el sistema social y jurídico [...] es de derecho natural que el derecho a la vida, es el que tenemos a que nadie atente contra la nuestra, pero de ningún modo consiste en que tengamos dominio sobre nuestra vida misma, en virtud del cual pudiéramos destruirla si quisiéramos, sino en la facultad de exigir de otros, la inviolabilidad de ellas [...] En efecto, el dominio importa necesariamente una relación entre un sujeto y un objeto diferente, en tanto que el hombre y su vida se identifican y son una misma cosa” (considerando 10°).³²

D. La protección de la vida del concebido no nacido en el Derecho Chileno

Protección civil de la vida del concebido

La vida y la salud del concebido, o con expresión que viene del derecho romano: “el que está por nacer” (*nasciturus*), ha sido contemplada desde los albores

31 Rol 1.030–1995 del 2 de octubre de 1995, Rol 332–2000, del 11 de enero de 2001, Rol 39–2002.

32 Así también lo reconoció en otros casos. Roles 2.268–91, Rol 2839–95, recurso de protección del 2292–2002. Sólo lo ha rechazado en el caso Rol 1525–96 por negar el peligro de la vida de los huelguistas.

de la república. En el Código Civil (1855), redactado por Andrés Bello, se estableció claramente “la ley protege la vida del que está por nacer” (artículo 75 CC).

Como consecuencia, la misma disposición legal entrega facultades amplísimas al juez para adoptar, de oficio o a petición de cualquier persona, “todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá” (artículo 75 CC).

Esta norma debiera relacionarse con las facultades que la Ley de Tribunales de Familia otorga a los jueces de este fuero para adoptar medidas de protección en favor de niños o niñas que sean gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos (artículo 8 N° 8 ley N° 19.968), precisando la ley que por niño o niña debe entenderse “todo ser humano que no ha cumplido catorce años” (artículo 16 inc. 3°, ley N° 19.968).

El reconocimiento del derecho a la vida proviene de que para el Código Civil, “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad...” (artículo 55). El embrión es individuo y pertenece a la especie humana, por lo cual, con prescindencia de su desarrollo cronológico (edad), debe ser considerado como persona.

Protección penal de la vida del concebido

La vida del concebido está protegida igualmente por la legislación penal que castiga a todo aquel que maliciosamente causare un aborto (artículo 342 CP). Se rebaja la pena a la mujer que causare su aborto o consintiere en que otro se lo cause si lo hiciere por ocultar su deshonra (artículo 344 CP). Es posible también que la mujer pueda excusar o atenuar su responsabilidad con las eximentes y atenuantes generales reconocidas por el Código Penal como “fuerza irresistible o miedo insuperable” (artículo 10 N° 9 CP).

El facultativo, en cambio, que abusando de su oficio cause o coopere en un aborto ve su pena agravada (artículo 345 CP).

No existen excepciones a esta protección penal. El llamado *aborto terapéutico* fue derogado y se le sustituyó por la norma del Código Sanitario que prohíbe “toda acción que tenga como fin directo el aborto” (119 del Código Sanitario).

No son considerados abortos, porque no satisfacen las exigencias del tipo, las acciones terapéuticas realizadas en favor de la salud de la madre que tengan como resultado no querido la muerte el feto (doctrina del doble efecto o del involuntario indirecto).

La protección penal de la vida e integridad desde la concepción se debe complementar con la aprobación de la llamada Ley del Genoma Humano, la ley N° 20.120, de 29 de septiembre de 2006. El artículo 1° de este cuerpo legal dis-

pone expresamente que “esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”.

Esta ley saca varias consecuencias concretas de la protección del no nacido. Así se prohíbe bajo sanción penal la clonación de seres humanos, cualesquiera que sea el fin perseguido y la técnica utilizada (arts. 5 y 17), es decir, se prohíbe no sólo la clonación reproductiva sino la mal llamada clonación terapéutica, que involucra la pérdida deliberada de embriones. Se dispone, además, que en ningún caso podrán destruirse embriones humanos para obtener las células troncales que den origen a tejidos y órganos (art. 6). La ley agrega que “no podrá desarrollarse una investigación científica si hay antecedentes que permitan suponer que existe un riesgo de destrucción, muerte o lesión corporal grave y duradera para un ser humano” (art. 10 inc. 2°).

Protección constitucional

La Constitución Política (1980) señala, en su artículo 19, que ella asegura a “todas las personas”, ciertos derechos fundamentales entre los cuales menciona el derecho a la vida e integridad física y psíquica de la persona, aclarando que la ley debe proteger especialmente la vida del ser humano concebido: “la ley protege la vida del que está por nacer” (artículo 19, N° 1).

De este modo, ha previsto la aplicabilidad del recurso de protección³³ para restablecer el imperio del derecho en caso de que ese derecho sufra privación, perturbación o amenaza por actos u omisiones arbitrarias e ilegales (artículo 20 de la Constitución). Por ejemplo, en el caso “Carabantes Cárcamo”,³⁴ se resolvió que la criatura que está por nacer merece protección si su vida es puesta en peligro por la negativa de la madre a recibir una transfusión de sangre.

La reforma constitucional de 1999 (ley N° 19.611) tuvo por objeto explicitar la igualdad entre hombres y mujeres, y como resultado se sustituyó la expresión “los hombres”, con la que se iniciaba el art. 1° de la Constitución, por “las personas”, y se mantuvo el resto de la norma: “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Al quedar vinculados el vocablo *personas* con el verbo *nacen* se podía dar en la impresión de que la Constitución en el artículo primero reconocería sólo como personas (con dignidad y derechos) a los seres humanos ya nacidos, o desde el momento en que nacieran.

33 Ver nota n°22.

34 Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de noviembre de 1991, en *RDJ* t. 88, sec. 5ª, p. 340

Afortunadamente, esto se advirtió a su debido tiempo y sirvió para que el Congreso Pleno ejerciendo su función de poder constituyente derivado reafirmara la personalidad constitucional del ser humano concebido, por medio de una expresa aclaración en tal sentido. Varios hicieron uso de la palabra para hacer hincapié en que la reforma al hablar de que las personas nacen libres no podía entenderse como un debilitamiento del derecho a la vida del que está por nacer (Diputada Cristi, Diputado Elgueta, Senador Díez, Diputado José García, Diputado Krauss, Senador Urenda, Senador Zaldívar), ni en el sentido de “ignorar, suprimir o atenuar el reconocimiento de la personalidad constitucional que corresponde tanto a hombres como mujeres desde el mismo momento de la concepción” (Diputada Guzmán, Senador Larraín, Diputado Luksic, Diputado Pérez).³⁵

La protección constitucional de la vida y salud del concebido resulta reafirmada si se tiene en cuenta que el inc. 2º del art. 5 de la Constitución establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales de la naturaleza humana garantizados por la Constitución y por “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Entre estos tratados ratificados por Chile, encontramos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada *Pacto de San José de Costa Rica* (D. Of. 5 de enero de 1991), que declara solemnemente que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida” y que “este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción” (art. 4.1). Además, dispone que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 3, en relación con el art. 1.2).

Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (D. Of. 29 de abril de 1989) dispone que “El derecho a la vida es inherente a la persona humana”. La expresión *persona humana* claramente alude a todo individuo de la especie humana.

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño (D. Oficial de 27 de septiembre de 1990), declara enfáticamente que, para sus efectos, se “entiende por niño *todo ser humano* menor de dieciocho años de edad...” (art. 1). Esta definición comprende a los *nascituri* ya que, según la misma Convención, “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*” (preámbulo) (énfasis añadido).

