

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Facultad de Derecho



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

**LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS
DE LA MUJER ANTE LA NEGACIÓN DEL
ACCESO AL ABORTO SIN RESTRICCIONES:
ANÁLISIS DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA
DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES
DE DERECHOS HUMANOS**

Directora: Liliana Chaparro Moreno

Marta Tolli

Tesis de Grado

Maestría en Defensa de los Derechos Humanos y
Del Derecho Internacional Humanitario ante Cortes,
Tribunales y Organismos Internacionales

Bogotá D.C., 2018

ÍNDICE

Tabla de abreviaciones.....	p.5
Introducción.....	p.6
I. Acceso al aborto sin restricciones y derechos de la mujer en el sistema internacional y en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.....	p.11
1. Los derechos de la mujer en riesgo ante a la negación de la interrupción voluntaria del embarazo sin restricciones.....	p.11
2. El derecho a la libertad sexual y reproductiva, como fundamento de la decisión de interrupción voluntaria del embarazo.....	p.23
3. El derecho a la vida privada, como base del acceso al aborto sin restricciones....	p.33
II. El derecho a la vida del <i>nasciturus</i>	p.40
1. El derecho a la vida de la persona que está por nacer.....	p.40
2. El desarrollo y la viabilidad del feto, desde el punto de vista biológico.....	p.45
3. El reconocimiento del derecho a la vida de la persona que está por nacer, en la jurisprudencia de los sistemas regionales de derechos humanos.....	p.49
III. La ponderación entre los derechos de la gestante y del <i>nasciturus</i> y la injerencia del Estado en la vida privada de la mujer, ante la negación del acceso al aborto.....	p.62
1. La ponderación como mecanismo para la superación de conflictos entre derechos.....	p.62
2. La ponderación de derechos en casos de aborto, en la jurisprudencia de los sistemas internacionales de derechos humanos.....	p.68
3. El juicio de ponderación entre los derechos de la gestante y del <i>nasciturus</i> y la consecuente injerencia del Estado en la vida privada de la mujer.....	p.81
Conclusiones.....	p.97
Bibliografía.....	p.101
Anexo: Cuadros generales sobre el acceso al aborto en los Estados de la Organización de los Estados Americanos y del Consejo de Europa.....	p.110

TABLA DE ABREVIACIONES

ACNUDH: Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

CdE: Consejo de Europa

CDF-UE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CDHNU: Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

CDR: Centro de Derechos Reproductivos

CEDAW: Convención Sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer

CEDH: Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa o Convención Europea de los Derechos Humanos

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comité EDH: Comité Europeo de Derechos Humanos

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

DADH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos

OEA: Organización de Estados Americanos

ONU: Organización de las Naciones Unidas

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

SEDH: Sistema Europeo de Derechos Humanos

SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos

SUDH: Sistema Universal de Derechos Humanos

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

El indiscutible aumento de casos de “abortos inseguros”¹ en el continente americano refleja con claridad la urgente necesidad de afrontar dicho tema desde un punto de vista legal, paralelamente a uno social y educativo, sobre todo en aquellos Estados en donde la legislación no permite el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, total o parcialmente. Efectivamente, de los ocho países del mundo en los que el acceso al aborto está totalmente prohibido, seis pertenecen a América Latina: El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Surinam.

Entre las cifras más preocupantes, se puede evidenciar que de los 35 países de la Organización de Estados Americanos, según el Centro de Derechos Reproductivos (2014, p.1), únicamente cinco Estados² permiten el acceso al aborto sin restricciones³: se trata de Canadá, Cuba⁴, Estados Unidos⁵ Guyana y Uruguay. Adicionalmente a estos, sólo 11 Estados establecen en sus ordenamientos jurídicos el acceso al aborto por abuso sexual: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México⁶, Panamá, Santa Lucía y San Vicente y Granadinas. Sin embargo, el número de abortos que se realizan de manera insegura en los países que no han incluido aún en sus ordenamientos jurídicos algunas o todas las causales que permiten dicha intervención, es un indicador alarmante de la situación que viven las mujeres en 30 Estados de América⁷, en donde a las consecuencias del riesgo a la vida o salud física o mental de la madre, de la inviabilidad de la vida extrauterina del feto o del grave delito de violación del que han sido víctimas, se suman nuevas lesiones a sus derechos

¹ Expresión utilizada por la Organización Mundial de Salud (OMS) en sus diversos informes sobre la Salud Sexual y Reproductiva, para indicar “interrupciones del embarazo realizados por personas sin las capacidades médicas requeridas y/o en lugares que no cumplen con los estándares mínimos de sanidad” (OMS, 2014, p.1). Para más información sobre el argumento, visitar la página oficial de la OMS: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/es/

² El acceso al aborto en Puerto Rico también es sin restricciones, más no será tomado en cuenta por ser un Estado parte de los Estados Unidos. *Infra* nota 7.

³ Se entiende por “aborto sin restricciones” el acceso a la interrupción del embarazo simplemente a solicitud de la gestante, sin la necesidad de cumplir con requisitos ulteriores, siempre y cuando se encuentre dentro de los límites temporales establecidos por el ordenamiento jurídico de cada Estado.

⁴ Cuba presenta como requisito la autorización de los padres, en el caso de que la gestante sea menor de edad.

⁵ Desde la sentencia *Roe vs. Wade*, de 1973, la Corte Suprema de los Estados Unidos prohibió las restricciones para la interrupción voluntaria del embarazo en el primer trimestre de gestación. A partir de tal límite temporal, cada Estado puede presentar limitaciones o diferentes causales para acceder al aborto.

⁶ Se hace una referencia general a México como Estado, no obstante la diferenciación legislativa interna que se realiza entre los diversos Estados mexicanos. Aún así, en todos los Estados, el aborto por razón de violación sexual está legalmente permitido, según la NOM-046 -SSA2-2005, publicada el 16 de abril de 2009.

⁷ Para efectos del siguiente análisis, se entenderán en cuanto ‘Estados de América’ los 35 Estados de la OEA, excluyendo a Puerto Rico, el cual hace parte de Estados Unidos, Guyana Francesa, siendo parte de Francia, y Groenlandia, de Dinamarca. A su vez, se considerarán como ‘Estados europeos’ los 47 Estados del CdE, a exclusión de Ciudad del Vaticano, Kazajistán y Bielorrusia, con respecto a la totalidad de los Estados de todo el continente de Europa.

humanos que derivan, por ejemplo, de la negación del acceso a la interrupción de un embarazo no deseado. En efecto, el 97% de abortos inseguros se realizan en África, Asia y América Latina, los cuales equivalen a 24.3 millones de los 25 millones de abortos inseguros que se llevan a cabo en el mundo, sobre los 55,7 millones de abortos anuales, es decir el 45% del total de abortos realizados en un año se realizan en condiciones que no cumplen con los estándares médicos mínimos (OMS y Guttmacher Institute, 2017).

De la misma gravedad es el hecho que los únicos Estados que permiten el acceso al aborto por factores económicos o sociales en América son Barbados, Belice y San Vicente y las Granadinas, además de los cinco Estados sin restricciones previamente mencionados. Dicha cifra no responde a las necesidades de una región donde los índices de pobreza extrema e indigencia alcanzaron, en 2014, un promedio de 10.5% en toda la región de países de América Latina y el Caribe, alcanzando el 50.4% en Honduras y el 46.1% en Guatemala. Asimismo, en Colombia se presenta un porcentaje de pobreza extrema de 28.5% a nivel nacional, pero con una evidente diferencia entre las zonas urbanas y las zonas rurales, donde se distingue un 24.6% a diferencia del 41.4% respectivamente (CEPAL, 2016, cuadro 1.6.2). Dichos Estados. presentan una legislación que prohíbe totalmente el acceso al aborto por factores socio-económicos, y son similares al resto de Estados donde la recurrencia a abortos clandestinos o ilegales se presenta siempre con mayor frecuencia, en condiciones inseguras y con altas tasas de complicaciones post-operatorias que, en muchos casos, llegan a agravarse causando lesiones permanentes y, hasta, mortalidad en las gestantes⁸.

