

El caso "Artavia Murillo c. Costa Rica" a la luz de la teoría del control de convencionalidad. A propósito del debate sobre la legalización del aborto en la Argentina¹

Farfán Bertrán, M. Laura²

Sumario: I. Introducción.— II. Posibles implicancias del caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica".— III. Los alcances del control de convencionalidad.— IV. El control de convencionalidad, el caso "Artavia Murillo", y el debate sobre la legalización del aborto en la Argentina.— V. Conclusiones.

I. Introducción

Recientemente la Argentina fue protagonista de un profundo debate sobre la eventual legalización del aborto. Distintos argumentos fueron desarrollados en el Congreso Nacional, a raíz de un proyecto legislativo presentado ante la Cámara de Diputados³. Dicho proyecto pretendía legalizar la práctica del aborto hasta la semana 14 de gestación⁴, e incluía amplias causales de procedencia más allá de dicha semana⁵. La propuesta obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados, pero luego fue rechazada por la Cámara de Senadores. De haber prosperado, habría modificado sustancialmente la protección del derecho a la vida que hasta el momento se encuentra vigente en la legislación argentina.

Numerosos son los enfoques desde los cuales se puede aportar a este debate, sin embargo, en el presente artículo se analizará uno en particular: el alcance y las implicancias de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular del caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica"⁶, a la luz de la teoría del control de convencionalidad.

II. Posibles implicancias del caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica"

¹ Publicado en: SJA 14/11/2018, 14/11/2018, 47

² Abogada (Universidad Nacional de Cuyo). Presidente del Instituto de Ética y Derecho.

³ El proyecto tramitaba con el expediente 230-D-2018.

⁴ El art. 1º del proyecto propone: "Toda mujer tiene derecho a decidir voluntariamente la interrupción de su embarazo durante las primeras catorce semanas del proceso gestacional".

⁵ Más allá del plazo de la semana 14, se legaliza el aborto como "derecho" en los siguientes casos: "1. Si el embarazo fuera producto de una violación, con el sólo requerimiento y la declaración jurada de la persona ante el profesional de salud interviniente. 2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud física, psíquica o social de la mujer, considerada en los términos de salud integral como derecho humano. 3. Si existieren malformaciones fetales graves".

⁶ Corte IDH, "Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia del 28 noviembre de 2012. Serie C no. 257. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

En el año 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) se expidió sobre el alcance del art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o Convención), al resolver un caso vinculado a la práctica de la Fecundación in Vitro (en adelante FIV). En el caso "Artavia Murillo c. Costa Rica" la Corte IDH resolvió condenar al Estado de Costa Rica por prohibir la FIV.

Costa Rica basaba dicha prohibición —principalmente— en la altísima tasa de destrucción y pérdida de embriones humanos que esos procedimientos implicaban⁷, siendo que su legislación nacional reconocía al embrión humano como persona, titular del derecho a la vida desde el momento de la concepción⁸.

Coincidentemente, la CADH también reconoce que la protección del derecho a la vida comienza en dicho momento ya que el art. 4.1 dispone: "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".

Sin embargo, la Corte IDH, al interpretar el art. 4.1 concluyó que el embrión no puede ser entendido como persona; que la concepción comienza con la implantación del embrión en el útero materno (no en el momento de la fertilización del óvulo humano); y que las palabras "en general" permitirían excepciones a la vida del no nacido, ya que la protección del derecho a la vida no sería un deber absoluto, sino un deber gradual e incremental según su nivel de desarrollo⁹.

De este modo, la Corte IDH condenó a Costa Rica a legalizar la reproducción in vitro y a incluirla dentro de sus programas y tratamientos de salud pública¹⁰.

III. Los alcances del control de convencionalidad

⁷ CIDH, Informe no. 25/04, Petición 12.361 (Admisibilidad), Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica, 11 de marzo (2004), párr. 2º, 17 y 30.

⁸ Código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, art. 2º "Para los efectos de este Código, se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad (...), y art. 12. "La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción".

⁹ Corte IDH, "Caso Artavia...", párr., 264.

¹⁰ Conforme resolutivos 2 y 4 de la Sentencia que disponen: (2) "El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia [4] "El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación". Corte IDH, "Caso Artavia....", párr. 264.

Sin perjuicio del análisis que puede realizarse en relación con el contenido material de la sentencia de la Corte IDH, de sus argumentos y de sus conclusiones, lo que interesa aquí es evaluar la influencia que podría tener dicha sentencia en el debate sobre la legalización del aborto en Argentina, y, en su caso, su eventual fuerza vinculante.

Este objetivo conduce necesariamente a efectuar un breve análisis sobre el llamado control de convencionalidad y sobre su desarrollo en nuestro país, ya que es justamente esa doctrina la que pretende establecer cuál es el alcance que debe darse a la jurisprudencia de la Corte IDH.

III.1. Control de convencionalidad en la Corte IDH

El control de convencionalidad podría definirse como aquel examen de compatibilidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Siguiendo a Ferrer Mc. Gregor, existirían dos tipos de control de convencionalidad: uno de carácter concentrado, ejercido por la Corte IDH en sede internacional, y otro de carácter difuso, ejercido por los jueces nacionales en sede interna¹¹.

El primero surge de una facultad expresamente reconocida por la CADH a la Corte IDH en su art. 62.3 el cual dispone "La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia (...)". Es decir, la Corte IDH tiene, por mandato convencional, la facultad de hacer un análisis de compatibilidad de normas, actos u omisiones, que pudieran haber violado derechos reconocidos por la CADH, y que no hayan sido debidamente reparados en sede interna, derivando esto en una responsabilidad internacional del Estado en cuestión.

En este sentido, afirmaba Sergio García Ramírez que "si los tribunales constitucionales controlan la 'constitucionalidad', el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la 'convencionalidad' de esos actos"¹².

El segundo tipo de control de convencionalidad, el control difuso, no surge del texto de la CADH, sino que es una creación pretoriana de la misma Corte IDH, que en el caso "Almonacid Arellano vs. Chile" lo menciona por primera vez al sostener que:

"la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los

¹¹ FERRER MC. GREGOR, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 173 [www.juridicas.unam.mx].