La discusión de la píldora del día después se ha centrado en si ella tiene un efecto abortivo o no. Algunos han sostenido que no es abortiva porque no

35 Cfr. Sesión del Congreso Pleno del 15 de mayo de 1999, *Diario de Sesiones del Senado* p. 4037-4066.

tiene efectos interruptivos del embarazo el que cuentan sólo desde la anidación del óvulo fecundado en el útero materno. Pero esto en la legislación chilena no parece sostenible. En Chile siempre se ha entendido que es sujeto pasible del delito de aborto el niño no nacido desde el mismo instante de la fecundación. Sobre esto hay constancia clara en las actas de la Comisión Redactora del Código Penal: “desde el momento en que el feto tiene un principio de existencia, hay en él germen de un hombre y el que lo destruye se hace reo de un gravísimo delito” (Acta de la sesión 159^a). Los penalistas clásicos así lo decían enfáticamente. Así, por ejemplo, Raimundo del Río enseñaba que “técnicamente, tal delito de aborto comete la mujer que ingiere una substancia abortiva al día siguiente de la fecundación...”³⁶ y lo mismo repiten Alfredo Etcheberry³⁷ y Gustavo Labatut.³⁸

Según otra posición la píldora del día después no tendría efectos antinani-datorios por lo que se trataría sólo de un contraceptivo y no de una sustancia abortiva. Esto ha sido objeto de un debate judicial.

En primer lugar, la Corte Suprema, en fallo de 30 de agosto de 2001, conociendo de un recurso de protección presentado en contra de la resolución del Servicio de Salud Pública que autorizó el expendio del producto, declaró que “el derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida, no hay derecho” (considerando 15°), y que la criatura no nacida es titular del derecho a la vida (considerando 17°). Con ello declaró ilegal el acto administrativo. Frente a una nueva resolución autorizando la misma droga pero con otro nombre comercial, ante una acción de nulidad de derecho público de la resolución que autorizó el segundo fármaco, si bien el fallo de primera instancia acogió la demanda por considerar que había una amenaza seria a la vida e integridad física del embrión humano, la Corte de Apelaciones de Santiago determinó que no se acreditó suficientemente que el fármaco tuviera efectos antiimplantatorios y que este problema sería un hecho médico-biológico no resuelto científicamente (considerando 16) y que por tanto la decisión debía ser de competencia de los órganos especializados de la administración y no del ámbito jurisdiccional. La Corte Suprema, conociendo de un recurso de casación en el fondo, mantuvo la sentencia, básicamente porque estimó que el establecimiento de los hechos era privativo del tribunal de instancia.

Frente a un decreto supremo que aprobaba normas sobre fertilidad y en el que se autorizaba la distribución de la píldora del día después en los servicios

36 DEL RIO, Raimundo, *Derecho Penal*; Santiago, 1935, t. III, p. 182.

37 ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*; Santiago, 1965, t. III, p. 89-90.

38 LABAUT, Gustavo, *Derecho penal*; Santiago, 1983, t. II, p. 126.

públicos de salud, un grupo de diputados requirió al Tribunal Constitucional un pronunciamiento sobre la afectación del derecho a la vida. Por sentencia de 18 de abril de 2008, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad en este punto del decreto, teniendo presente que “la singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona” (considerando 51º); tras lo cual declara que la duda razonable suscitada en estos sentenciadores acerca de si la distribución obligatoria de la píldora del día después en los establecimientos que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud puede ocasionar la interrupción de la vida del embrión, al impedirle implantarse en el endometrio femenino, genera, a su vez, una incertidumbre acerca de una posible afectación del derecho a la vida de quien ya es persona desde su concepción en los términos asegurados por el artículo 19 N° 1 de la Constitución. La referida duda debe llevar, de acuerdo a lo que se ha razonado, a privilegiar aquella interpretación que favorezca el derecho de “la persona” a la vida frente a cualquiera otra interpretación que suponga anular ese derecho (Sentencia 18 de abril de 2008. rol N° 740-07).

Los partidarios de la píldora del día después, apoyados por el Gobierno de la Sra. Michelle Bachelet, presentaron un proyecto de ley para autorizar lo que se denomina contraceptivos de emergencia. Finalmente, el Congreso aprobó la ley N° 20.418, de 28 de enero de 2010, sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad. Aunque muchos entienden que con ello se habría dado luz verde a la distribución privada y pública de la píldora del día después (los parlamentarios no requirieron que el Tribunal Constitucional examinara la ley en este punto), lo cierto es que, en conformidad con lo dispuesto en su artículo 4, bien puede sostenerse que la ley se refiere sólo a los anticonceptivos que no causen abortos. El precepto señala a la letra “En todo caso, no se considerarán anticonceptivos, ni serán parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad, aquellos métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto” (art. 4). Si, como creemos (y así lo afirman los mismos laboratorios internacionales que la fabrican), la píldora del día después tiene entre uno de sus posibles objetivos el provocar un aborto (es decir, provocar la muerte del ser humano concebido), ella no está autorizada jurídicamente y sigue plenamente vigente la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional.

III. Aborto en Chile

A. Leyes que lo prohíben, proyectos que pretenden acogerlo.

Es preciso comenzar este análisis anticipando que en Chile el aborto se encuentra totalmente prohibido. Así, se analizarán a continuación los principales cuerpos legislativos que se refieren al tema, para luego detallar los proyectos de reforma constitucional y legal que pretenden despenalizar esta conducta.

La **Constitución Política** en su art. 19 N°1 inc. 2° señala que “la ley protege la vida del que está por nacer.” Esta aparente indefinición ante una proscripción más explícita del aborto ha dado pie a que algunos sostengan que lo que el Código político pretende, de acuerdo al espíritu general del mismo, es encomendar al legislador la forma en que prudencialmente resulta adecuado materializar dicha protección. Otros, en cambio, se afirman en ella para señalar que el constituyente autorizaría introducir excepciones en las cuales sería procedente la práctica del aborto. Es necesario por tanto traer nuevamente a colación lo señalado anteriormente respecto la expresión “nacen” del artículo 1 inc. 1 que, al decir que las personas *nacen* libres e iguales en dignidad y derechos, refiere no al hecho del nacimiento sino al comienzo de su existencia. Sin perjuicio de ello, el alcance de dicha expresión también ha despertado cierta polémica.³⁹

El **Código Civil** en su artículo 75 reitera esta idea, imponiendo al juez el deber de adoptar todas las providencias que estime pertinentes para proteger la vida del nonato, en la eventualidad que estime que de algún modo peligrará. Luego, se señala que todo castigo que tenga que imponérsele a la madre que pudiese afectar la vida o salud del feto deberá deferirse una vez suscitado el nacimiento. Además, valga lo ya mencionado sobre la presunción de derecho que establece el art. 76 de este cuerpo legal relativo a la fecha en que tuvo lugar la concepción.

El **Código Penal**, en los artículos 342 a 345 se refiere a varias hipótesis del delito de aborto, diferenciando las penas dependiendo si es realizado con o sin consentimiento de la mujer; con o sin violencia; o si lo realiza un facultativo.⁴⁰ Como la ley no define qué es el aborto, el contenido del concepto ha quedado

39 No obstante, es preciso consignar que este precepto fue reformado el año 1999 mediante la ley N° 19.611, modificando la expresión “hombres” por “personas”; y, a propósito de esa reforma, varios senadores pidieron que quedara explícitamente consignado que la voz “personas” incluía a los no nacidos, cosa que quedó finalmente señalada en el acta para la historia fidedigna de la norma.