Por otro lado, de los 47 Estados que conforman el Consejo de Europa sólo Andorra, Irlanda y San Marino tienen como única causal legal para la interrupción voluntaria del embarazo, a la fecha, el riesgo de vida de la gestante, mientras que Liechtenstein sólo admite el acceso al aborto por riesgo de vida y riesgo a la salud física y mental de la madre. Mónaco, en cambio, únicamente lo admite por riesgo a la vida de la madre, en caso de embarazo causado por violación sexual y malformaciones en el feto que causen la inviabilidad de la vida extrauterina del mismo, a diferencia de Polonia y Chipre que no admiten el aborto por razones socio-económicas ni a solicitud. Por último, el único Estado de la región europea con prohibición total del acceso al aborto es Malta. Es decir, de los 40 Estados que admiten

⁸ Se estima que por lo menos un 10% de la mortalidad en las gestantes es causada por abortos inseguros, en la región de América Latina y el Caribe (Singh S. et al., 2014, en Guttmacher Institute, 2014, *Datos sobre el Aborto en América Latina y el Caribe*, p.2). Además, alrededor de 760,000 mujeres de la misma región llegan a ser hospitalizadas cada año por complicaciones derivadas de abortos inseguros (Singh S. et al., 2012, en Guttmacher Institute, 2014, *Datos sobre el Aborto en América Latina y el Caribe*, p.2).

ampliamente el acceso al aborto, 35 lo hacen sin restricción alguna, y solamente en Finlandia, Islandia, Luxemburgo y Reino Unido, se presenta como única limitación el acceso al aborto a solicitud de la gestante.

La presencia de tales diferencias de Estado a Estado y entre las dos regiones son las que llevaron a plantear el presente trabajo final de grado, tomando como eje central, entre las diversas causales existentes, la posibilidad de acceder al aborto sin restricciones, resaltando el hecho que en América sólo 5 Estados lo permiten, a comparación de los 35 del continente europeo. Son las graves cifras que representan los casos de abortos clandestinos, complicaciones post-operatorias y muertes maternas las que inspiraron este estudio, enfocándolo hacia esa única causal con el propósito de evidenciar la importancia del derecho a decidir sobre la propia persona, más allá de riesgos en la salud o situaciones derivadas de violencia sexual, entre otros.

El presente trabajo de tesis tiene como objetivo demostrar que, al negar el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo sin restricciones, se violan los derechos de la mujer de manera desproporcionada con respecto a la preservación del derecho a la vida del concebido. Como consecuencia de ello, se demostraría, también, una injerencia de los Estados en la vida privada de las gestantes al negarles el aborto sin restricciones cuando sea solicitado, dada la imposibilidad derivada de tal medida de gestionar la esfera íntima de las mismas. Dicho objetivo se realizará a través de un ejercicio de ponderación entre los derechos en riesgo de la gestante y el derecho a la vida del concebido, siempre y cuando se tome en consideración el caso de la interrupción voluntaria del embarazo sin restricciones.

En cuanto a la hipótesis de la investigación, ésta se basa en que, si se realiza un juicio de ponderación entre los derechos de la mujer y el derecho a la vida del concebido, del mismo resultaría injustificada la medida restrictiva del acceso al aborto sin restricciones y desproporcionada la injerencia por parte del Estado en la intimidad de la mujer, como consecuencia de la negación de la interrupción voluntaria del embarazo sin restricciones.

Cabe aclarar que, en general, los derechos en riesgo de la gestante son el derecho a la vida y el derecho a la integridad, tanto física como mental, sin embargo, ante la negación del aborto no solo se causan vulneraciones a la vida o a la salud, en especial en caso de solicitarse un aborto sin restricciones. Por tal motivo, los principales derechos que se pretende resaltar, a través de este análisis, son el derecho a la libertad sexual y reproductiva, como instrumento de la decisión voluntaria de interrumpir el embarazo, y el derecho a la vida privada, como medio

para el ejercicio de la propia decisión, es decir en cuanto derecho a la inviolabilidad de la esfera personal.

Como resultado de tal especificación, en cuanto a los derechos considerados vulnerados pondremos como punto conclusivo la consideración de que un Estado, negando el acceso al aborto a una mujer que lo solicita sin la presencia de causales específicas para su interrupción, está cometiendo una injerencia en su esfera privada y familiar, al no permitirle decidir sobre sí misma, su cuerpo, sobre su futuro y sobre su proyecto de vida, es decir, estaría violando su derecho a la vida privada. De la misma manera, al denegar una solicitud de aborto, un Estado está creando una obligación de maternidad en una mujer que, por diversos motivos, decide no llevar adelante un embarazo. A la base de dicha afirmación estaría la consideración de la existencia de una violación del derecho a la libertad sexual y reproductiva, al limitarse las facultades de la mujer de elegir cuando tener o no tener hijos y el espaciamiento entre ellos. Como ya mencionado, este análisis de la vulneración de los derechos de la mujer será retomado sucesivamente, a través del desarrollo de la ponderación entre los mismos y el derecho a la vida del concebido, con el objetivo de establecer si tal restricción resulta o no proporcional a los daños causados y a los intereses protegidos.

Lo que se espera llegar a demostrar es que, si dicho ejercicio de ponderación se realiza enfocándolo al derecho a la dignidad de la mujer, a la esfera de la vida privada de la mujer y a sus derechos sexuales y reproductivos, sería evidente reconocer una injerencia desproporcionada por parte del Estado en la intimidad de la mujer, como consecuencia de la negación de la interrupción voluntaria del embarazo sin restricciones.

Para llegar a dicho resultado, se realizará un análisis previo del alcance de los derechos en juego, desde la normativa internacional hasta las argumentaciones desarrolladas sobre su reconocimiento, en la jurisprudencia regional e internacional, en casos de admisión como de denegación del acceso al aborto. Se utilizará, entonces, una metodología teórico-documental, basada especialmente en doctrina internacional y jurisprudencia de los sistemas regionales y universal de los derechos humanos.

Es necesario aclarar que, en el ámbito del estudio a realizarse, se tomarán en consideración únicamente los sistemas de derechos humanos universal, interamericano y europeo, es decir no se irá a estudiar la legislación o la jurisprudencia de Estados en particular. La razón de un análisis de sólo estos sistemas internacionales es la de lograr identificar avances y debilidades en los tres, de modo que se puedan evidenciar, sobretodo, aquellos puntos de fuerza que

puedan ser aplicables en los que presenten lagunas sobre el tema y, así, ser implementados sucesivamente en los ordenamientos jurídicos estatales.

Asimismo, vale la pena volver a especificar que se hará referencia a la interrupción voluntaria del embarazo solamente bajo el punto de vista de la simple solicitud, es decir sin la presencia de condiciones que puedan activar el acceso al aborto bajo alguna otra causal legalmente establecida⁹. Lo último, dado que se pretende dar un enfoque a la cuestión del aborto como consecuencia de una libre decisión, sin que esté forzosamente vinculado a otros factores que comprometan ulteriores derechos en riesgo, de modo que se pueda dar relevancia a la problemática derivada de la desproporcionalidad de la medida de negación del acceso al aborto sin restricciones y la consecuente injerencia del Estado en la vida privada de la gestante.

El aspecto central, entonces, en el desarrollo de la tesis será la realización de un test de ponderación entre derecho a la vida del concebido y derecho a la vida privada de la gestante, a partir de los cuales se genera el conflicto de intereses que debe ser resuelto por parte de los Estados: se analizará, así, si es que al evaluar la ponderación entre tales derechos, un Estado que niega el acceso al aborto, dando prevalencia a la vida del concebido sobre la vida privada de la mujer, está o no cometiendo una serie de violaciones injustificadas de derechos humanos y una grave injerencia en su esfera personal, considerando argumentaciones jurídicas y razonamientos jurisprudenciales de tribunales, cortes y organismos internacionales, desde los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos, hasta el sistema universal de las Naciones Unidas.