¹² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Voto concurrente razonado en el "caso Tibi vs. Ecuador", Sentencia de 7 de setiembre de 2004, párr. 3º.

efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos...". Agregando asimismo que: "en esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"¹³.

Como se observa de la cita transcripta, la Corte IDH no sólo le da al control de convencionalidad un alcance diferente, instando a los jueces nacionales a ejercer una especie de control difuso de convencionalidad, sino que, además, entiende que dicho control de las normas jurídicas internas debe realizarse tanto en relación con el texto de la Convención, como en relación con la interpretación que de dichos textos haya hecho la Corte IDH.

Esto implicaría, en palabras de Ferrer Mc. Gregor, otorgar una "fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta"¹⁴.

Esta interpretación de la Corte IDH ha dado lugar a numerosas discusiones, en particular, respecto a la fuerza vinculante que tendrían las sentencias de dicho tribunal internacional para aquellos países que no han sido parte del caso concreto.

En el caso de la República Argentina esta discusión ha adquirido matices propios, provistos principalmente por la interpretación que se le ha dado al art. 75, inc. 22 de la CN, que incorpora con jerarquía constitucional algunos tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos, a la CADH.

III.2. Control de convencionalidad en la República Argentina

La reforma constitucional de 1994 reconoció jerarquía constitucional a algunos tratados de derechos humanos, entre los cuales se encuentra la CADH, aclarando que dichos tratados "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

¹³ Corte IDH, "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile". Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 124.

¹⁴ FERRER MC. GREGOR, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 176 [www.juridicas.unam.mx].

Esta incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional vino a configurar lo que Bidart Campos llamó "bloque de constitucionalidad federal"¹⁵, que supuso una modificación del llamado control de constitucionalidad, ya que amplió considerablemente el abanico de cláusulas y derechos frente a los cuales debía adecuarse la legislación interna.

Podría decirse, en este sentido, que el control de convencionalidad que la Corte IDH comenzó a pedir a los jueces locales a partir del caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" del año 2006, en la República Argentina ya existía por mandato constitucional desde el año 1994. Esto es así, ya que el control de constitucionalidad necesariamente supone la consideración de aquellos tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Sin embargo, si bien surge con claridad que al momento de efectuarse el control de constitucionalidad debe tomarse en consideración el contenido de los tratados con jerarquía constitucional, no se desprende igualmente que deba considerarse la interpretación que de dichos tratados hayan efectuado los organismos internacionales de control, como la Corte IDH.

Múltiples han sido las consideraciones en este sentido, en especial, al analizarse que según el art. 75, inc. 22, CN, los tratados internacionales con jerarquía constitucional rigen "en las condiciones de su vigencia". Esto supuso, para algunos, que sólo regirían conforme las reservas y declaraciones interpretativas que integran el tratado¹⁶, y para otros, que se incluirían también las interpretaciones que hicieran los órganos autorizados para ello¹⁷.

Se discute asimismo —en este último supuesto— si las interpretaciones hechas por órganos internacionales obligan al Estado argentino cuando este ha sido parte de un caso concreto, o si también se ve alcanzado por la jurisprudencia general del órgano internacional en cuestión¹⁸.

¹⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., "Compendio de Derecho Constitucional", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 25.

¹⁶ BADENI, Gregorio, "El 'Caso Simón' y la supremacía constitucional", LA LEY, 2005-D-639.

¹⁷ La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Giroldi" (1995) sostuvo que la frase "en las condiciones de su vigencia" se refiere a "tal como la Convención citada (CADH) efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación" (CS, sentencia de 7 de abril de 1995, consid. 11, Fallos 318:554). Esta postura ha sido acompañada en la doctrina local por EKMEKDJIAN, Miguel A., "Tratado de derecho constitucional", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, t. IV, p. 623; y PIZZOLO, Calogero "La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal", LA LEY 2006-D, 1023, entre otros.

¹⁸ ÁBALOS, María Gabriela, "El rol de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en relación con el control de convencionalidad y su incidencia en el derecho interno", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, nro. 19, enero-junio 2013, p. 253.

Evidentemente un tratado internacional obliga al Estado que lo ha firmado y ratificado en virtud del principio *pacta sunt servanda*¹⁹, pero además, en el caso del Estado argentino, antes de entrar en vigencia, el tratado debe transitar distintas etapas que garantizan la voluntad de obligarse del Estado en los términos de dicho instrumento (negociación, firma y ratificación). En este sentido, resulta claro que el texto expreso de la CADH, con sus reservas y declaraciones interpretativas, tiene jerarquía constitucional, no pudiendo el Estado argentino invocar disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento²⁰.

Sin embargo, en cuanto al valor de la jurisprudencia de la Corte IDH, es necesario distinguir entre aquellas sentencias recaídas en un proceso donde el Estado ha sido parte, de aquellas que conforman la jurisprudencia general del tribunal interamericano.

III.2.a.Sentencias donde el Estado argentino ha sido parte

Argentina le ha reconocido competencia a la Corte IDH para conocer sobre cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH (art. 62.3)²¹, y se ha comprometido a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sea parte (art. 68.1)²².

Esto supone, sin duda alguna, que el Estado se encuentra obligado a dar cumplimiento a las sentencias del tribunal interamericano cuando ha sido parte de un proceso. Así lo ha confirmado la Corte Suprema Argentina (CS) a lo largo de los últimos años²³, precisando recientemente el alcance de dicha obligación en el caso "Fontevicchia"²⁴, donde agregó la expresión "en principio" a la regla de obligatoriedad. Allí, expresamente dispuso:

"Se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en

¹⁹ Receptado por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en su art. 26, el cual dispone que "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

²⁰ Conforme art. 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 1969.

²¹ Art. 62.3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia ora por declaración especial como se indica en los incisos anteriores ora por convención especial.

²² Art. 68.1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

²³ La primera condena que recibió el Estado Argentino por parte de la Corte IDH recayó en "Cantos", del año 2002, sin embargo, la Corte Argentina resolvió no acatar lo dispuesto por la Corte IDH con basamento en normativa interna. En "Espósito, Miguel A.", del año 2004, cambia de criterio, al afirmar que resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino las decisiones del tribunal internacional. En la causa "Derecho, René Jesús" de 2011, confirma la obligatoriedad de los fallos dictados por la Corte IDH cuando Argentina ha sido parte. Se observa, entonces, que según la posición mayoritaria de la Corte Suprema, cuando el tribunal interamericano resuelve un caso concreto donde Argentina ha sido parte, su decisión es vinculante. ÁBALOS, María Gabriela, "Control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre una decisión interamericana", Suplemento de Derecho Constitucional, LA LEY, marzo 2017.