40 Éstas oscilan entre 541 días a 5 años, pena máxima tanto para la mujer como para el facultativo que lo realice.

sujeto a lo que la jurisprudencia y la doctrina determinen, siendo la definición más aceptada, el “dar muerte al embrión o feto”. Además, el art. 342 sanciona al que “maliciosamente” causare un aborto, lo cual ha abierto una discusión acerca de si es necesaria la presencia de dolo directo para configurar la conducta típica, o solamente basta una conducta negligente (lo cual también tendrá mucha relevancia en lo relativo al aborto indirecto, entendido como aquel que se produce en aplicación del principio de doble efecto).

El **Código Sanitario** se refiere al aborto en los artículos 50 y 119. Mientras el primero ordena a los oficiales del registro civil informar inmediatamente a la autoridad sanitaria las defunciones causadas por aborto, el segundo establece que no puede ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto. Este último es especialmente significativo, pues su redacción responde a lo dispuesto por la ley 18.826 del año 1989, la cual, junto con reformar la primitiva norma que abría espacio al aborto en casos terapéuticos, ha sido relevante al momento de interpretar el alcance del numeral primero del artículo 19 de la Constitución.

A mayor abundamiento, corresponde mencionar el **Decreto N° 216 del Ministerio de Salud** del año 2003, que modificó la Ley General de Cementerios permitiendo la sepultación de restos fetales y la confección de un certificado médico de defunción fetal, y estableció la obligación para clínicas y hospitales de entregar los restos fetales, sin distinción alguna; y la **ley N° 20.357** sobre crímenes de lesa humanidad, que en su artículo quinto numeral cuarto prohíbe constreñir mediante violencia o amenaza a una mujer a practicarse un aborto, o permitir que le sea practicado.

Como se puede observar, unánimemente la legislación chilena prohíbe el aborto en sus distintas formas. No obstante, existen variados proyectos de reforma constitucional y legal que pretenden alterar este *statu quo*, ya sea despenalizando ciertas conductas hoy punibles, o bien aludiendo a cuestiones relacionadas con el aborto. También existen otros proyectos que pretenden fortalecer la prohibición hoy establecida.

Se mencionan a continuación los proyectos más relevantes:

- i. Proyecto que modifica el art. 119 del Código Sanitario, buscando reponer el aborto terapéutico (Boletín 6420–11 del 19 de marzo de 2009). Se encuentra en la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, en el primer trámite constitucional. Varias veces se ha intentado promover proyectos similares pero no han prosperado.
- ii. Proyecto que protege la vida de la mujer ante interrupciones de embarazos



- en los casos que éste indica, y que busca reponer el aborto terapéutico, por malformaciones del feto o en caso de violación (Boletín N° 4845–11, del 18 de enero de 2007).
- iii. Proyecto que despenaliza la interrupción del embarazo por razones médicas, y regula figuras de aborto indirecto y terapéutico (Boletín N° 7373–07, del 15 de diciembre de 2010). La novedad de este proyecto es que fue presentado por la Senadora Matthei, actual Ministra del Trabajo y militante de la Unión Demócrata Independiente. Se encuentra en primer trámite constitucional, sin urgencia en su discusión.
 - iv. Proyecto que despenaliza el aborto eugenésico y por violación, entre otros (Boletín N° 7391–07 del 21 de diciembre de 2010). Es presentado en respuesta al proyecto anterior por parlamentarios de la Concertación. Se encuentra en primer trámite constitucional, sin urgencia en su discusión.
 - v. Proyecto que establece una ley marco sobre salud y derechos sexuales reproductivos, y pretende regular orgánicamente el aborto como parte de las prerrogativas que involucra la autonomía sexual de la mujer. Involucra la despenalización de ciertas figuras de aborto, el secreto profesional de los médicos respecto de las personas que se hayan inducido un aborto y eventualmente la inclusión de los derechos sexuales y reproductivos dentro del catálogo de derechos del art. 19 de la Constitución (Boletín N°5933–11 del 01 de Julio de 2008). Actualmente en primer trámite constitucional, sin urgencia en su discusión. Este proyecto resulta especialmente relevante, pues al usar un lenguaje equívoco y ampararse en agendas internacionales (con el siempre presente argumento de la “importancia de ponerse a tono con el mundo” y “el deber de cumplir con compromisos internacionales”), concita mayor apoyo entre los parlamentarios, lo cual obliga a explicitar el alcance de los conceptos que se emplean.
 - vi. Proyecto de reforma constitucional que eleva el quórum para la despenalización del aborto (Boletín N° 4121–07, del 22 de marzo del 2006). En primer trámite constitucional, sin urgencia. Lo cierto es que, por los quórum de aprobación que implica una reforma de esta naturaleza, se plantea más como una acción política que estrictamente legislativa.
 - vii. Proyecto que, con el objeto de precisar las conductas que implican el tipo de aborto, modifica disposiciones del Código Penal y Sanitario, (Boletín N° 4447–11, del 22 de agosto de 2006). Destaca porque pretende superar la indefinición actual en el alcance del delito de aborto, muchas veces cuestionada por la falta de evidencia del principio de legalidad de la conducta típica. Se encuentra en primer trámite constitucional, sin urgencia en su discusión.

Como se puede observar, si bien existen varios proyectos de ley relativos a la problemática del aborto, lo cierto es que éstos no tendrán mayor relevancia mientras el Gobierno no emplee el mecanismo de las urgencias para acelerar su tramitación. Respecto a ello, la Administración del Presidente Sebastián Piñera y la Coalición por el Cambio (oficialista), no tienen una única opinión sobre el tema, lo cual resulta especialmente reflejado si se tiene en cuenta que uno de los últimos proyectos fue patrocinado por una senadora proveniente del partido oficialista mayoritario. No obstante, es preciso reconocer que la mayoría de los diputados y senadores del conglomerado gobernante, junto a algunos más de la Democracia Cristiana, se resisten a introducir el aborto dentro de la legislación por considerarlo contrario al derecho a la vida. Así, no debiese haber mayores innovaciones al respecto, tanto en lo referente al aumento de la penalización como a su morigeración durante el presente Gobierno.

Sin embargo, es preciso advertir tres posibles amenazas: (i) La primera, es que por la vía de tratados internacionales y resoluciones de comisiones extranjeras –especialmente de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)– se ha ido allanando el terreno para introducir el aborto en Chile bajo el pretexto de cumplir con los estándares internacionales que impone la autonomía sexual y los derechos reproductivos. Mediante este lenguaje, varios parlamentarios reacios a despenalizar el aborto, no son capaces de advertir que en la práctica dichos instrumentos efectivamente terminan por introducirlo. (ii) La segunda, es que si se revisan las discusiones y votaciones parlamentarias del último tiempo, especialmente aquella que acogió la llamada píldora del día después dentro del ordenamiento jurídico,⁴¹ es posible especular que la tendencia se orienta hacia la legalización del aborto en Chile más temprano que tarde. (iii) Y tercero, resulta interesante mirar que las encuestas, aún oscilantes, han ido manifestándose favorables a tipos de aborto aparentemente morigerados, tales como el llamado terapéutico y/o el aborto por violación.

B. Jurisprudencia: los máximos tribunales chilenos confirman el total rechazo al aborto en todas sus formas.

Las controversias de mayor renombre en lo relativo a la problemática del aborto no han tenido que ver normalmente con casos de abortos explícitos, sino más bien con conflictos asociados a la contracepción de emergencia. Se mencionan a continuación cinco fallos que han tenido gran impacto, ya sea por

41 Infra. se hará referencia en detalle a la situación actual de Chile en lo relativo a la contracepción de emergencia.

su repercusión en el debate político o por sentar precedentes legislativos y/o jurisdiccionales.⁴²

Se observará que dichos fallos guardan una secuencia, y que tras algunos fallos contradictorios de la Corte, se llega a un criterio uniforme que rechaza la anticoncepción de emergencia fortaleciendo la protección de la vida del que esta por nacer.⁴³

Philippi Izquierdo, Sara y otros con Instituto de Salud Pública, Ministra de Salud y Laboratorio Médico Silesia S.A. (Corte Suprema, 30 de agosto de 2001, rol N° 2186-01).