El resultado que se espera obtener a través de esta tesis, en conclusión, es el de llegar a dar una demostración de la violación de los derechos humanos de la mujer y la consecuente injerencia injustificada en la vida de una mujer por parte del Estado, ante la negación del acceso al aborto, aún cuando sería posible obtener un resultado favorable para la gestante a través de un eficaz ejercicio de ponderación de sus derechos frente al derecho a nacer del feto.

⁹ Así como se afirma en las “Leyes sobre el Aborto en el Mundo” (CDR, 2014, p. 1), los textos constitucionales y legislativos de los Estados analizados reconocen las siguientes tipologías: i) aborto con el fin de salvar la vida de la madre, ii) aborto para la protección de la salud física de la gestante, iii) aborto para la protección de la salud mental de la misma, iv) aborto por violación sexual, v) aborto a causa de la presencia de alguna malformación en el feto por la cual la vida extrauterina sea inviable, vi) aborto por razones económicas y/o sociales, y vii) aborto legalmente permitido a solicitud de la gestante (aborto sin restricciones).

**ACCESO AL ABORTO SIN RESTRICCIONES
Y DERECHOS DE LA MUJER
EN EL SISTEMA INTERNACIONAL Y EN LOS
SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Índice: 1. Los derechos de la mujer en riesgo ante a la negación de la interrupción voluntaria del embarazo sin restricciones. – 2. El derecho a la libertad sexual y reproductiva, como fundamento de la decisión de interrupción voluntaria del embarazo. – 3. El derecho a la vida privada, como base del acceso al aborto sin restricciones.

***1. LOS DERECHOS DE LA MUJER EN RIESGO ANTE A LA NEGACIÓN DE LA
INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO SIN RESTRICCIONES***

El derecho internacional de los derechos humanos afirma la existencia de una serie de derechos considerados fundamentales en la vida de todo individuo, los cuales merecen y necesitan ser reconocidos como tales por los Estados, quienes a su vez se comprometen voluntariamente a respetarlos, protegerlos y garantizar su libre ejercicio, a través de la firma y ratificación de instrumentos internacionales de carácter obligatorio. Entre dichos derechos, el derecho a la dignidad, a la igualdad y a la libertad conforman la base de la existencia de todos los demás derechos humanos y, en particular, para efectos de la presente tesis, de los derechos de toda mujer vinculados a la decisión de interrumpir la gestación sin la existencia de causales

específicas. Tales derechos corresponden al derecho a la dignidad, a la vida privada y a la intimidad, el derecho a la libertad sexual y reproductiva, el derecho a la integridad física y mental y el derecho a no ser torturado o sometido a tratos crueles, degradantes o inhumanos. Ante la prohibición de acceder al aborto sin restricciones, tales derechos podrían ser vulnerados por parte de los Estados, en caso de que no se consiga probar, a través de un juicio de ponderación de los mismos con respecto al derecho a la vida del concebido, que no se está poniendo a la mujer en una posición de disparidad con relación a la sociedad a causa de su sexo y de su capacidad reproductiva. A los derechos a la libertad sexual y reproductiva y a la vida privada se dedicarán las próximas partes del capítulo, mientras que a continuación se analizarán los derechos a la igualdad, a la dignidad, a la libertad, a la integridad física y moral y a no ser torturado o sometido a tratos crueles, degradantes o inhumanos.

Iniciando por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 1¹⁰ reconoce la libertad y la igualdad, en dignidad y derechos, de todos los seres humanos a partir del momento de su nacimiento. El así enunciado derecho a la igualdad se conecta, también, a los artículos 2¹¹ y 7¹² DUDH, en los cuales se reconoce el principio de no discriminación por motivos de raza, color o sexo, entre otros, y el de igualdad ante la ley y protección de la ley misma (ONU, 1948). Asimismo, tales derechos y principios son afirmados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, en los artículos 2¹³ y 3¹⁴, los cuales enuncian los principios de no discriminación y de igualdad en el goce de los derechos

¹⁰ Artículo 1, DUDH:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

¹¹ Artículo 2, DUDH:

“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. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

¹² Artículo 7, DUDH:

“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

¹³ Artículo 2.1, PIDCP:

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

¹⁴ Artículo 3, PIDCP:

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

del Pacto, y son reiterados en el artículo 26¹⁵ PIDCP (ONU, 1966). Como consecuencia del reconocimiento del derecho a la igualdad sin discriminación entre los individuos, bajo el artículo 4¹⁶ los Estados se comprometen a no realizar ningún tipo de discriminación por los mismos motivos de raza, sexo, ideología, etc., aún cuando se esté frente a condiciones excepcionales que puedan poner en riesgo la estabilidad de la nación, lo cual va reforzado por la prohibición a los Estados de eliminación o limitación de los derechos reconocidos en el Pacto, afirmada por el artículo 5¹⁷ del mismo (ONU, 1966). Por último, con respecto a tales principios y derechos, la Convención Sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, en su artículo 1¹⁸, define como discriminación a la mujer cualquier acto que tenga como objetivo excluirla o limitarla en el ejercicio de sus derechos en base a su sexo, y en el artículo 15.1¹⁹ reconoce la necesidad de garantizar la igualdad de la mujer y el hombre ante la ley (ONU, 1979). Recientemente, en el *Caso Siobhán Whelan vs. Irlanda*, el Comité de Derechos Humanos consideró que la negación de acceso al aborto, no obstante se presentaran condiciones en el feto que comportaban la inviabilidad de la vida extrauterina, constituyó una diferenciación en el servicio de salud frente a otras mujeres, pues la imposibilidad de acceder al tratamiento comportó una serie de consecuencias médicas y socioeconómicas injustificadas:

¹⁵ Artículo 26, PIDCP:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹⁶ Artículo 4, PIDCP:

“1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18”.

¹⁷ Artículo 5.1, PIDCP:

“Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”.

¹⁸ Artículo 1, CEDAW:

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

¹⁹ Artículo 15.1, CEDAW:

“Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley”.

The Committee considers that the differential treatment to which the author was subjected in relation to other women who decided to carry to term their unviable pregnancy created a legal distinction between similarly-situated women which failed to adequately take into account her medical needs and socioeconomic circumstances and did not meet the requirements of reasonableness, objectivity and legitimacy of purpose. Accordingly, the Committee concludes that the failure of the State party to provide the author with the services that she required constituted discrimination and violated her rights under article 26 of the Covenant (2017, párr.7.12).

De la misma manera, en el sistema regional de derechos humanos se reconoce el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación alguna en el artículo 2²⁰ de la Declaración Americana de Derechos Humanos (OEA, 1948), en el artículo 24²¹ de la Convención Americana de Derechos Humanos (OEA, 1969), en el artículo 4.f)²² y en el artículo 6.a)²³ de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Belem do Pará” (OEA, 1995), y de la misma manera se ve reflejado en la Convención Europea Sobre los Derechos Humanos o Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que establece la prohibición de cualquier tipo de discriminación en el artículo 14²⁴ (CdE, 1950).

Volviendo al artículo 1 DUDH, el cual reconoce que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (ONU, 1948), éste es considerado como el primer instrumento internacional de carácter universal en incluir, en la parte dispositiva, la “fórmula

²⁰ Artículo 2, DADH:

“Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

²¹ Artículo 24, CADH:

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

²² Artículo 4, Convención “Belem do Pará”:

“Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

- a) El derecho a que se respete su vida;
- b) El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral;
- c) El derecho a la libertad y a la seguridad personales;
- d) El derecho a no ser sometida a torturas;
- e) El derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;
- f) El derecho de igualdad de protección ante la Ley y de la Ley”.

²³ Artículo 6, Convención “Belem do Pará”:

“El derecho de toda Mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a) El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación”.

²⁴ Artículo 14, CEDH:

“Prohibición de discriminación: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

de dignidad humana” (Bognetti, G., 2003, p.67) tal y como la entendemos hoy en día, no obstante aún sea de difícil definición. La dignidad humana es una noción inherente a toda persona y esencial en su naturaleza, que hasta el día de hoy está estrechamente vinculada al pensamiento de Kant, considerado como el padre del concepto moderno de dignidad humana. Para Bognetti, G., la teoría de Kant sobre la dignidad humana está basada en lo siguiente:

Man is a morally autonomous being, who as such deserves respect and must never be treated, in general and especially by the law, as only a means to contingent ends but always (also) as an end unto himself (2003, p.68).