²⁴ "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH)"²⁵. La Corte llega a esta conclusión, a partir de una interpretación armónica del art. 75, inc. 22 y del art. 27 de la CN.

Como ya se sostuvo, el art. 75, inc. 22 incorpora con jerarquía constitucional —al ordenamiento jurídico argentino— a la CADH, sin que tal incorporación suponga derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional. Por su parte, el art. 27 —que forma parte de dicha primera parte de la Constitución Nacional— dispone que los tratados celebrados por Argentina deben estar en conformidad con "los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional"²⁶.

A partir de la interpretación de estas disposiciones, la CS plantea las siguientes tesis en el mencionado fallo: (i) el constituyente de 1994 solamente podía dar supremacía constitucional a algunos tratados internacionales sin poder derogar artículo alguno de los primeros 35 —dentro de los cuales está el art. 27 que establece una supremacía de la Constitución— por lo tanto, la única manera de interpretar los tratados internacionales es de modo complementario, y en caso de eventual conflicto, prima la Constitución²⁷; (ii) el constituyente habría consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos por la Constitución, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad²⁸; (iii) cabría la posibilidad de efectuar, en sede nacional, un "control de constitucionalidad" de la actuación de los órganos y tribunales internacionales ya que, en virtud de lo que dispone el art. 27 de la CN, ninguna sentencia de un tribunal internacional puede ir en contra de los principios de derecho público establecidos por dicha Constitución²⁹; (iv) los tratados obligan a la Argentina en los términos exactos en que ella realizó su compromiso, por lo que, si los organismos internacionales con posterioridad crean nuevas obligaciones que no estaban asumidas al momento de firmar el tratado, el Estado Argentino no tiene obligación de cumplimiento³⁰.

De este modo, se puede concluir que las sentencias de la Corte IDH únicamente son obligatorias cuando (i) Argentina ha sido parte del proceso, (ii) las sentencias del tribunal internacional se ajusten a los compromisos expresamente asumidos en los tratados internacionales, y (iii) están de conformidad con los principios de derecho público establecidos en la CN.

²⁵ Ibidem, consid. 6º.

²⁶ Ibidem, voto concurrente juez Rosatti, consid. 5º.

²⁷ Ibidem, consid. 19.

²⁸ Ibidem, consid. 16.

²⁹ En su voto concurrente, el juez Rosatti sostuvo que no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional —sea de fuente normativa o jurisprudencial— sobre el ordenamiento constitucional. Ibidem, consid. 5º.

³⁰ Ibidem, consid. 6º, 7º, 11 y 12.

III.2.b. Sentencias donde Argentina no ha sido parte

En aquellos casos en que Argentina no ha sido parte del caso concreto, la fuerza del precedente jurisprudencial pareciera diluirse aún más.

Tal como se mencionó precedentemente, el art. 68.1 de la CADH dispone que "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". A contrario sensu del texto de la Convención, se deduce que no hay un compromiso del Estado de cumplir con aquellas decisiones de la Corte IDH cuando no fue parte, esto es, respecto de la jurisprudencia en general del tribunal interamericano³¹.

Sin embargo, la CS le ha reconocido a la jurisprudencia de la Corte IDH una gran importancia como guía de interpretación. En el año 1995, se expidió por primera vez en el caso "Gioldi", donde afirmó que la CADH rige "tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación" agregando que "la jurisprudencia de los tribunales internacionales (...) debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (...) "³².

Si bien pareciera que la CS se estaría inclinando por una doctrina que le reconoce fuerza vinculante a la jurisprudencia internacional, cabe destacar que el lenguaje empleado por la Corte no es imperativo. El máximo tribunal argentino habla de que la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe ser "guía de interpretación", no un mandato vinculante. Similar lenguaje continuó empleando la CS, con posterioridad, en los casos "Mazzeo", y "Videla".

En "Mazzeo" la Corte cita lo dicho por el tribunal interamericano en el caso "Almonacid" al decir que "el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"³³.

En tanto que en el caso "Videla" de 2010 afirma que "a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpreta-

³¹ ÁBALOS, María Gabriela, "El rol de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en relación con el control de convencionalidad y su incidencia en el derecho interno", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, nro. 19, enero-junio 2013, p. 262.

³² CS, sentencia de 7 de abril de 1995, consid. 11, Fallos 318:554.

³³ CS, "Mazzeo, Julio L. y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad". Consid. 21.

ción para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia"³⁴.

Queda claro que la jurisprudencia general de la Corte IDH constituye, a criterio de la Corte argentina, una pauta de interpretación de fundamental importancia, pero la misma carece de fuerza vinculante, por lo que un apartamiento de los criterios que de dicha jurisprudencia surgen, no debería acarrear responsabilidad internacional.

III.3. Breves conclusiones sobre el control de convencionalidad

Luego de este breve repaso, se podría concluir que:

1. El Estado argentino está obligado a cumplir con las disposiciones expresas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
2. El Estado argentino está obligado a cumplir con las sentencias de la Corte IDH cuando ha sido parte del proceso, siempre y cuando dicha sentencia se ajuste a los compromisos expresamente asumidos en los tratados internacionales y no contradiga los principios de derecho público establecidos por la Constitución.
3. El Estado argentino no está obligado a seguir la jurisprudencia de la Corte IDH cuando no ha sido parte del caso en concreto, sin perjuicio de que dicha jurisprudencia constituya una valiosa pauta de interpretación.

IV. El control de convencionalidad, el caso "Artavia Murillo", y el debate sobre la legalización del aborto en Argentina

Teniendo en cuenta el alcance de la jurisprudencia del tribunal interamericano en la República Argentina, se analizarán a continuación las posibles implicancias del caso "Artavia Murillo" —y en particular la interpretación del art. 4.1 de la CADH allí contenida—, a propósito del debate sobre la legalización del aborto.

El art. 4.1 de la CADH dispone: "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".