La parte demandante interpone un recurso de protección amparado en el art. 19 N°1 y N°26 de la Constitución Política, exigiendo que se deje sin efecto el registro sanitario realizado por el Instituto de Salud Pública, mediante la resolución administrativa N° 2.141 del año 2001, por el cual se autorizaba la distribución y comercialización del fármaco “Postinal”. En primera instancia la Corte de Apelaciones de Santiago rechaza la acción constitucional bajo el argumento de que los actores carecerían de personería para representar a los nonatos.⁴⁴ En segunda instancia, la Corte Suprema acoge el recurso por considerar que uno de los efectos de la droga Levonorgestrel podría ser capaz de causar un aborto, atentando contra la vida del no nacido –a quien le reconoce la condición de persona (considerando 17°)– y contra la integridad física y psíquica de la mujer (considerando 9°). Esto resulta muy importante, pues por primera vez la máxima instancia jurisdiccional chilena ampara al no nacido por eventuales riesgos que pudiese sufrir ante la acción de un medicamento.

Sin perjuicio de lo resuelto por la Corte en el presente fallo, el Instituto de Salud Pública perseveró en su intención y registró, por medio de la Resolución N° 7224 del 24 de agosto del año 2001, el fármaco *Postinor-2*, el cual, no obstante tener los mismos componentes, modificaba su nombre de fantasía.⁴⁵

42 Toda la jurisprudencia ha sido extraída de la *Revista de Estudios Parlamentarios* HEMICICLO 2, año 2010.

43 Sin perjuicio de esta secuencia jurisprudencial, en el año 2010 se publica la ley 20.418 que regula expresamente la anticoncepción hormonal de emergencia, poniendo fin a la controversia judicial. Ver en el presente trabajo, “Salud Reproductiva”.

44 Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 28 de mayo de 2001, considerandos 9°, 10° y 11°.

45 Posteriormente los demandantes asumieron como autocrítica que, al haber centrado la demanda en el nombre de fantasía, no era posible hacer extensivo el fallo a todos los fármacos de análoga composición, sino solamente al directamente recurrido.

Centro Juvenil AGES con Instituto de Salud Pública de Chile (Corte Suprema, fallo del 28 de noviembre de 2005, rol N° 1039-05)

A propósito de la Resolución N° 7.224 (comentada en el acápite anterior), el Centro Juvenil AGES interpuso una acción de nulidad de derecho público, amparándose en el art. 7 de la Constitución, bajo el fundamento de que el Instituto de Salud Pública se habría apartado de la Constitución y de la ley, al violentar el derecho a la vida del que está por nacer. La acción es acogida en primera instancia,⁴⁶ pero desechada por la Corte de Apelaciones.⁴⁷ El recurrente interpone un recurso de casación en el fondo y en la forma ante la Corte Suprema, que resuelve sobre esta cuestión con fecha 8 de noviembre del año 2005, rechazando la acción de nulidad de derecho público y confirmando la sentencia recurrida. Resulta interesante referirse a los fundamentos del fallo. La Corte estima que el recurrente tiene la carga de probar que el fármaco efectivamente puede causar un riesgo abortivo respecto de la persona en gestación, cosa que, a juicio de la judicatura, solamente alcanza en el plano de la duda, sin configurar la certeza que supuestamente se exige. Luego, sostiene que la ley le encomienda al Instituto de Salud Pública el registro de medicamentos que requiera la población y el control de calidad de los mismos, potestades que, a juicio de la Corte, ha ejercido de acuerdo al encargo técnico que se le encomienda (dejándose entrever que dicho órgano estaría más capacitado que la Corte para pronunciarse sobre cuestiones médicas).

Al respecto, resulta oportuno efectuar cuatro importantes críticas:

- Primero, resulta cuestionable el argumento principal del fallo, ya que siembra una profunda duda en el ambiente jurídico nacional, al expresarse en manifiesta contradicción con el fallo que la misma Corte Suprema había emitido en un supuesto de hecho similar, el cual ha sido analizado precedentemente;⁴⁸

46 Fallo del Vigésimo Juzgado Civil de Santiago, dictado con fecha 30 de junio del año 2004. La sentencia se funda en que el fallo de la Corte Suprema que ordena la cancelación de la inscripción del fármaco "Postinal" debe hacerse extensivo a todo medicamento que incorpore el mismo componente.

47 Fallo de la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, dictado con fecha 10 de diciembre del año 2004. Básicamente, se revoca la sentencia de primera instancia por considerar que la instancia jurídica no es competente para resolver sobre controversias científicas aún en discusión.

48 Crítica formulada por Antonio Bascañán Rodríguez en "Después de la Píldora", Anuario de Derechos humanos 2006, p. 235-244



- Segundo, si bien evidentemente los tribunales de justicia no están llamados a zanjar dudas disciplinarias específicas de una determinada materia, pues en ningún caso es lo que la ciudadanía o el Estado de Derecho reclaman de ellos; esto no se contradice con enmarcar auténticamente la labor de un juez, que consiste en emitir una resolución jurídica tomando como antecedentes puramente de hecho los datos que aporten otras disciplinas. O dicho de otra forma, el hecho de que en una determinada materia subsistan discusiones pendientes no obsta a que, sobre la base de esa duda y con la colaboración de otras herramientas jurídicas, pueda emitirse una resolución totalmente válida y prudente. En ese sentido, parecería más adecuado el tratamiento que realiza el Tribunal Constitucional en el fallo al que se hará referencia posteriormente;⁴⁹
- Tercero, la alusión a la carga de la prueba pareciera poco afortunada, porque aún cuando se hayan acompañado al proceso medios que solamente fueran capaces de configurar una situación de duda, ésta ya es capaz de generar un riesgo totalmente incompatible con la protección constitucional de la vida del que está por nacer, y con el principio *pro homine*, en virtud del cual siempre debe escogerse la alternativa que de mejor manera resguarde la vida e integridad de las personas (en este caso, claramente debía evitarse el riesgo que eventualmente el Levonorgestrel podría tener);
- Y cuarto, si bien es cierto que la ley le encomienda a determinados organismos técnicos de salud el pronunciarse sobre la viabilidad de ciertas políticas farmacológicas, no es menos cierto que la Constitución establece mecanismos para que los ciudadanos puedan impugnar dichas decisiones en la eventualidad que las consideren abusivas o lesivas respecto de sus derechos. Sostener que el sólo hecho de que la ley atribuya tales y cuales potestades a un órgano es suficiente argumento para amparar todas las decisiones que pudiesen adoptarse a partir de dicha delegación de poder, es afirmar una discrecionalidad que en ningún caso la ley o la Constitución pretendieron reconocer. Y tanto es así, que si las cosas fueran como las pretende la Corte Suprema en este fallo, poco sentido tendrían las acciones que la Constitución franquea frente a la Administración del Estado, especialmente la acción de nulidad de derecho público del art. 7.