Delpiazzo C. (2001, p.27), del mismo modo, afirma que la dignidad humana es aquella que hace que la persona sea “en sí misma un fin y no un medio para alcanzar fines de otros sujetos de derecho”, lo cual para Recaséns L. (1961, p.559) es el factor que convierte a toda persona en un sujeto individual y distinto a cualquier otro ser humano. Sin embargo, la dignidad humana no es únicamente reconocida como un principio intrínseco a toda persona, sino también como fundamento de todos los derechos humanos, lo cual será tratado más adelante, y como un derecho humano específico, proclamado como tal en dos instrumentos internacionales: la CADH o Pacto de San José, en el art.11²⁵, y la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997, en los artículos 1 y 2b)²⁶. En general, la dignidad humana como derecho consiste en el “derecho a que se reconozca, se considere, se proteja y no se viole la dignidad inherente a toda persona” (Gros H., 2005, p.270).

De tal manera, el derecho a la dignidad humana está basado en la existencia del individuo en cuanto fin en sí mismo, de lo cual deriva su pretensión de ser considerado como un ser racional autónomo y nunca como un medio o un objeto (Mesía, C., 2004, p.19). Tal derecho se ve vulnerado ante la negación del acceso al aborto, a partir del momento en que una decisión sobre el propio cuerpo y la propia vida es puesta en segundo plano al hacer prevalecer la vida de otro ser, instrumentalizando a la gestante y obligándola a utilizar su cuerpo como medio reproductivo, negando así su autonomía de ser humano como fin en sí

²⁵ Artículo 11, CADH:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su propia vida, en la de su familia, o en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o su reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

²⁶ Artículo 1, DGHHDH:

“El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas”.

Artículo 2, DGHHDH:

“b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad”.

mismo. En suma, un tratamiento del tipo prohibitivo como es la negación del acceso al aborto sin restricciones sobre la base de las leyes de un Estado, que obliga a llevar adelante una gestación en contra de la voluntad de la mujer, sería claramente violatorio del segundo imperativo kantiano (Ferrajoli, L., 1995, p.85).

Paralelamente, el derecho a la dignidad humana se encuentra relacionado, no solo al ya mencionado derecho a la igualdad, sino también al derecho a la libertad, en cuanto la idea de poder reivindicarse a sí mismo como único ser con el derecho de decidir autónomamente sobre la propia vida, sin ser utilizado como medio de cualquier otro sujeto, nos conduce al concepto de libertad.

Adicionalmente al artículo 1 DUDH²⁷ (ONU, 1948), la primera parte del artículo 9.1 PIDCP²⁸ (ONU, 1966) reconoce la plena libertad de los individuos, junto al derecho a la seguridad personal, lo cual es afirmado también por el artículo 7.1 CADH²⁹ (OEA, 1969), el artículo 4.c) de la Convención “Belem do Pará”³⁰ (OEA, 1995) y el artículo 5.1 CEDH³¹ (CdE, 1950). Adicionalmente, el artículo 5 de la Convención “Belem do Pará”³² (OEA, 1995) consagra la libertad de la mujer de ejercer con plena libertad los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, tanto de éste como de los demás instrumentos de derechos humanos regionales e internacionales que las protejan. En cuanto al derecho a la libertad de elegir sobre la propia capacidad reproductiva, nuevamente el Comité de Derechos Humanos se pronunció sobre el *Caso Siobhán Whelan vs. Irlanda*, argumentando que la negación de la interrupción de un embarazo por parte de un Estado no respeta la opción de elegir sobre la propia autonomía reproductiva ni salvaguarda la integridad física y psicológica de la gestante, al estar realizando una injerencia a su vida privada, siendo contrario al objetivo del artículo 17 del PIDCP, el cual ampara una decisión tal como la de solicitar la interrupción del embarazo (2017, párr.7.8). Como se verá a lo largo de la presente tesis, los derechos a la libertad, a la vida privada y a la integridad personal están estrechamente vinculados, pues protegen el bien

²⁷ *Supra*, nota 10.

²⁸ Artículo 9.1, PIDCP:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

²⁹ Artículo 7.1, CADH:

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

³⁰ *Supra*, nota 22.

³¹ Artículo 5.1, CEDH:

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”.

³² Artículo 5, Convención “Belem do Pará”:

“Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos”.

de la intimidad en la esfera personal de todo ser humano, motivo por el cual serán desarrollados mano a mano, de manera individual pero con numerosos llamados entre sí.

En cuanto al respeto del cuerpo y mente de las personas, el derecho a la integridad personal está explícitamente reconocido como tal en el artículo 5.1 CADH³³ (OEA, 1969) y en el artículo 4.b) de la Convención “Belem do Pará”³⁴ (OEA, 1995), los cuales comprenden la integridad moral y psíquica, además de la física. En la DADH (OEA, 1948), en cambio, el artículo 11³⁵ reconoce el derecho a la preservación de la salud y al bienestar, a través de medidas sanitarias y de asistencia médica, mientras que el artículo 25.1 DUDH³⁶ (ONU, 1948) afirma el derecho a un nivel de vida adecuado, en donde la salud y la asistencia médica, entre otros, estén plenamente asegurados por el Estado, y los artículos 12³⁷ y 15.1.b)³⁸ del Pacto Internacional Sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales reconocen el derecho al nivel más alto de salud física y mental posible, a través de asistencia y servicios médicos ofrecidos por el Estado y del derecho a verse beneficiado por los avances científicos, los cuales claramente incluyen el campo de la medicina (ONU, 1966).

Nuevamente, el derecho a la integridad personal, en los casos relacionados al aborto, está vinculado estrechamente al derecho a la vida privada, el cual será desarrollado sucesivamente, pues el respeto a la esfera personal incluye claramente la incolumidad del individuo, física y psicológicamente, a través de la adopción de aquellos mecanismos que sean necesarios para

³³ Artículo 5.1 CADH:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

³⁴ *Supra*, nota 22.

³⁵ Artículo 11, DADH:

“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, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

³⁶ Artículo 25.1, DUDH:

“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 necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

³⁷ Artículo 12, PIDESC:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

³⁸ Artículo 15, PIDESC:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

garantizar plenamente ambos derechos. En efecto, tal fue el razonamiento del TEDH, cuando afirmó en el *Caso P. y S. vs. Polonia*³⁹ que:

The Court has previously found States to be under a positive obligation to secure to their citizens the right to effective respect for their physical and psychological integrity. These obligations may involve the adoption of measures including the provision of an effective and accessible means of protecting the right to respect for private life.

While the Court has held that Article 8 cannot be interpreted as conferring a right to abortion, it has found that the prohibition of abortion when sought for reasons of health and/or well-being falls within the scope of the right to respect for one's private life and accordingly of Article 8. In particular, the Court held in this context that the State's obligations include both the provision of a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals' rights, and the implementation, where appropriate, of specific measures (2012, párr.96).

En relación a las medidas que los Estados deben adoptar para hacer efectivos los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la CEDAW (ONU, 1979) establece que el acceso a cualquier servicio de salud, incluyendo los de planificación familiar, deben de ofrecerse sin discriminación alguna con respecto a la mujer, haciendo referencia también al período de gestación en el artículo 12.2⁴⁰ y a la libertad de elegir el número de hijos y el espacio temporal entre ellos, lo cual deberá ser garantizado a través de medios que permitan el ejercicio de tales derechos, como enunciado en el artículo 16.1.e)⁴¹. En referencia a tales obligaciones de los Estados Partes, el Comité CEDAW, en su Recomendación General N°24 sobre el alcance e

³⁹ En el *Caso P. y S. vs. Polonia*, la adolescente de 14 años P. y su madre S. solicitan la interrupción voluntaria del embarazo de P., como consecuencia de una violación sexual. Las peticionarias recurren al TEDH por la violación de los derechos de P., al haber sido víctima de una serie de obstáculos para evitar el aborto y haber sido sometida a una presión injustificada por médicos, sacerdotes y representantes de asociaciones anti-abortistas, hasta llegar al punto de difundir su caso y sus datos personales en los medios de comunicación. El TEDH encontró responsable al Estado de Polonia por la violación de los art. 3, 5 y 8 CEDH, respectivamente prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes, derecho a la libertad y derecho a la vida privada.