Como se dijo al principio de este trabajo, la Corte IDH entendió —al interpretar el art. 4.1— que el embrión no puede ser entendido como persona; que la concepción comienza con la implantación del embrión en el útero materno (no en el momento de la fertilización del óvulo humano); y que las palabras "en general" permitirían excepciones a la vida del no nacido, ya que la protección del derecho a la vida no sería un deber absoluto, sino un deber gradual e incremental según

³⁴ CS, "Videla, Jorge R. y Massera, Emilio E. s/ recurso de casación". Consid. 8º.

su nivel de desarrollo³⁵.

A fin de analizar el eventual alcance que podrían tener estas conclusiones, se desarrollarán los siguientes argumentos:

1. Argentina no fue parte en el caso "Artavia Murillo", por lo que el mismo no es vinculante.
2. "Artavia Murillo" no es válido como pauta de interpretación en el debate sobre la legalización del aborto, en razón de que: (a) se trata de plataformas fácticas diferentes, (b) no existe jurisprudencia uniforme en la Corte IDH.
3. Argentina está obligada a cumplir con el texto expreso de la CADH el cual: (a) prevé un deber internacional de proteger la vida, (b) no prevé un deber internacional de legalizar el aborto.

IV.1. Artavia Murillo no es vinculante porque el Estado Argentino no fue parte del análisis antes descripto, del cual se concluyó que no resulta vinculante ninguna sentencia de la Corte IDH si Argentina no ha sido parte del proceso, se desprende con evidencia que el caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica" no obliga al Estado argentino.

Sin embargo, esta conclusión adquiere aún más fuerza en el caso que se analiza, en razón de que es la misma Corte IDH la que limitó los efectos de algunas de sus conclusiones al caso concreto. Tal es lo ocurrido, p. ej., respecto del estatus legal del embrión.

La negación de vida en el embrión sostenida por cinco de los seis votos, no puede configurar un criterio a ser seguido en casos posteriores, pues dos de los cinco votos restringen lo afirmado solo para el caso concreto³⁶.

En efecto, la Corte emitió sentencia por cinco votos a favor y uno en disidencia, estando conformada la mayoría del primer voto por los jueces Leonardo A. Franco, Margarette May Macaulay y Alberto Pérez Pérez; el voto concurrente por el presidente Diego García-Sayán (al que adhirió Rhadys Abreu Blondet); y el voto en disidencia por el juez Eduardo Vio Grossi.

Expresamente el voto concurrente del presidente Diego García-Sayán (al que adhirió Rhadys Abreu Blondet), sostiene que "en la medida en que el Estado ha basado buena parte de sus alegatos en cierta interpretación del art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte ha procedido en esta sentencia a interpretar dicha norma para efectos de este caso"³⁷ (destacado propio), por lo que las definiciones acerca del estatus legal del embrión se limitan a la controversia concreta que debía resolver la Corte en "Artavia".

Y si bien esta conclusión no quita imperatividad a la parte resolutive (respecto del Estado condenado), sí le resta valor de precedente jurisprudencial, ya que se trata de consideraciones

³⁵ Corte IDH, "Caso Artavia...", párr., 264.

³⁶ PALAZZO, Eugenio L., "La jurisprudencia internacional como fuente del derecho. Reflexiones a partir del caso 'Artavia Murillo' (fecundación in vitro)", LA LEY - DJ 07/08/2013, 5.

³⁷ Corte IDH, "Caso Artavia...". Voto concurrente del juez Diego García-Sayán, párr. 8º.

que cuentan con menos de cuatro adhesiones en un tribunal compuesto por seis miembros³⁸.

A esta misma conclusión ha llegado parte de la jurisprudencia nacional, la cual ha rechazado expresamente la aplicación de "Artavia Murillo" en casos llegados a su conocimiento. Así, p. ej., la Suprema Corte de Justicia de Mendoza sostuvo que, aplicar la sentencia "Artavia Murillo" a otros casos, "implicaría (...) atribuir al fallo más alcance que la que han previsto los propios integrantes de la CIDH (...) pues sólo la mitad de sus integrantes votan sin la aclaración de que su alcance se limita exclusivamente a ese caso concreto"³⁹.

IV.2. Artavia Murillo no es válido como pauta de interpretación

Como se observó precedentemente, la CS entiende que la jurisprudencia de la Corte IDH es una invaluable pauta de interpretación, por lo que cabe preguntarse si puede considerarse la sentencia del caso "Artavia" como una pauta de interpretación aplicable al debate sobre la legalización del aborto.

La respuesta a este interrogante no puede ser sino negativa en virtud —principalmente— de los siguientes dos argumentos:

- a) La plataforma fáctica es diferente.
- b) No existe jurisprudencia uniforme en la propia Corte IDH.
- a) Diferente plataforma fáctica

Como es sabido, para que un precedente judicial sea aplicable como pauta válida para resolver futuras controversias, es fundamental que exista similitud en las plataformas fácticas tanto del precedente como del futuro caso a resolver.

Y si bien la idea del precedente judicial obligatorio es propia del common law anglosajón —donde, en virtud de la doctrina del stare decisis⁴⁰ los jueces están obligados a resolver aquellos casos que se les presentan de conformidad a las soluciones de sentencias dictadas anteriormente en casos similares—⁴¹ lo cierto es que los casos similares tienden a ser resueltos similarmente en casi todas las jurisdicciones o sistemas jurídicos⁴², incluyendo al derecho continental.

³⁸ PALAZZO, Eugenio L., "La jurisprudencia internacional como fuente del derecho. Reflexiones a partir del caso 'Artavia Murillo' (fecundación in vitro)", LA LEY - DJ 07/08/2013, 5.

³⁹ SCJM, Causa 110.803, "L., E. H. y ot.", En J. 221.605/50.235 "L., E. H. C. OSEP p/ acción de amparo p/ apelación s/ inc.". Voto Ampliatorio del Dr. Alejandro Pérez Hualde, apart. 95.

⁴⁰ El nombre completo de la doctrina es stare decisis et quia non moveré, que significa, en traducción flexible, "estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto". Conf. LEGARRE, Santiago — RIVERA, Julio C., "Naturaleza y Dimensiones del Stare Decisis", Revista Chilena de Derecho, 1, vol. 33, ps. 109-124 [2006].

⁴¹ Ibidem.