49 Vid. infra.

Fallo del Excmo. Tribunal Constitucional de Chile, a propósito del requerimiento planteado respecto de la Resolución Exenta del Ministerio de Salud que establece las “Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad” (11 de enero de 2007)⁵⁰

El 01 de septiembre de 2006 el Ministerio de Salud, mediante la resolución exenta N°584, estableció las *Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad*, disponiendo la distribución obligatoria en los establecimientos públicos de salud de la llamada contracepción de emergencia bajo medicamentos compuestos por Levonorgestrel, con la novedad de que incluso podía entregarse a menores de edad, sin autorización ni conocimiento de sus padres y/o tutores.

Frente a esta resolución se deduce un recurso de protección, que es rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de fecha 17 de noviembre de 2006,⁵¹ bajo el fundamento de que el recurso de protección no es un mecanismo para imponer convicciones morales o religiosas en lo referente a decisiones que no afectan los derechos de las personas (considerando 4°).

Luego, el 30 de septiembre del año 2006, treinta y un diputados requieren la intervención del Excmo. Tribunal Constitucional para que, en aplicación del art. 93 inc.1° N°16 de la Constitución, declare la inconstitucionalidad de la mencionada resolución exenta.⁵² Al respecto, sostienen argumentos de forma, relativos a que la forma jurídica escogida por el Ministerio de Salud no es la adecuada pues, al ser exenta, rehúye los controles de la Contraloría General de la República y del mismo Tribunal Constitucional; y de fondo, asociados al riesgo que esta decisión puede producir respecto la vida de los niños que están por nacer, y el atentado que implica respecto del derecho preferente de los padres de escoger la educación de sus hijos.

Así y tras una larga discusión no sólo jurídica sino también mediática, el Tribunal Constitucional acoge el requerimiento basándose solamente en los elementos formales, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto. Es decir, se limitó a ordenar la inconstitucionalidad de la resolución exenta por estimar que, en su condición de

50 Vid. fallo en <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/108>

51 Causa Zalaquett, Lagos y Catalán con Ministra Soledad Barría, causa rol N° 4693-06. Se recurre contra la sentencia de la Corte de Apelaciones, pero dado el pronunciamiento posterior del Excmo. Tribunal Constitucional, se desiste el recurso.

52 El artículo 93 inc 1° N° 16° dispone que será facultad del Tribunal Constitucional resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

Reglamento, debió haber sido dictada por el Presidente de la República y sujetarse a los controles establecidos por la Constitución. De esta manera, se evitó la puesta en vigencia de la normativa en comento, sin zanjar la cuestión de fondo.

Fallo del Excmo. Tribunal Constitucional de Chile, a propósito del requerimiento planteado respecto del Decreto Supremo Reglamentario sobre “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad” (18 de abril de 2008)⁵³

En respuesta al fallo reseñado en el punto anterior, el Gobierno dictó con fecha 03 de febrero del año 2007 el Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, donde se establecieron las *Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad*, el cual establecía las mismas cuestiones de la resolución que había sido declarada inconstitucional.

Ante eso, con fecha 05 de marzo del año 2007 y en aplicación del art. 93 inc.1° N°16 de la Constitución Política, un grupo de diputados requiere nuevamente el pronunciamiento del Excmo. Tribunal Constitucional, bajo el fundamento de que la distribución masiva a través del sistema público de salud de fármacos cuyo componente principal es el Levonorgestrel, atenta contra el art. 19 N°1 inc. 2° de la Constitución pues pone en riesgo la vida del que está por nacer.

Tras largos meses de discusión jurídica y mediática, el Excmo. Tribunal Constitucional acoge el requerimiento y declara la inconstitucionalidad de las partes del Decreto Supremo Reglamentario que se refieren a distribución de la llamada píldora del día siguiente.

El Excmo. Tribunal Constitucional parte por precisar los alcances del fallo, sosteniendo que por el tenor del requerimiento y por las atribuciones que la misma Constitución le confiere, los efectos del mismo sólo pueden extenderse a los sistemas públicos de salud.⁵⁴

Pasando al fondo del asunto, se puede resumir el razonamiento del Tribunal a través de los siguientes elementos. Primero, se constata que efectivamente existe evidencia contradictoria sobre los efectos que el fármaco podría tener en el proceso de fecundación y posterior anidación en el útero del óvulo fecundado, lo cual suscita una duda científica. Segundo, se afirma que la Constitución Chilena, de

53 Para ver el texto completo del fallo: <http://jurisprudencia.vlex.cl/vid/-58941744>

54 Lo cual implicó que, pese a las exigencias de los recurrentes de que la eficacia del fallo debería extenderse a todos por igual y debería cumplirse de buena fe, se distribuyeran los fármacos a través de los sistemas municipales descentralizados y en el sistema privado de salud.

acuerdo al tenor expreso de los artículos 1, 5 y 19 N°1 inc. 2°,55 mayoritariamente estima que la protección constitucional de la vida del que está por nacer parte en la concepción (considerando 49°). Y tercero, en ese contexto el Tribunal hace eco del principio pro homine, en virtud del cual siempre debe privilegiarse la alternativa que proteja y propicie de mejor manera el resguardo de los derechos de la persona humana (considerados 65° y ss.). De esta manera se concluye, que el camino más coherente para enfrentar –con la legislación chilena– el supuesto fáctico dudoso que presenta el fármaco en comento, consiste en evitar eventuales peligros que pudiesen suscitarse respecto de la persona humana y, por ende, en prohibir la distribución de la píldora del día siguiente en los sistema públicos de salud.

Dictamen N°31356, de la Contraloría General de la República, a propósito de los alcances del fallo del Excmo. Tribunal Constitucional de Chile (16 de junio de 2009)⁵⁶

Como se anticipaba, los efectos de la sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional señalados en el punto anterior no fueron acatados de la manera que hubiesen esperado los recurrentes. En particular, los centros asistenciales municipales y los establecimientos y farmacias privadas siguieron distribuyendo la llamada píldora del día siguiente.

Ante esto, la Asociación Chilena de Municipalidades y el abogado Jorge Reyes, en representación de los grupos pro vida, presentaron un requerimiento ante la Contraloría General de la República para que se pronunciara sobre el carácter vinculante que la sentencia en comento tenía respecto de todos los organismos de salud.⁵⁷

La Contraloría General de la República, de acuerdo a lo señalado en el Dictamen N° 31.356, estimó que los consultorios municipales, como parte del

55 Artículo 1°.– Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Artículo 5°. Inc. segundo: El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Artículo 19° N°1 inc. dos: La ley protege la vida del que está por nacer.

56 <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

57 La Contraloría General de la República es un organismo autónomo del Estado, establecido en la Constitución, cuya función es, entre otras, a) ejercer el control de legalidad de los actos de la administración. En ese contexto tiene potestad para obrar en este caso.

sistema público de salud, tienen que ejercer sus potestades dentro del marco de la juridicidad vigente. De esta manera, se estimó que el fallo surte todos sus efectos sobre estos recintos, prohibiéndose en los mismos la distribución del fármaco cuestionado. No obstante, se apresura en señalar que este órgano contralor no tiene competencia respecto de las clínicas y establecimientos privados, por lo que no estaría en condiciones de pronunciarse al respecto.

Conclusión

En suma, después de este largo proceso, se puede observar cómo los máximos órganos jurisdiccionales del país han fallado en contra de la distribución de la denominada píldora del día siguiente en la gran mayoría de los casos, permitiendo concluir que, al menos en este ámbito, la posición permanente ha sido rechazar todo riesgo y forma de aborto y propender a fortalecer la protección del derecho a la vida del que está por nacer.