⁴⁰ Artículo 12, CEDAW:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

⁴¹ Artículo 16, CEDAW:

“1. Los Estados Partes 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:

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.”

interpretación del artículo 12, afirmó que "la negativa de un Estado parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria" (1999, párr. 11) y, asimismo, establece que la garantía del libre ejercicio de tales derechos va desde ofrecer mecanismos de acceso a la salud pública hasta la protección de los mismos, también a través de vías judiciales:

El deber de los Estados partes de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a los servicios de atención médica, la información y la educación, entraña la obligación de respetar y proteger los derechos de la mujer en materia de atención médica y velar por su ejercicio. Los Estados partes han de garantizar el cumplimiento de esas tres obligaciones en su legislación, sus medidas ejecutivas y sus políticas. Además los Estados partes deben establecer un sistema que garantice la eficacia de las medidas judiciales. El hecho de no hacerlo constituirá una violación del artículo 12 (1999, párr.13).

Por último, el derecho a no ser torturado o sometido a tratos crueles, degradantes o inhumanos está reconocido en el artículo 5 DUDH⁴² (ONU, 1948), el artículo 7 PIDCP⁴³ (ONU, 1966), el artículo 5.2 CADH⁴⁴ (OEA, 1969) incluido en el derecho a la integridad personal, el artículo 4.d) de la Convención "Belem do Pará"⁴⁵ (OEA, 1995) y el artículo 3 CEDH⁴⁶ (CdE, 1950), y se ve comprometido en casos en los que la negación al acceso al aborto, por ejemplo por complicaciones de salud de la madre o por imposibilidad de la vida extrauterina del feto, causa en la gestante una grave situación tal que pueda ser comparada a una tortura, al crear condiciones de sufrimiento que podrían cesar o ser evitadas a través de la interrupción del embarazo. Sobre el tema, el Comité Contra la Tortura, en sus recomendaciones sobre el informe presentado por Perú, mostró su preocupación por la negación del personal médico a prestar atención a mujeres embarazadas, de modo que eviten recurrir a abortos inseguros, a causa de las severas restricciones de la normativa peruana. Así indicó que "las alegaciones recibidas indican la omisión del Estado Parte en la prevención de

⁴² Artículo 5, DUDH: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes."

⁴³ Artículo 7, PIDCP: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos."

⁴⁴ Artículo 5, CADH: "Derecho a la Integridad Personal:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a 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."

⁴⁵ *Supra*, nota 22.

⁴⁶ Artículo 3, CEDH: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes."

actos que perjudican gravemente la salud física y mental de las mujeres y que constituyen actos crueles e inhumanos” (CAT, 2006, párr.23)⁴⁷.

Un tipo de sufrimiento similar, aunque de diversa intensidad, puede generarse en quien se ve negada la interrupción voluntaria del embarazo aún cuando no hay factores de riesgo para su salud o si éste no es consecuencia de una violación, entre otros, puesto que dicha prohibición crea en la gestante una obligación de maternidad que obstruye, modifica o trunca su plan de vida definitivamente, además de posibles consecuencias psicológicas⁴⁸. En efecto, una acción legal, como la negación al acceso al aborto con base en una norma interna, puede provocar daños en un sujeto que también constituyen un sufrimiento, en cuanto la mujer ve frustrada una decisión sobre su propio cuerpo y la propia esfera íntima. La existencia de un sufrimiento causado por la prohibición derivada de una norma fue reconocida por el Comité de Derechos Humanos, en el *Caso Amanda Jane Mellet vs. Irlanda*, al afirmar que el hecho de que una conducta sea “legal con arreglo al derecho interno no significa que no pueda infringir el artículo 7 del Pacto. En virtud del marco legislativo vigente, el Estado parte sometió a la autora a situaciones de intenso sufrimiento físico y psíquico” (2016, párr.7.4)⁴⁹.

La Corte IDH, a su vez, reconoció en el *Caso I.V. vs. Bolivia* que, no obstante el derecho a no ser víctima de torturas ha estado históricamente vinculado a procesos de interrogatorios, recientemente la comunidad internacional ha reconocido que las prácticas de tortura se dan en muchos más contextos en donde la víctima se encuentra en un estado de indefensión tal que quienes ejercen un determinado poder pueden aprovechar de esa condición para realizar los actos de violencia. Para la Corte IDH, tales situaciones también se dan en ámbitos de salud, sobretodo salud reproductiva, donde la discriminación de las mujeres juega un rol principal

⁴⁷ Sucesivamente recomendó al Estado peruano “tomar las medidas necesarias, incluyendo medidas legales, para prevenir de manera eficaz actos que perjudican gravemente la salud de las mujeres proporcionando la atención médica requerida, fortaleciendo los programas de planificación familiar y ofreciendo un mejor acceso a información y servicios de salud reproductiva, incluso para los adolescentes” (CAT, 2006, párr.23).

⁴⁸ Así, en 2009 el Comité Contra la Tortura volvió a mostrar preocupación ante la total prohibición del aborto en Nicaragua, como consecuencia a la reforma del Código Penal de 2006, entrado en vigor en 2008, incitando la reversión de la norma “tal como fue recomendado por el Consejo de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, pues la total restricción del acceso al aborto comporta “una constante exposición a las violaciones cometidas contra ellas” así como “un grave estrés traumático con el riesgo de padecer prolongados problemas psicológicos, tales como ansiedad y depresión” (CAT, 2009, párr.16).

⁴⁹ En el caso en cuestión, la solicitud de aborto derivó de la imposibilidad de vida extrauterina del feto, el cual hubiera muerto en el útero o poco después de su nacimiento. Lo que se pretende evidenciar, a través de la presente citación no es la causal de aborto como base de la violación de los derechos de la gestante, más bien la vulneración de derechos provocada no obstante, y a causa de, la legalidad de una norma que se opone a la voluntad de la gestante.

“al analizar la adecuación de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres a la figura de la tortura y los malos tratos desde una perspectiva de género” (2016, párr.263)⁵⁰.

El reconocimiento por parte del CDHNU de la negación del aborto como sometimiento de la gestante a situaciones de intenso sufrimiento físico y psíquico, en un caso de aborto por inviabilidad de la vida extrauterina del feto, así como el de la Corte IDH de la negación de la libertad sexual y reproductiva como una violación de los derechos humanos de la mujer similar a la figura de la tortura y los malos tratos, dado el estado de indefensión de la mujer ante el personal médico tratante, son tomados en cuenta en la presente investigación con el fin de considerar el derecho a no ser torturado o sometido a tratos crueles, degradantes o inhumanos como uno de los derechos que pueden verse vulnerados ante la negativa del acceso al aborto en general e independientemente de la causal por la cual se solicita la interrupción del embarazo, teniendo en cuenta las posibles consecuencias en las gestantes, tanto físicas como mentales.

Ante la negación del acceso al aborto sin restricciones, los derechos previamente enunciados podrían verse afectados gravemente, generándose daños en la esfera privada, en lo físico y lo moral, así como en lo económico y lo social. Las consecuencias de la negación del acceso al aborto, además, pueden llegar a la esfera de lo ilegal, es decir que cuando la gestante no tiene otra opción que recurrir a un aborto clandestino está poniendo en riesgo no sólo su vida y su salud, sino también su libertad. El Comité para la CEDAW hizo un comentario concreto, en la Recomendación General N° 19, sobre el artículo 16⁵¹, advirtiendo que prácticas como la esterilización y el aborto obligatorios “influyen adversamente en la salud física y mental de la mujer y violan el derecho de la mujer en decidir el número y espaciamiento de sus hijos”, vulneraciones que se pueden dar también en una situación de negación del acceso al aborto. Efectivamente, en el punto m) de la recomendación al artículo 16 del año 1992, el Comité para la CEDAW ya evidenciaba que una de las graves consecuencias de tal negación es la búsqueda de intervenciones clandestinas para la

⁵⁰ La Corte IDH, en relación a los casos de tortura en ámbito de salud y salud sexual, toma en consideración los siguientes informes de la ONU: Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen, E/CN.4/1999/68/Add.4, 21 de enero de 1999, párr. 44; Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párr. 15, y Comité contra la Tortura, Comentario General No. 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, 24 de enero de 2008, párr. 15; Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/31/57, 5 de enero de 2016, párrs. 5 y 9.