⁴² LEGARRE, Santiago — RIVERA, Julio C., "Naturaleza y Dimensiones del Stare Decisis", Revista Chilena de Derecho, 1, vol. 33, ps. 109-124 [2006]. Cita a CROSS, Rupert — HARRIS, Jim W. (1991), "Precedent in English Law", Clarendon Press, Oxford, 4ª ed., p. 3.

Es decir, para que un precedente tenga aplicabilidad, la analogía es crucial, ya que en caso de no existir tal analogía, no se debe aplicar el precedente al nuevo caso que tiene elementos relevantes distintos⁴³.

Esta necesidad de analogía está íntimamente relacionada con el concepto de "holding" o de ratio decidendi, esto es, aquella "regla de derecho que constituye el fundamento directo de la decisión sobre los hechos específicos del caso"⁴⁴, ya que solamente aquello que es la razón para decidir, "la estrecha regla necesaria para resolver la disputa emergida de una situación fáctica específica"⁴⁵, tiene fuerza de precedente. No ocurre lo mismo con el obiter dictum, aquello que es dicho por el tribunal de pasada, aquellas "afirmaciones y argumentaciones que se encuentran en la motivación de la sentencia pero que, no obstante su utilidad para la comprensión de la decisión y de sus motivos, no constituyen parte integrante del fundamento jurídico de la decisión"⁴⁶, y por tanto, no tienen valor de precedente.

Dado que el holding o ratio decidendi están delimitados por los hechos a los cuales se aplican, "solo cuando en un caso futuro existen hechos relevantes análogos a los del precedente, su ratio/holding obliga"⁴⁷.

Es por ello que, a fin de evaluar si lo resuelto en el caso "Artavia Murillo" puede ser considerado como precedente válido, o como pauta de interpretación válida, se debe analizar si los hechos que conformaron su plataforma fáctica presentan similitudes con los hechos que se discuten en el debate legislativo sobre la legalización del aborto.

La primera conclusión que se desprende con claridad es que "Artavia Murillo" no es un caso sobre legalización del aborto, sino sobre la prohibición absoluta de la FIV. Lo que se discutía era si la prohibición de la FIV por parte del Estado de Costa Rica se encontraba justificada por el art. 4.1 de la CADH que obligaba —según entendió la sala Constitucional de Costa Rica— a efectuar una protección absoluta del derecho a la vida del embrión. El proyecto legislativo que se discute en el Congreso Argentino, por el contrario, tiene por finalidad legalizar la práctica del aborto durante las primeras catorce semanas del proceso gestacional, y más allá de dicho plazo, cuando

⁴³ LEGARRE, Santiago — RIVERA, Julio C., "Naturaleza y Dimensiones del Stare Decisis", *Revista Chilena de Derecho*, 1, vol. 33, ps. 109-124 [2006].

⁴⁴ TARUFFO, M. (2007), "Precedente y jurisprudencia", *Precedente. Revista Jurídica*, p. 91. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434>.

⁴⁵ CLARK, David S. — ANSAY, Tugrul (coord.)(2002), "Introduction to the Law of the United States (La Haya, Kluwer)", citado por Santiago LEGARRE y Julio C. RIVERA en *Naturaleza y Dimensiones del Stare Decisis*, *Revista Chilena de Derecho*, 1, vol. 33, ps. 109-124 [2006], p. 120.

⁴⁶ TARUFFO, M. (2007), "Precedente y jurisprudencia", *Precedente. Revista Jurídica*, p. 91. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1434>.

⁴⁷ LEGARRE, Santiago — RIVERA, Julio C., "Naturaleza y Dimensiones del Stare Decisis", *Revista Chilena de Derecho*, 1, vol. 33, ps. 109-124 [2006], p. 122

se presenten ciertas causales⁴⁸. Evidentemente, no es dable comparar la discusión sobre la legalización y autorización de la fecundación in vitro que —incluso considerando los riesgos que esta práctica supone para los embriones— tiene por finalidad la búsqueda de una nueva vida, con la legalización del aborto, que supone la destrucción de un ser humano en el seno materno.

En segundo lugar, debe destacarse que la legislación en materia de FIV en Costa Rica es totalmente distinta a la del Estado argentino. Costa Rica prohibía la práctica de la fecundación in vitro en todas sus formas, a diferencia de lo que ocurre en la República Argentina donde dicha práctica está legalizada desde el año 2013⁴⁹. Esto supone que, incluso si se estuviera discutiendo un caso sobre FIV, también se encontrarían diferencias sustanciales en las plataformas fácticas.

En tercer lugar, se debe considerar que todo lo dicho en la sentencia por la Corte IDH, en cuanto a que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del art. 4.1 de CADH, refiere explícitamente al embrión concebido in vitro antes de la implantación, no así al embrión ya implantado⁵⁰. En este sentido, sin perjuicio de las críticas que pueden efectuarse a los argumentos sobre la base de los cuales la Corte llega a tal conclusión, lo cierto es que es la misma Corte la que explícitamente reconoce que el embrión implantado es persona para los efectos del art. 4.1 de la CADH, y por tanto, titular del derecho a la vida. Esto obliga a concluir que la Convención protege al embrión implantado frente a cualquier amenaza o peligro que pueda sufrir a partir de dicho momento, amenazas que se verían configuradas en prácticamente todos los supuestos de aborto contemplados en el proyecto legislativo bajo análisis.

Finalmente, en cuanto a la afirmación de la Corte IDH en el sentido de que la protección del derecho a la vida es "gradual e incremental según su desarrollo"⁵¹, debe recordarse que dicho análisis no forma parte de la ratio decidendi de la sentencia, sino de su obiter dictum, ya que no hay relación entre esta doctrina desarrollada por la Corte, con el objeto de la petición, el cual versaba sobre la legalización de la fecundación in vitro.

En este sentido, resulta útil traer a colación la cuestión sobre el minimalismo judicial, postura que Cass Sunstein propone a los tribunales cuando tienen que resolver cuestiones extremada-

⁴⁸ Cuando el embarazo fuera producto de una violación; cuando estuviera en riesgo la vida o la salud física, psíquica o social de la mujer; o cuando existan malformaciones fetales graves. Expediente 230-D-2018, arts. 1º y 3º.

⁴⁹ Ver Ley 26.862 de "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida" reglamentada por dec. 956/2013.