No obstante y como se observará más adelante, este asunto finalmente fue resuelto por la vía legislativa, lo cual demuestra una vez más que estos temas, en la práctica, se desenvuelven como una discusión más política que estrictamente jurídica.⁵⁸

C. Contexto actual: organizaciones involucradas y estado de la problemática.

El aborto en Chile es un tema que genera mucha efervescencia, tanto en grupos y organizaciones que abogan por la despenalización del aborto, como otras tantas que se ocupan de promover el respeto de la vida del que está por nacer y la prohibición de esta conducta.

Respecto del primer grupo, las organizaciones más relevantes son las siguientes.⁵⁹

- i. Acción AG es una asociación de organismos no gubernamentales que, en sus palabras, promueven el ejercicio pleno de la ciudadanía, la participación y los derechos económicos, sociales y culturales. Han lanzando campañas culturales y sociales, destacando la “Campaña Tengo Derecho a Decidir”, que contempló videos y panfletos. También emiten artículos,

58 Ver nota n° 42.

59 Dada la extensión del presente trabajo, se omite la mención de las siguientes organizaciones: Católicas por el Derecho a decidir (<http://www.cddchile.cl/>); Centro de Estudios para el Desarrollo de la Mujer CEDEM (www.cedem.cl); Movimiento Conspirando (www.conspirando.cl); Fundación Ideas (www.ideas.cl); entre otras.

- realizan informes y despliegan lobby municipal y parlamentario.⁶⁰
- ii. La Asociación Chilena de Protección de la Familia (APROFA),⁶¹ filial de la International Planned Parenthood Federation,⁶² se dedica a “promover el control de natalidad y la planificación familiar”, principalmente mediante el desarrollo de estudios, la gestión de centros clínicos y el desarrollo de planes de formación y capacitación en temas de sexualidad. Participó activamente de la discusión de la píldora del día después en Chile.
- iii. El Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER),⁶³ es una organización que mediante la prestación de servicios médicos, el desarrollo de estudios e investigaciones, la dispensación de medicamentos (entre ellos, la anticoncepción de emergencia, siendo uno de los mayores importadores en Chile), la gestión de capacitaciones y otros servicios, promueve la salud reproductiva y los derechos sexuales entre la población. Uno de sus directores, el doctor Horacio Croxatto, fue uno de los principales defensores de la implementación del *Levonorgestrel* en los establecimientos públicos de salud y es un recurrente defensor del aborto en programas de televisión y espacios de discusión pública.
- iv. La Corporación Humanas,⁶⁴ es una organización que se dedica, entre otras cosas, al seguimiento y observación de políticas públicas que tienen que ver con temas de género y sexualidad. Su ex presidente (y actual directora del Instituto de Derechos Humanos) Lorena Fries tiene variadas publicaciones⁶⁵ y entrevistas⁶⁶ en las que promueve la despenalización del aborto en Chile, habiendo sido una activa participante de la tramitación del Protocolo CEDAW dentro de la legislación interna.
- v. El Centro de Medicina Reproductiva y desarrollo integral del adolescente

60 Vid. www.accionag.cl. Dentro de las instituciones afiliadas se encuentran varias que tienen por objeto, entre otras cosas, la promoción de la despenalización del aborto.

61 Vid. www.aprofa.cl.

62 Planned Parenthood Federation es la organización que posee la red más importante a nivel mundial en lo que a promoción de la planificación familiar y los derechos reproductivos se refiere. De acuerdo a la información entregada en su página web, reúne a más de 180 países con filiales o nexos que le permiten promover su visión sobre la sexualidad a lo largo de todo el mundo. Conf. <http://www.ippf.org/en/What-we-do/>

63 Vid. www.icmer.org.

64 Vid. www.humanas.cl

65 Vid. sección de publicaciones en www.humanas.cl.

66 <http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=4643&sid=51>



(CEMERA),⁶⁷ consiste en una unidad académica de la Universidad de Chile cuya misión es mejorar la calidad académica y de servicios que se ofrecen en el ámbito de la salud sexual y reproductiva. Se dedica al desarrollo de investigaciones, a la mantención de clínicas y a la ejecución de capacitaciones en temas de salud sexual, participando activamente de discusiones parlamentarias.

- vi. El Centro La Morada es –conforme sus propias palabras– una asociación feminista que trabaja por la ampliación de los derechos de las mujeres.⁶⁸ Se dedica a gestionar un dial de radio, al desarrollo de campañas de activismo y a la articulación de redes.

Respecto de las agrupaciones que promueven el respeto a la vida y la mantención de la prohibición del aborto, las más destacadas son las siguientes:⁶⁹

- i. Red por la Vida y la Familia,⁷⁰ consiste en un foro que agrupa a organizaciones y personas que trabajan por la defensa de la vida humana. Se dedica a la coordinación de estrategias, al desarrollo de informes, a la participación en discusiones parlamentarias y al desarrollo de campañas publicitarias.
- ii. ISFEM (Investigación, Formación y Estudio sobre la Mujer),⁷¹ es una organización no gubernamental dedicada a la investigación, formación y estudios sobre temas de la mujer. Desarrolla estudios que se presentan ante instancias gubernativas, parlamentarias e internacionales. Además, gestiona campañas y actividades que buscan promover el respeto de la dignidad humana.
- iii. Fundación Mirada Más Humana,⁷² es una organización no gubernamental que busca posicionar una mirada más humana en la sociedad. Destaca

67 Vid. www.cemera.cl

68 Vid. www.lamorada.cl

69 Dada la extensión del presente trabajo, se omite la mención de otras organizaciones que se dedican a la promoción y protección del derecho a la vida y al resguardo de los niños que están por nacer, entre ellas: Fundación San José (www.fundacionsanjose.cl), Siempre por la Vida (www.siempreporlavida.cl), Gente Nueva (<http://gentenueva.cl/sitio/>), IdeaPaís (www.ideapais.cl), entre otras.

70 Vid. www.redprovida.com.

71 Vid. www.isfem.cl

72 Vid. www.miradamashumana.org

por su capacidad de gestión en eventos masivos (en especial, un concierto de rock pro vida llamado Rock for Life) y en videos publicitarios.

- iv. Muévete Chile,⁷³ consiste en un movimiento que promueve la participación juvenil, la dignidad de la persona humana y el respecto a la vida. Se dedican al desarrollo de campañas publicitarias y de activismo vía web, a la difusión de ideas por medios tecnológicos y al desarrollo de redes.
- v. Fundación Chile Unido,⁷⁴ se dedica al estudio y la difusión profesional de valores sociales y culturales que promuevan un progreso auténticamente humano. Trabajan desarrollando publicaciones y estudios de opinión, generando actividades y mediante la gestión de programas, entre los cuales destaca “Acoge una Vida”, en el que se apoya a madres en riesgo de aborto.

En ese contexto, la despenalización del aborto es una materia que siempre se encuentra presente en el debate público, a la espera de que se presente alguna coyuntura que permita concretar esta agenda. El hecho de que Chile sea uno de los pocos países en el mundo que todavía conserva una legislación que penaliza en todos los supuestos la conducta abortiva es algo que genera mucha tensión entre diversos organismos nacionales e internacionales.

Las estrategias de aquellos que promueven la despenalización del aborto son normalmente réplicas de experiencias ya tenidas en otros países, y apelan a: 1) enarbolar el aborto mediáticamente como un problema de salud pública, indicando cifras elevadas de abortos clandestinos y mortalidad materna, no obstante contar con un número puramente especulable y difícilmente defendible; 2) la *modernidad*, señalando que la ausencia de derechos sexuales y reproductivos es un lastre de falta de progreso que arrastra Chile; 3) ampararse en supuestos de aborto más morigerados (como el aborto llamado terapéutico y/o en caso de violación), para luego ir ampliando progresivamente el margen de lo posible; 4) levantar el discurso de la autonomía sexual de la mujer y de su derecho a disponer discrecionalmente de su cuerpo; y 5) sostener como argumento la falta de igualdad que existiría entre mujeres de escasos recursos y mujeres adineradas en cuanto al acceso a abortos “seguros” y médicamente practicados.