⁵¹ *Supra*, nota 41.

interrupción del embarazo, afirmando que es deber de los Estados brindar servicios de salud que eviten a las gestantes recurrir a abortos inseguros:

Los Estados procuren que se apliquen medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción, y para asegurar que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, tales como los abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad”. (Comité CEDAW, 1992, párr.22)

A simple vista podría parecer consecuente afirmar que un Estado, al negar el acceso al aborto a una mujer que lo solicita, a causa de normas restrictivas, de los operadores jurídicos y judiciales que no lo permiten o de sus operadores sanitarios que se rehúsan a practicarlo, estaría violando su derecho a la igualdad, con respecto a otras mujeres u hombres que ejercen libremente su derecho a la vida privada, y a la libertad en sus decisiones y sobre su vida, su futuro y su cuerpo. De tal modo, podría resultar evidente que el Estado está cometiendo una serie de violaciones a los derechos de la gestante y una injerencia en su vida privada, al obligarla a llevar adelante una situación que interfiere con su intimidad o que podría comprometer su salud, su futuro, su estabilidad económica u otras condiciones de su esfera personal. Sin embargo, tales afirmaciones no pueden ser defendidas incondicionalmente sin antes realizar una evaluación de los demás derechos comprometidos, en este caso el derecho a la vida del concebido. A este argumento se dedicará el segundo capítulo del presente estudio, el cual será complementado por un análisis de la ponderación y la proporcionalidad de todos los derechos comprometidos en el caso del aborto sin restricciones.

A modo de conclusión, la suma de todos estos derechos en riesgo crea la premisa para el desarrollo del estudio que se pretende realizar a lo largo de esta tesis, esperando demostrar la existencia de una injerencia del Estado en la vida privada y en la esfera personal de la mujer, a causa de la negación de la interrupción voluntaria del embarazo, si se falla en la realización de un correcto test de ponderación y proporcionalidad entre los derechos de la mujer y el derecho a la vida del concebido.

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL Y REPRODUCTIVA, COMO FUNDAMENTO DE LA DECISIÓN DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

El primer obstáculo que una mujer en estado de gestación puede encontrar, al intentar acceder a la interrupción de su embarazo, es la imposibilidad de realizar su propia decisión. En un Estado donde no se reconoce la voluntad de un individuo sobre una serie de acciones vinculadas a su propio ser, no se están reconociendo sus libertades, en lo específico aquella de decidir sobre su propia sexualidad y reproducción.

El concepto de derecho a la libertad sexual y reproductiva no tiene una definición precisa o unánime, sin embargo, suele hacerse referencia a aquella determinada por la Organización Mundial de Salud que, al vincularlo con el concepto de salud sexual, lo define como el derecho a obtener el más alto nivel de salud referido a la propia sexualidad (OMS, 2017). Aún así, este concepto incluye una serie de derechos que no pueden ser separados sin dejar un vacío de importante significado, que dicha libertad pretende proteger. De consecuencia, no debe ser solamente considerado el derecho al libre ejercicio de la maternidad y la paternidad responsables en cuanto derecho a la libertad sexual y reproductiva, sin antes considerar de la misma manera el derecho a la vida, a la integridad personal, sea física, psíquica y moral, a la igualdad, a la educación e información, a la intimidad y confidencialidad, a la seguridad y, por último, a la salud en lo que respecta la sexualidad y la reproducción.

Junto al derecho a la libertad sexual y reproductiva, como uno de los principales derechos a tutelarse mediante el acceso al aborto, entonces, está la necesidad de proteger también aquellos derechos y libertades estrechamente conectados y dependientes entre sí, es decir la libertad a la “finalidad del ejercicio de la sexualidad recreativa, comunicativa, reproductiva, el respeto a la opción de la reproducción, la libertad de fundar una familia, la libertad de decidir sobre el número de hijos y el espaciamiento entre ellos”, así como “la libertad de elegir compañero(a) sexual, la libertad de elegir si tener o no relaciones sexuales” y, entre otros, “la libertad de elegir las actividades sexuales según las preferencias” (Ministerio de Educación Nacional de Colombia, s.f., pp. 1-2).

De la misma manera, Amnistía Internacional afirma que:

Entre los derechos sexuales y reproductivos fundamentales figuran los siguientes: la libertad para decidir si ser o no sexualmente activo; libertad para mantener relaciones sexuales consentidas con independencia de la orientación

sexual que se tenga; libertad para mantener relaciones sexuales no vinculadas a la reproducción; la libertad de elegir pareja; la libertad de decidir el número de hijos/as y la frecuencia con que tenerlos, el derecho a no sufrir violencia ni prácticas dañinas, así como tener acceso a información y servicios en materia de anticoncepción y planificación familiar, y acceso a la educación sobre salud sexual, especialmente en los casos de niños, niñas y adolescentes (2004, p.3).

Dichos derechos son también reconocidos por diversos instrumentos a nivel internacional, como el artículo 12 de la CEDAW⁵² el cual determina, además de la existencia de tales derechos y libertades, la obligación de los Estados de adoptar “medidas para el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación familiar”, mientras que el artículo 16⁵³ establece que los Estados tienen la obligación de tomar medidas que permitan “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” (CEDAW, 1979). En el *Caso L.C. vs. Perú*, el Comité CEDAW reafirmó lo establecido por el artículo 12⁵⁴, reconociendo que la negación del acceso al aborto ocasionó una serie de lesiones físicas permanentes, además de causar daños psicológicos en la víctima ya afecta de depresión, por lo que el Estado no cumplió con sus obligaciones de proveer los servicios de atención médica correspondientes, entre los cuales se encontraba la interrupción del embarazo, ni con su deber de “adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, el acceso en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación familiar” (2011, párr.8.11).

Coherentemente con estos reconocimientos, los Informes de la Organización de las Naciones Unidas sobre la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo y la Conferencia Mundial sobre la Mujer, de 1994 y 1995 respectivamente, fueron los que presentaron una primera y completa formulación de aquellos como derechos humanos y en cuanto tales, dignos de recibir la protección necesaria para su realización (Ávalos, J., 2013, p.14). En efecto, la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995, párr. 96) afirmó que los derechos de la mujer incluyen “su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia” (Ávalos, J., 2013, p.5). Con respecto a la libertad de decidir sobre la propia

⁵² *Supra*, nota 40.

⁵³ *Supra*, nota 41.

⁵⁴ *Supra*, nota 40.

sexualidad y reproducción, en el *Caso I.V. vs. Bolivia*, la Corte IDH ha establecido que todas las elecciones sobre la maternidad “forman parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Por consiguiente, la decisión de ser o no ser madre o padre pertenece a la esfera de las decisiones autónomas de los individuos respecto a su vida privada y familiar” (2016, párr.152). La libertad, en cuanto autonomía, está fuertemente vinculada al derecho a la vida privada y familiar, como derecho a mantener la esfera más íntima de la propia vida alejada de cualquier injerencia. Como ya ha sido mencionado, el derecho a la vida privada, su definición, alcance y desarrollo jurisprudencial será analizado sucesivamente.