⁵⁰ La Corte interpretó que "la 'concepción' en el sentido de art. 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del art. 4º de la Convención". Corte IDH, "Caso Artavia...", párr. 264.

⁵¹ "Caso Artavia...", párr. 264.

mente debatidas en la sociedad⁵².

La Corte IDH, al tener pocos casos llegados a su entendimiento, pareciera querer resolverlo todo en uno sólo, por lo que, sus sentencias, contienen abundantes argumentos que no hacen al tema central a decidir.

El minimalismo judicial, por el contrario, procura restringirse al caso concreto, antes que arriesgarse a dar soluciones prematuras en temas difíciles⁵³. La clave para que funcione es, para Sunstein, la modestia judicial⁵⁴.

Es por ello que, la doctrina desarrollada por la Corte IDH respecto de que la protección del derecho a la vida es "gradual e incremental según su desarrollo", no puede considerarse como pauta de interpretación válida para futuras controversias, y menos aún, con fuerza vinculante, ya que nada tenía que ver con el asunto de fondo que se discutía en el caso concreto.

b) No existe jurisprudencia uniforme en la Corte IDH

Tampoco puede servir lo dicho por la Corte IDH en el caso "Artavia" como criterio de interpretación, en razón de que no existe jurisprudencia uniforme de dicho tribunal que interprete el alcance del derecho a la vida en el sentido allí expresado.

Siguiendo el análisis acerca del valor del precedente para resolver futuras controversias, encontramos que, a diferencia de lo que ocurre en el common law, donde un solo precedente constituye derecho y genera obligaciones, en los sistemas civilistas, la jurisprudencia adquiere cierta importancia "cuando una determinada solución se repite en el tiempo y genera una costumbre"⁵⁵.

Ahora bien, esto no es lo que ha ocurrido en materia de interpretación del art. 4.1 de la CADH, con el alcance dado en el caso "Artavia", donde la Corte IDH, lejos de mantener su propia jurisprudencia, introduce un cambio radical o quiebre en su interpretación.

En efecto, la Corte interpretó de manera restrictiva el alcance del derecho a la vida al afirmar que "la 'concepción' en el sentido de art. 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del art. 4º de la Convención"⁵⁶, y que por tanto, "el embrión no puede ser entendido como persona para

⁵² SUNSTEIN, Cass R., "One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court", Harvard University Press, 2001.

⁵³ SUNSTEIN, Cass R., "Testing Minimalism: A Reply", 104 Mich. L. Rev. 123 (2005), Available at: <http://repository.law.umich.edu/mlr/vol104/iss1/4>.

⁵⁴ SUNSTEIN, Cass R., "Incompletely Theorized Agreements", 103 Harv. L. Rev. 1733 (1995).

⁵⁵ LEGARRE, Santiago — RIVERA, Julio C., "Naturaleza y Dimensiones del Stare Decisis", Revista Chilena de Derecho, 1, vol. 33, ps. 109-124 [2006], p. 110.

⁵⁶ Corte IDH, "Caso Artavia...", párr. 264.

efectos del art. 4.1 de la Convención Americana"⁵⁷.

Tal y como lo destaca en su voto disidente el juez Vio Grossi, la jurisprudencia constante y uniforme de la Corte Interamericana, expresada hasta ese momento en más de doce casos⁵⁸, precisaba justamente lo contrario, al reconocer la naturaleza del derecho de "toda persona... a que se respete su vida"⁵⁹, y rechazando enfoques restrictivos. Así lo hizo, p. ej., en el Caso de los "Niños de la Calle" donde sostuvo que "el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo"⁶⁰(destacado propio).

También en el "Caso Familia Barrios vs. Venezuela" la Corte sostuvo que "los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable"⁶¹(destacado propio).

Y en el "Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia" sostuvo que "el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el art. 4º de la Convención Americana (...) no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva)"⁶²(destacado propio).

Se observa que la doctrina de la Corte explícitamente rechazaba enfoques restrictivos del derecho a la vida, instando incluso a adoptar medidas positivas para garantizar su máxima protección y prohibiendo la privación de este derecho de forma arbitraria.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸) "Caso Myrna Mack Chang", Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C no. 101, párr. 152; "Caso Juan Humberto Sánchez", Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C no. 99, párr. 110; "Caso 19 Comerciantes", Sentencia de 05/07/2004, Serie C no. 109, párrs. 152-153; "Caso de la Masacre de Pueblo Bello", Sentencia de 31/01/2006, Serie C no. 140; "Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa", sentencia de 29/03/2006, Serie C no. 146, párr. 150; "Caso Baldeón García", Sentencia de 6 de abril de 2006, Serie C no. 147, párr. 82; "Caso de las Masacres de Ituango", Sentencia de 01/07/2006, Serie C no. 148, párr. 128; "Caso Ximenes Lopes", Sentencia de 04/07/2006, Serie C no. 149, párr. 124; "Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)", Sentencia de 05/07/2006, Serie C no. 150, párr. 63; "Caso Albán Cornejo y otros", Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C no. 171, párr. 117.

⁵⁹ Corte IDH, "Caso Artavia..." voto disidente juez Vio Grossi.

⁶⁰ Caso de los "Niños de la Calles (Villagrán Morales y Otros)", Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C no. 63, párr. 144.

⁶¹ "Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C no. 237, párr. 48.

⁶² "Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 31/01/2006. Serie C no. 140, párr. 120.

En este contexto, el caso "Artavia" implicó un cambio sustancial en cuanto a la interpretación del derecho a la vida, el cual no puede considerarse como criterio sostenido en el tiempo, y por ende, como jurisprudencia constante del tribunal interamericano.

IV.3. Argentina está obligada a cumplir con el texto expreso de la CADH

Finalmente, teniendo en cuenta que el Estado argentino se ha obligado a dar cumplimiento al texto expreso del tratado, es importante analizar el contenido normativo de la CADH y demás tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Argentina, a partir de los cuales se podrá observar que Argentina tiene un deber internacional de proteger la vida, y carece de un deber internacional de legalizar el aborto.

IV.3.a. La CADH prevé un deber internacional de proteger la vida desde la concepción

La Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe:

Art. 1.2 "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

Art. 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".

Del análisis conjunto de ambas disposiciones se desprende que la titularidad del derecho a la vida se reconoce cuando se satisface una sola condición, esto es, cuando se está en presencia de un individuo de la especie humana, lo cual ocurre, a partir del momento de la concepción⁶³.