Por su parte, las agrupaciones pro vida se amparan en: 1) el resguardo que brinda la legislación vigente, 2) la existencia de fallos constitucionales y judiciales favorables a sus posturas, y 3) en la importancia del derecho a la vida como

73 Vid. www.muevetechile.org

74 Vid. www.chileunido.cl

núcleo fundamental de una sociedad que pretende proyectarse de cara al futuro de un modo sustentable.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso señalar que normalmente las organizaciones favorables a la instauración del aborto cuentan con mayor organicidad, número y apoyo internacional que su contraparte. Además, las estrategias de los grupos pro vida muchas veces no logran salir de la mera oposición a los planteamientos antinómicos, siendo que, lo que el debate y la opinión pública demandan, son agendas propositivas que señalen cómo el resguardo de la vida, el fortalecimiento de la maternidad y la promoción de una sociedad solidaria con los más desfavorecidos (como las jóvenes embarazadas, las madres que abortan o los ancianos que padecen de una agobiante soledad) resultan fundamentales para un desarrollo auténticamente humano.

A nivel de partidos políticos, el tema del aborto divide tanto a las coaliciones políticas como a las colectividades en particular.

Dentro de la Coalición por el Cambio,⁷⁵ si bien pareciera que la mayoría de los parlamentarios está en contra de la instauración del aborto –lo cual queda especialmente en evidencia con el apoyo brindado en ocasión del requerimiento al Tribunal Constitucional, a propósito del debate en torno a la llamada píldora del día después–, el hecho de que parlamentarios del partido mayoritario (UDI) hayan manifestado su disposición a patrocinar proyectos legislativos de despenalización,⁷⁶ resulta sintomático de una tendencia creciente dentro de la derecha chilena, a saber, irse convenciendo que una forma razonable de ampliar sus electorados consiste en transar en aspectos como los asociados al respeto a la vida. Eso sin contar con que ya hay varias autoridades políticas, parlamentarias y municipales que se manifiestan abiertamente a favor de diferentes formas de aborto. Ahora bien, no deja de ser cierto que el Presidente de la República y los presidentes de ambos partidos del oficialismo han manifestado que, al menos durante el gobierno actual, la promoción de innovaciones en esta materia no será considerada.

Por su parte, dentro de la Concertación⁷⁷ existe una mayoría que se inclina por despenalizar diversos supuestos de aborto tales como el terapéutico, el eugénico y el aborto en caso de violación.

En temas como éstos, se hace patente la diferencia entre un polo “progresista” (PS – PPD – PRSD) y la Democracia Cristiana, la cual, no obstante ser

75 Vid. supra. nota N° 12.

76 Vid. supra. proyecto de ley que despenaliza la interrupción del embarazo (Boletín N°7373–07, del 15 de diciembre del 2010).

77 Vid. supra. nota N° 13.

el partido mayoritario de la coalición, ha ido progresivamente flexibilizando sus posturas respecto a este tema. Por tanto, sería esperable que en cualquiera de los supuestos expuestos, el grueso de las autoridades de estos partidos se inclinen por apoyar iniciativas en favor de la despenalización del aborto.

Mención aparte merecen el PRI y los partidos de izquierda. El PRI⁷⁸ es un partido de centro con representación parlamentaria que tiene una posición confusa respecto a este tema, dado que algunos de sus dirigentes estarían llanos a despenalizar el aborto y otros posiblemente no se manifestarían afines a una idea como esa. En cambio, todos los partidos de izquierda tales como el PRO del ex candidato presidencial Marco Enríquez Ominami, el MAS del Senador Andrés Navarro, y el Partido Comunista que cuenta actualmente con tres bancas en la Cámara de Diputados, seguramente estarían abiertos a apoyar decididamente proyectos que promuevan la despenalización del aborto.

Finalmente, si se analizan las encuestas sobre este punto, se puede concluir que el grueso de la población se manifiesta a favor de la despenalización del aborto en los casos en que corre riesgo la vida de la madre.⁷⁹ Queda aún la duda acerca de si la opinión pública es capaz de distinguir entre el llamado aborto terapéutico, que involucra necesariamente una acción positiva que ponga término a la vida del feto, y el aborto indirecto o tratamiento con riesgo fetal, donde la intención del facultativo se orienta exclusivamente a conservar con vida a ambos (madre e hijo), tolerando como efecto no deseado la posibilidad de que el feto pudiese morir.

D. Estadísticas: poca información considerable.

Resulta muy difícil obtener estadísticas confiables acerca del número de abortos que se practican en Chile. Precisamente por encontrarse éste irrestrictamente prohibido, solamente es posible acceder a los datos de aborto espontáneo que ocurren en los servicios de salud, o los relativos a aquellas mujeres que son

78 El PRI nace de la fusión de los partidos regionales Alianza Nacional de los Independientes (ANI) y Partido de Acción Regionalista (PAR), tiendas que actuaban en tres regiones del sur y tres regiones del norte. Vid.[http://www.pricentro.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=123&Itemid=110\(28-mayo-2011\)](http://www.pricentro.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=123&Itemid=110(28-mayo-2011))

79 De acuerdo a la última Encuesta Nacional del Instituto Nacional de la Juventud, que consiste en la muestra más representativa dentro de ese grupo etario, la mayoría está de acuerdo con el aborto terapéutico (http://intranet.injuv.gob.cl/cedoc/6_encuesta/cap_19.pdf). Por su parte, FLACSO en su última encuesta concluye que más del 60% de los chilenos está a favor de diversas formas de aborto (http://www.flacso.cl/extension_despliegue.php?extension_id=846&page=1).

parte de un procedimiento penal. De este modo, toda cifra que se entregue sobre la cantidad de abortos realizados, parte de la base de especular, siempre discrecionalmente, el número de abortos clandestinos que se suscitan.

La Asociación Chilena de Protección de la Familia (APROFA), mediante una publicación que alcanzó hartos niveles de difusión, afirma que el número de abortos clandestinos bordea la cifra de 160.000 anuales, cifra que se ha empleado usualmente por organizaciones que promueven la despenalización del aborto fundándose en el riesgo de la salud materna, la existencia de una realidad grave no regulada y la presencia de un problema de salud pública tras esos enormes números.⁸⁰

Por su parte, el abogado Jorge Reyes se ha encargado de desvirtuar dichas cifras, sosteniendo que la única estadística fidedigna es la que entrega el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), a propósito de los 34.000 fallecimientos que en promedio se registran anualmente en los recintos hospitalarios, de los cuales más de dos terceras partes corresponden a abortos naturales o espontáneos. Al respecto, sostiene que discrecionalmente los promotores del aborto multiplican por seis o siete dicha cifra, obteniendo la abultada cantidad que se difunde masivamente con fines propagandísticos; la cual, de ser cierta, implicaría que en Chile por cada tres niños que nacen, dos mueran abortados. Y si eso fuera así, Chile superaría ampliamente en dicha proporción a países que promueven inclusive con fondos estatales el aborto, lo cual resulta, a su juicio, poco creíble.⁸¹

IV. Salud reproductiva

La legislación que se refiere a la salud reproductiva y a las cuestiones asociadas a ella se encuentra dispersa en diferentes cuerpos normativos. Así, corresponde mencionar los más relevantes, considerando especialmente el tratamiento que ha recibido la anticoncepción de emergencia.