Con respeto a las dificultades en la determinación exacta del concepto de derecho a la libertad sexual y reproductiva, es relevante el tema de su inclusión en los sistemas jurídicos internos, como medio para su identificación, respeto, ejercicio y efectiva protección. Sobre la importancia de su reconocimiento, Peces-Barba, G. (1980, pp. 25-28) afirma que la inclusión de un derecho, en este caso específico del derecho a la libertad sexual y reproductiva, en un ordenamiento jurídico a través de una norma positiva de derecho, es clave para poner las bases de la eficacia que el derecho tendría como objetivo realizar en los sujetos titulares (Fernández, E., 1982, p. 101). Es conveniente, aún así, resaltar que un efecto real y eficaz de los derechos puede ser alcanzado sólo a través de mecanismos de promoción y protección desarrollados por el Estado, capaces de poner en práctica la norma más allá del plano teórico. Bobbio, N. reconoce estos mecanismos de promoción y protección de los derechos humanos también a nivel internacional, por lo que se crea un grado adicional de tutela, pues la inclusión de estos derechos en la DUDH, como en otros instrumentos internacionales, tiene la función de garantizarlos a través del Estado y, sobretodo, en contra de éste en casos de incumplimiento de sus obligaciones internacionales a favor del individuo. Sobre el tema Bobbio, N. asegura que:

Con la acogida de algunos derechos fundamentales en la Declaración Universal se cumple el tercer momento de esta evolución: los derechos naturales, reconocidos ya por la Asamblea General de las Naciones Unidas, esto es, por el más alto órgano representativo de la comunidad internacional, tienden a ser protegidos no ya solamente en el ámbito del Estado, sino también contra el Estado mismo, es decir, tienden a una protección que se podría llamar de segundo grado, la cual debería entrar en funcionamiento cuando el Estado dejase de cumplir sus obligaciones constitucionales en las relaciones con sus sujetos (1991, p.39).

La negación o la falta de reconocimiento y de garantías de un completo y total ejercicio de tales derechos iría, además, en contra del concepto y de la obligación de los Estados de respetar la dignidad humana de todos los individuos, mencionada en el artículo 1 DUDH (ONU, 1948)⁵⁵.

No obstante, la ausencia de normas jurídicas que reconozcan el derecho a la libertad sexual y reproductiva no excluye de ninguna manera la existencia de este derecho, y mucho menos de los principios que fundamentan las exigencias y pretensiones que conllevan. Efectivamente, este hecho pudo ser demostrado mediante el reconocimiento, a nivel internacional, de los derechos y libertades sexuales y reproductivas sin que fuesen introducidos precedentemente en los ordenamientos jurídicos de cada Estado.

Por otro lado, tales principios tienen la particularidad de variar y mutar sus características en el tiempo, dando así un significado de mayor o menor proporción según el período de referencia y la situación económica, política o social en la que los sujetos de derecho se encuentren. Por ejemplo, los valores éticos que llevaron al reconocimiento de los derechos y libertades de la mujer, referidos al ejercicio de su sexualidad en el siglo XX, a través de instrumentos internacionales como la CEDAW de 1979, no son los mismos que otorgaban privilegios o daban alguna expectativa a las mujeres en el siglo XIX. Con ello, no se pretende absolutamente negar la existencia de principios que justificaran derechos pertenecientes a las mujeres en los siglos anteriores a su reconocimiento a nivel nacional, regional o internacional. Al contrario, Fernández, E. considera que el “estudio de las condiciones históricas se torna indispensable para la fundamentación de los derechos humanos, pues son esas mismas consideraciones históricas las que dan sentido a la proclamación y a la posibilidad de realización auténtica de los derechos proclamados” (1982, p.107).

Con el fin de afirmar la necesidad del reconocimiento del derecho a la libertad sexual y reproductiva, como base de la decisión de interrupción voluntaria del embarazo, se analizarán los principios de dignidad, libertad e igualdad, sobre los cuales se construye la fundamentación de la existencia de dicho derecho. Nuevamente, los siguientes párrafos estarán dedicados a los derechos de la mujer para la toma de una decisión tal como la del aborto. Sobre los derechos del *nasciturus* se realizará el análisis correspondiente en el segundo capítulo.

⁵⁵ *Supra*, nota 10.

El principio de dignidad humana, en primer lugar, resulta indispensable para formular una motivación racional del momento en que se pretende superar el conflicto de derechos que se crea al contraponer el derecho de la mujer a elegir el libre ejercicio a la maternidad responsable, el derecho a la vida privada, a la integridad personal, la libertad de elegir cuándo formar una familia y el número de hijos que tener, frente al derecho a la vida del concebido.

Analizando el primer artículo de la DUDH, el cual afirma que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (ONU, 1948), encontramos la noción de dignidad humana como elemento esencial de la naturaleza de la persona, además de la libertad y la igualdad. La dignidad humana es considerada por Fernández, E. como “el criterio que permite jerarquizar los derechos” (1984, p.115), “la única fundamentación ética válida para todos ellos” (1984, p.114), “*conditio sine qua non* para hablar de derechos humanos fundamentales” (1984, p.120), además de ser desarrollada como idea a través de la realización de los derechos humanos (1984, p.78).

Para Nogueira Alcalá, H., al contrario, “la dignidad de la persona no es posible definirla, sólo podemos apreciar en cada realidad concreta su vulneración” (2003, p.146). El mismo autor afirma que esta corresponde a:

El valor básico que fundamenta los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos (2003, p.145).

La dignidad es el principio que fundamenta todos los derechos, denominados “humanos” al ser irrenunciables y universales para todos los individuos, “por el hecho de ser hombres, siendo la propiedad de ser individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos” (Nino, C.S., 1980, p.417).

De la misma manera, Pérez Luño, A.E. (1979, p. 10) señala que “es, precisamente, de esa idea de la dignidad de la persona humana, así como de las exigencias y necesidades ligadas a la consecución de la libertad y la igualdad, de donde se derivan los derechos humanos”. Siendo la dignidad, la libertad y la igualdad principios fundamentales para el reconocimiento de otros derechos humanos, los mismos han sido reconocidos también como derechos *per se*, en la jurisdicción así como en la jurisprudencia, nacional e internacional. En el presente

análisis, lo que se pretende demostrar es que el derecho a la libertad sexual y reproductiva debe de ser reconocido de manera unívoca, nacional e internacionalmente, al estar sostenido por principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos. Por tal motivo, estos tres principios no serán desarrollados en cuanto derechos autónomos, sino desde el punto de vista de su relevancia para la fundamentación del derecho a la libertad sexual y reproductiva.

Sobre la base del razonamiento desarrollado previamente, la simple condición de persona de una mujer la vuelve titular de la misma dignidad humana que tiene cualquier hombre en cualquiera que sea el territorio donde se encuentre o el Estado y jurisdicción al que pertenezca. Es la misma dignidad a la que puede y debe aspirar durante toda su vida, sin discriminación alguna que interfiera en su realización como persona y como mujer. Como consecuencia de ello, la negación por parte de un Estado del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, constituye una evidente y grave violación del derecho a la libertad sexual y reproductiva de las gestantes, en cuanto lesiona profundamente el valor de dignidad humana que justifica la existencia de éste y otros derechos de la mujer, comportando una falta de consideración de todas sus expectativas, exigencias, pretensiones y aspiraciones como persona, además de constituir una disminución y, hasta, anulación de su derecho a llevar una vida digna, de su proyecto de vida, de su libertad natural como ser humano y de su esencia de mujer, como persona y no como simple medio reproductivo.

La responsabilidad de un Estado de reconocer, proteger los derechos humanos y garantizar su ejercicio, con mayor atención especialmente hacia aquellos sujetos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, juega un rol central en lo que es la eficacia y el alcance de tales derechos, al permitir y salvaguardar el desarrollo de los individuos en la sociedad, sin lesionar directamente, o indirectamente, sus derechos y su dignidad en cuanto seres humanos. Al respecto, Fierro-Méndez, H. (2008, p.515) considera que “estas exigencias son derivadas de la idea de dignidad humana y por tanto merecen ser respetadas y garantizadas por el poder político y el derecho”.

Entonces, ¿bajo qué justificación se podría forzar a un ser humano a realizar un objetivo, como es el de la procreación, sin contar con el consentimiento del mismo, que se ve totalmente limitado en su decisión por la rigidez de un Estado y su ordenamiento jurídico, lo cual causa la violación de sus derechos fundamentales?