La Convención, como se observa, no se limita simplemente a reconocer la existencia del derecho a la vida, sino que tiene un amplísimo alcance, incluso mayor al reconocido en el resto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En efecto, la CADH es la única que ha establecido expresamente que el derecho a la vida debe ser protegido desde antes del nacimiento y a partir del momento de la concepción⁶⁴. Por lo que el legislador no puede elegir un momento específico de desarrollo humano para empezar a otorgar esta protección, pues está obligado a hacerlo desde el momento de la concepción⁶⁵.

Si bien, como ya se sostuvo, la Corte IDH interpretó el término "concepción" como sinónimo de "implantación"⁶⁶, excluyendo de protección al embrión antes de la ocurrencia de dicho evento, lo

⁶³ Sin perjuicio de la abundante bibliografía científica al respecto, cabe destacar que la Academia Nacional de Medicina ha declarado expresamente que "el niño por nacer, científica y biológicamente es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción". <https://www.acamedbai.org.ar/declaraciones/02.php>.

⁶⁴ DE JESÚS, Ligia M. — OVIEDO ÁLVAREZ, Jorge A. — TOZZI, Piero A., "El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana" [en línea], *Prudentia Iuris*, 75, 2013, p. 137.

⁶⁵ PAÚL DÍAZ, Álvaro, "Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación", *Revista Ius et Praxis*, 1, año 18, 2012, p. 68.

⁶⁶ Corte IDH, "Caso Artavia...", párr. 264

cierto es que la Corte se refirió únicamente a los embriones fecundados in vitro, no así a los fecundados en el seno materno. Pero incluso si se quisiera extender dicha interpretación a todos los embriones (incluyendo a los embriones fecundados en el seno materno), lo cierto es que no queda duda que la protección del derecho a la vida tiene lugar desde los primeros momentos del desarrollo embrionario, lo cual prácticamente excluye la posibilidad de admitir cualquier supuesto de aborto.

En efecto, el mandato de proteger la vida desde el momento de la concepción "se basa en el entendido de que el derecho a la vida ya existía en ese momento, pues de otro modo no habría nada que proteger en dicho instante"⁶⁷.

La Corte en su jurisprudencia ha reafirmado el alcance de la protección del derecho a la vida antes del nacimiento, al referirse a las personas no nacidas como "niños", "menores de edad", "hijos" y "bebés" en al menos tres casos⁶⁸, y a los abortos inducidos como "actos de barbarie"⁶⁹.

El art. 4º establece además, que el derecho a la vida debe ser protegido por ley. Esto significa, como bien lo sostuvo la Corte, la necesidad de adoptar medidas concretas que lo hagan efectivo⁷⁰.

Asimismo, es importante destacar que, conforme lo dispone el art. 29 de la CADH, el derecho a la vida reconocido a toda persona desde el momento de la concepción, no puede ser suspendido ni arrebatado, ni siquiera por medio de interpretaciones —restrictivas— provenientes de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁷¹. El art. 29 (a) de la CADH, expresamente 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" ni de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano".

⁶⁷ PAÚL DÍAZ, Álvaro, "Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación", *Revista Ius et Praxis*, 1, año 18, 2012, p. 68.

⁶⁸) "Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 08/07/2004. Serie C no. 110. Párr. 67(x), 216 y nota 62. "Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C no. 160, párr. 197 [57] y 292. "Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C. no. 153., párrs. 160 (b)(iii) y 161.

⁶⁹"Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 24 de Noviembre de 2009. Serie C. no. 211, párr. 139.

⁷⁰"Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 31/01/2006. Serie C no. 140, párr. 120.

⁷¹ DE JESÚS, Ligia M. — OVIEDO ÁLVAREZ, Jorge A. — TOZZI, Piero A., "El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana" [en línea], *Prudentia Iuris*, 75, 2013, p. 140.

Esto se encuentra íntimamente relacionado con el principio pro homine, que impregna todo el sistema de derechos humanos, y en virtud del cual, en caso de duda, debe prevalecer la interpretación que otorgue mayor protección a los derechos del individuo. Al respecto, la Corte ha sostenido que este principio "obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen"⁷². Una correcta aplicación de este principio supone que, cualquier limitación al derecho a la vida del no nacido, debería ser sumamente restrictiva, prevaleciendo aquellas interpretaciones que otorguen mayor y mejor protección de la vida desde la concepción, sobre aquellas que intenten limitarla o condicionarla⁷³.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño refiere en su Preámbulo 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" (destacado propio). Esta disposición, es parte esencial del texto del tratado, y por tanto de obligatorio acatamiento por parte de los Estados, en virtud de lo que dispone el art. 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷⁴ (73).

Asimismo, la Convención dispone:

Art. 1: [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";

Art. 6.1. "Los Estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida".

Es importante resaltar que, mediante la sanción de la ley 23.849⁷⁵, la República 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 goza de jerarquía constitucional atento a que, como ya se sostuvo, el art. 75, inc. 22 de la Constitución otorgó dicho carácter a los tratados allí enumerados, "en las condiciones de su vigencia".

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

⁷²Corte IDH. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2º, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC.7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A no. 7, párr. 36.

⁷³ DE JESÚS, Ligia M. — OVIEDO ÁLVAREZ, Jorge A. — TOZZI, Piero A., "El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana" [en línea], *Prudentia Iuris*, 75, 2013, p. 151.

⁷⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Art. 31.2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos...

⁷⁵ Ley 23.849 (Sanción: 27/09/1990; Promulgación: 16/10/1990; Publicación BO: 22/10/1990).

argentino⁷⁶.

Así, para la República Argentina la protección de la vida comienza en el momento de la concepción, siendo esta la primera obligación internacional asumida por el Estado.

IV.3.b. La CADH no prevé un deber internacional de legalizar el aborto

Finalmente, se debe destacar que no existe en el Derecho Internacional en general, ni en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en particular, criterios que lleven —eventualmente— a concluir en la existencia de una obligación o deber del Estado argentino de legalizar el aborto.

No existe ningún tratado ratificado por Argentina que contenga un derecho al aborto, o la obligación de proveerlo. Más aún, ningún tratado internacional [con la salvedad del Protocolo de Maputo, que rige sólo para algunos países africanos⁷⁷], contiene siquiera la palabra aborto.