En este sentido, se observa cómo en primer término ésta fue incorporada para la atención de víctimas de violencia sexual, terminando por ser aceptada para todos los casos mediante la sanción de la ley 20.418 en el año 2010.

80 Vid. Asociación Chilena de Protección de la Familia (APROFA): *Aborto en Chile: Argumentos y testimonios para su despenalización en situaciones calificadas*; ejemplar de Febrero de 2010, disponible en http://issuu.com/doc-aprofa/docs/aborto_en_chile. La cifra de alrededor de 160.000 abortos clandestinos se encuentra en la p. 23.

81 Cf. http://www.redprovida.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1829&Itemid=75, donde se expone la carta publicada el 25 de marzo del 2009 en el diario el Mercurio.

Resulta particularmente cuestionable ésta última regulación si se tiene en cuenta que los tribunales chilenos expresamente declararon la inconstitucionalidad de este tipo de disposiciones, por considerar que atentaban contra la vida del que está por nacer.⁸²

Código Sanitario: El Código Sanitario consiste en la sistematización de toda la normativa asociada al desarrollo de las actividades en salud pública y privada chilena. Respecto de la materia que se desarrolla, destacamos la protección estatal a la mujer e hijo durante el embarazo (art.16); la gratuidad de la atención en los servicios estatales (art.17) y la responsabilidad del Servicio Nacional de Salud respecto del combate de las enfermedades venéreas (art. 38). Por cierto, gran parte de la normativa asociada la encontramos en reglamentos y normas de menor rango que pormenorizan las bases generales que acá se establecen.

Normas y Guía Clínica para la Atención en Servicios de Urgencia a Personas Víctimas de Violencia Sexual (Ministerio de Salud, Abril de 2004): En abril de 2004 el Ministerio de Salud emitió esta nueva normativa para la atención de urgencia de víctimas de violencia sexual, incorporando la atención a mujeres violadas, tanto adultas como jóvenes, y entregando información sobre la anticoncepción de emergencia (en adelante, AE). Cabe señalar que cuando se anunciaron estas normas, se hizo entrega de 35.000 dosis de *Postinor 2* a la red de salud pública. Expresa la norma que cuando una persona que ha sido víctima de violencia o abuso sexual es llevada a un servicio de urgencia, está ejerciendo su derecho a ser atendida por un profesional o técnico de salud. El objetivo de la atención es siempre, en primer lugar, reconocer, diagnosticar y tratar adecuadamente los síntomas y los daños contribuyendo a disminuir el sufrimiento y secuelas de la violencia sufrida. A su vez, plantea que el Ministerio Público reconoce a las víctimas algunos derechos específicos; a saber, a ser atendida; a recibir un trato digno; a denunciar el delito; a ser informada de sus derechos y la forma de ejercerlos; a solicitar protección; a obtener reparación; a ser escuchada; a interponer querrela; a participar en el proceso; a reclamar.

Respecto al tratamiento, se describen los aspectos específicos de las intervenciones destinadas a prevenir o minimizar las consecuencias patológicas o no deseadas de la violencia o abuso. En particular se refiere a la prevención de embarazo después de una violación, "... tiene derecho a ser informada de una manera adecuada, que existe una forma efectiva y segura de prevenir un embarazo

82 Vid. supra. "Jurisprudencia de los máximos tribunales chilenos".

no deseado; en el caso de estar utilizando anticoncepción hormonal o dispositivo intrauterino en forma regular al momento de sufrir una violación, debe igualmente ser informada de este tratamiento, aunque el riesgo de falla sea mínimo”. Respecto a los profesionales que se niegan a indicar estos tratamientos preventivos, se debe evitar que atiendan a víctimas de una violación. El/la profesional debe delegar la atención a otro u otra profesional, ya que, incluso la entrega de información y consejería podrían inducir una determinada decisión en la víctima”. Además, se expresa que se entregará la AE y/o el método Yuzpe⁸³ como alternativas viables en el marco de este tratamiento.

Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad (Resolución Exenta N°584, Ministerio de Salud, septiembre de 2006): En el año 2006 se suscita un nuevo escenario producto de la incorporación de la AE en las nuevas *Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad*, las cuales tienen como propósito “regular el acceso y la calidad de estos servicios, contribuyendo al logro de los Objetivos Sanitarios para la década; particularmente los de continuar disminuyendo la mortalidad materna mediante la reducción de los embarazos no deseados y de alto riesgo; el de corregir las inequidades existentes en salud sexual y reproductiva, y el de responder a las expectativas de la población”.

Básicamente, este cuerpo normativo va a fijar los principios generales, exigencias y fundamentos del desarrollo y tratamiento de la salud sexual y reproductiva en Chile, fijando requisitos y obligaciones a los establecimientos y operarios destinados a impartir atenciones de salud en estos ámbitos. Además, establece regulaciones relativas a la orientación, consejería y entrega o inserción de un método anticonceptivo y de los procedimientos quirúrgicos destinados a evitar embarazos, de acuerdo a las normas establecidas en este documento, el que se basa en los Criterios Médicos de Elegibilidad y las Recomendaciones sobre Prácticas Seleccionadas para el uso de anticonceptivos de la Organización Mundial de la Salud. Finalmente, también se pronuncia en materias de información relativas al ámbito de salud sexual.

Como se sabe, este documento causa profunda polémica e involucra diversos requerimientos y pronunciamientos jurisprudenciales, a los cuales ya se ha hecho referencia.⁸⁴

83 Método anticonceptivo de emergencia que combina diferentes drogas.

84 Vid. supra. “Jurisprudencia de los máximos tribunales chilenos”.

Ley 20.418, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad; y autoriza la entrega de métodos anti-conceptivos a la población, entre ellos, los de emergencia en el sistema público de salud. (Publicada el 28 de enero de 2010): Según este texto legal, toda persona tiene derecho a recibir información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial. Este derecho incluye el de recibir libremente, de acuerdo a las creencias o formación de cada persona, orientaciones para la vida afectiva y sexual.

Por otra parte, la normativa fija que los órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia (Red de Asistencia del Sistema Nacional de Servicios de Salud: postas, hospitales públicos, consultorios municipales, etc.) deben poner a disposición de la población métodos anticonceptivos, tanto hormonales como no hormonales, que cuenten con la debida autorización. En caso de que quién solicite el método anticonceptivo hormonal de emergencia (píldora del día después) fuese una menor de 14 años, el funcionario o facultativo que corresponda, sea del sistema público o privado de salud, deberá entregar el medicamento y posteriormente informar al padre o madre de la menor, o al adulto responsable que ella señale.

Así, se zanja finalmente la disputa jurídica a propósito de la anticoncepción de emergencia⁸⁵ por la vía del establecimiento de una ley, lo cual por cierto despertó muchísima molestia, pues esto contradecía lo fallado por los máximos órganos de justicia ordinaria, constitucional y administrativa en Chile, como se pudo detallar anteriormente.⁸⁶

85 Idem.

86 Idem.

Tabla de contenidos

Introducción – Los derechos humanos y el derecho a la vida
William L. Saunders

Presentación – Latinoamérica reafirma su compromiso con la vida
M. Laura Farfán Bertrán

Lineamientos legislativos para América Latina

Estados Unidos Mexicanos

Diana Ortiz Trujillo – Santiago Maqueda

Honduras

Ligia M. De Jesús

Colombia

Camila Herrera Pardo – Gabriel Mora Restrepo

Brasil

Carlos Alberto Di Franco

Paraguay

Carlos Agustín Cáceres Sarubbi – Carmen Viviana Chavez de Talavera

Argentina

M. Laura Farfán Bertrán

Chile

Diego Schalper Sepúlveda