A falta de tratados internacionales, la Corte IDH menciona en el caso "Artavia" —entre otros instrumentos— recomendaciones emitidas por el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), el cual ha interpretado que, en virtud de los principios de igualdad y no discriminación, se deben privilegiar los derechos de la mujer sobre los derechos del no nacido⁷⁸; destacando además su "preocupación por el potencial que las leyes antiaborto tienen de atentar contra el derecho de la mujer a la vida y la salud (...) [y estableciendo] que la prohibición absoluta del aborto, así como su penalización bajo determinadas circunstancias, vulnera lo dispuesto en la CEDAW"⁷⁹.

Sin embargo, debe tenerse presente que el texto de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) no menciona en ninguna de sus partes al aborto, sino que, muy por el contrario, protege la salud de la mujer durante el embarazo⁸⁰.

⁷⁶ Conforme Rodolfo C. BARRA, constituyente de la reforma constitucional de 1994, citado por BIANCHI, Alberto B., en Una reflexión sobre el llamado "control de convencionalidad", LA LEY, 2010-E, p. 426.

⁷⁷ El Protocolo de Maputo sólo autoriza el aborto en ciertas circunstancias tales como violación, incesto y peligro para la vida o salud de la madre, y sólo la mitad de los miembros de la Unión Africana han adherido al mismo. Ver art. 14.2.c "Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa", disponible en <http://www.achpr.org/instruments/women-protocol/>.

⁷⁸ Corte IDH, "Caso Artavia...", párr. 227.

⁷⁹ Corte IDH, "Caso Artavia...", párr. 228.

⁸⁰ Art. 12.1, CEDAW. "...los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia".

Por otro lado, debe recordarse que los informes del Comité de la CEDAW carecen de efectos vinculantes y de legítima autoridad para interpretar los tratados, por lo que no podría desprenderse de ellos ninguna obligación jurídicamente vinculante para los Estados⁸¹.

También las conferencias internacionales de Cairo y Beijing son frecuentemente citadas como fuentes de un pretendido derecho al aborto, sin embargo, dichos instrumentos tampoco tienen carácter vinculante, pues no son tratados ni convenciones. Tampoco hablan de un derecho al aborto, sino de aborto seguro, sin el calificativo de derecho humano, estableciendo, incluso, 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". Es decir, se descarta la existencia de un compromiso internacional en este sentido, reconociéndose competencia exclusiva a cada Estado en la regulación sobre esta materia⁸².

En el ámbito del Sistema Interamericano, la Corte IDH no se ha pronunciado nunca a favor del aborto. El único caso relacionado con esta temática que llegó a su conocimiento fue la solicitud de medidas provisionales en el Asunto de B respecto de El Salvador⁸³, donde el tribunal interamericano dictó medidas provisionales a favor de una mujer que cursaba un embarazo de riesgo. Allí, la Corte IDH se limitó a ordenar al Estado que asegurara el derecho a la vida y a la salud de la mujer, pero no le ordenó los medios para hacerlo, y mucho menos ordenó la práctica de un aborto⁸⁴. Cabe destacar que el Estado cumplió con las medidas ordenadas por la Corte, garantizando el derecho a la vida y la salud de la peticionaria, sin practicar aborto alguno.

Como conclusión, cabe afirmar que no existe un pretendido derecho al aborto a nivel internacional, por lo que no podría la Corte IDH condenar —eventualmente— a la República Argentina a

⁸¹ DE JESÚS, Ligia M. — OVIEDO ÁLVAREZ, Jorge A. — TOZZI, Piero A., "El 'caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica' (fecundación in vitro): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana" [en línea], *Prudentia Iuris*, 75, 2013, p. 153.

⁸² Conferencia sobre la Población y el Desarrollo, párr. 8.25 del Informe. La misma disposición es adoptada por el Informe de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, en su párr. 106, inc. k). Ver Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, U.N. Doc A/CONF.171/13/Rev.1 (1994), disponible en http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf e Informe de la Cuarta Conferencia Internacional sobre la Mujer, U.N. Doc. A/CONF.177/20/Rev.1(1996). Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

⁸³ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2013. Medidas Provisionales Respecto de El Salvador, Asunto B [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf].

⁸⁴ En la parte resolutive de las Medidas Provisionales la Corte IDH expresamente ordenó: "Requerir al Estado de El Salvador que adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los arts. 4º y 5º de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B., conforme a lo expresado en los párrafos considerativos 11 a 17 de la presente Resolución".

legalizar dicha práctica, ni derivar responsabilidad alguna en caso de no hacerlo.

V. Conclusiones

A partir del análisis realizado se puede concluir que el caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica" no puede ser utilizado para promover la legalización del aborto en Argentina, principalmente en razón de los siguientes argumentos:

- i) Argentina no está obligada a seguir la jurisprudencia de la Corte IDH cuando no ha sido parte del caso,
- ii) la Corte IDH expresamente interpretó el alcance del art. 4.1 de la CADH con efectos para el caso concreto,
- iii) "Artavia" no es un caso sobre aborto, sino sobre la prohibición absoluta de la FIV,
- iv) lo dicho en "Artavia" en relación con el derecho a la vida, no constituye jurisprudencia uniforme de la Corte IDH.

Por otro lado, tampoco podría pensarse en una eventual responsabilidad internacional del Estado argentino en caso de no legalizar el aborto, ya que no existe obligación convencional de legalizar esta práctica, y por el contrario, si existe obligación convencional de proteger la vida desde el momento de la concepción.

El objetivo del control de convencionalidad es garantizar el objeto y fin de las normas contenidas en la CADH o —en palabras de la misma Corte IDH— de "velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin [las cuales] desde un inicio carecen de efectos jurídicos"⁸⁵.

En este escenario, la obligación que le cabe al Estado argentino, a través de su Congreso Nacional, es el de adoptar medidas tendientes a garantizar la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción —conforme prescribe el art. 4.1 de la CADH—, por lo que una ley que contraría su objeto y fin —como sería el caso del proyecto de ley que busca legalizar el aborto⁸⁶ — carecería, ab initio, de todo efecto jurídico.

⁸⁵ Corte IDH, "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile". Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 124.

⁸⁶ Expte. 230-D-2018.