Al violar el derecho a la libertad sexual y reproductiva, como principal derecho a ejercer en la solicitud de interrupción de un embarazo, además de todos los derechos en riesgo frente a una negación del mismo, como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y mental, el derecho a una vida digna y los derechos conexos a la decisión de ser o no madre, se minan los fundamentos que justifican su existencia, es decir los valores que motivaron su reconocimiento, que en este caso específico sería la dignidad humana, valor esencial e inherente a todo ser humano, además de la libertad y la igualdad, entre otros.

En otras palabras, la negación del acceso al aborto corresponde, no sólo a la violación del derecho a la libertad sexual y reproductiva de las mujeres, sino a la negación de su dignidad como persona, pero más aún a su instrumentalización con el fin de proseguir con la generación de otro ser, utilizando su cuerpo como medio reproductivo y no respetándolo como fin en sí mismo⁵⁶. Con respecto a este punto, Nogueira Alcalá, H. sostiene que:

Las personas nunca pueden ser instrumentos, sino que siempre por su dignidad reclamen un respeto de ser siempre sujetos y no objetos, por ser siempre fin en sí mismos, lo que llama al reconocimiento de su personalidad jurídica y todo lo que necesita para vivir dignamente, [...]. La dignidad de la persona emana de su naturaleza de ser moral, de ser libre y racional, [...], por ser siempre sujeto de derecho y nunca instrumento o medio para un fin (2003, p.145).

Si la mujer al igual que el resto de personas, en cuanto ser humano, nace libre y con los mismos derechos, es inevitable cuestionarse desde qué punto de vista se puede pretender que, al resultar en estado de embarazo no deseado, ésta continúe con la gestación sin que tal hecho haga parte de la planificación de su vida familiar y sin la libertad de decidir la manera de actuar sobre su propio cuerpo.

Paralelamente al principio de dignidad humana, se desarrolla el de libertad como fundamentación del derecho a la libertad sexual y reproductiva. En efecto, ambos presentan un vínculo muy estrecho en relación a su eficacia y efectividad. Al respecto, para Schiller “sólo en libertad, el hombre puede velar por su sentimiento de dignidad” (Fierro-Méndez, H., 2008, p.508). El principio de libertad incluye la libertad negativa, es decir la facultad de hacer o no lo que no está prohibido por alguna norma, y la libertad positiva como autonomía o poder de elegir qué hacer con la propia vida, sin restricciones ni limitaciones a su

⁵⁶ Dicho tratamiento violaría el segundo imperativo de Kant, el cual afirma que ningún ser humano debe ser utilizado como un medio o como un instrumento para fines no propios, sino que debería ser tratado como persona con fin en sí mismo (Ferrajoli, L., 1999, p.85).

autodeterminación para la realización de su dignidad como ser humano, ni injerencia por parte del Estado, siempre y cuando no se interfiera en la esfera de actividad personal de otros. Según Peces-Barba, G. (2004, p.136), “estos rasgos descriptivos, autonomía moral, comunicación y construcción de conceptos generales, que se identifican con un término valorativo como dignidad humana, son todos relevantes como justificación o fundamento de los derechos”. Más adelante, continúa afirmando que “la libertad como fundamento de los derechos fundamentales es consecuencia de la existencia de mecanismos de organización en la vida social que permitan buscar y en su caso alcanzar la autonomía, independencia o libertad moral” (2004, p.136).

La libertad consiste, principalmente, en la autonomía de tomar decisiones y realizarlas sin restricciones, pero sobretodo con el propio consentimiento. Sin dicha libertad, los individuos no podrían lograr la realización de sus objetivos de vida personal, pero tampoco aquellos objetivos sociales ni colectivos. Por este motivo, la libertad de elegir qué hacer con la propia vida le da significado a la dignidad humana, y ésta, a su vez, también le da razón al hecho de ser libre como ser humano.

La posibilidad de poder elegir si interrumpir o no el embarazo, representa la autonomía mediante la cual una mujer se realiza como ser humano y el pleno ejercicio de su derecho a la libertad sexual y reproductiva. Así, la libertad de elegir cómo proseguir con la propia vida es una afirmación de la dignidad humana y, en el caso de las mujeres, “la libertad reproductiva incide directamente sobre la libre determinación de su cuerpo y de su integridad” (Castro C, Rodríguez C., 2011, p.4). La relación entre ambos principios de libertad y dignidad le da mayor fuerza a la fundamentación del derecho a la libertad sexual y reproductiva, pues la decisión sobre la planificación familiar, el compañero sexual, la elección de tener o no hijos, del momento en que tenerlos y el espaciamiento entre ellos dependen sólo y únicamente de la autonomía de la mujer, nacida libre en cuanto ser humano, con los mismos derechos y la misma dignidad del resto de individuos. Por tales razones, negar el acceso a la interrupción del embarazo corresponde a la negación del ejercicio de la libertad de decisión de las mujeres y, de consecuencia, la negación de su dignidad, de sus expectativas y aspiraciones y de las condiciones mínimas y necesarias para continuar con una vida digna.

Por último, para que la mujer llegue a ejercer plenamente su derecho a la libertad sexual y reproductiva, tal derecho encuentra su justificación también en el principio de igualdad, que la pone al mismo nivel en el que todos los seres humanos alcanzan la protección y las garantías

necesarias para ejercer sus derechos. Para Nogueira Alcalá, H. (2003, p.45) “el principio de igualdad, en el que se sintetiza la idea de la justicia formal en el sentido tradicional de la palabra, dice pura y simplemente que deben ser tratados de igual modo todos aquellos que pertenezcan a la misma categoría”.

Nuevamente se habla de igualdad en dignidad y derechos, tal y como es afirmado en el primer artículo de la DUDH⁵⁷ (ONU, 1948), pero dicha igualdad no puede ser siempre garantizada al aplicar las mismas normas a todos los sujetos, sin hacer primero alguna distinción sobre las condiciones en las que se encuentran. En efecto, para Bobbio, N. (1993, p.69) la máxima “todos los hombres son (o nacen) iguales” se refiere, especialmente, al concepto de igualdad de tratamiento, pues:

La idea que la máxima expresa es la de que los hombres sean considerados iguales y tratados como iguales respecto de aquellas cualidades que, según las diferentes concepciones del hombre y de la sociedad, constituyen la esencia del hombre, la naturaleza humana distinta de la naturaleza de los demás seres, como el libre uso de la razón, la capacidad jurídica, la libertad de poseer, la “dignidad social” o, más brevemente, la “dignidad” y así sucesivamente (pp.69-70).

Continuando con su razonamiento, Bobbio afirma que dicha máxima tiene “un significado emotivo [que] depende precisamente del valor que toda doctrina atribuye a esa cualidad respecto a la cual se exige que todos los hombres sean tratados de la misma manera” (1993, p.70).

De tal manera, la fundamentación del derecho a la libertad sexual y reproductiva puede ser hallada especialmente bajo la noción de igualdad material, es decir, no sólo desde el punto de vista de su justicia y su validez, sino de su eficacia (Peces-Barba Martínez, G., 2004, p.185). Tal eficacia puede ser garantizada únicamente reconociendo las diferencias entre los individuos que justifican la distinción en la aplicación de las leyes en un ordenamiento jurídico. Ferrajoli, L. (1999, p.84), al cuestionarse sobre la existencia de derechos fundamentales “de las mujeres y sólo de las mujeres”, considera que a partir del debate feminista se han reconocido, por lo menos, la libertad femenina, la inviolabilidad del cuerpo y la autodeterminación en tema de aborto. Sin embargo, el autor considera que los primeros dos no pueden ser admitidos como derechos de las mujeres únicamente, pues la libertad y la inviolabilidad del propio cuerpo le pertenecen a mujeres y hombres, en cuanto seres humanos.

⁵⁷ *Supra*, nota 10.

Por el contrario, la autodeterminación sobre decisiones que se refieran a la maternidad, y como consecuencia al aborto, es para Ferrajoli, L., un principio que fundamenta este derecho de la mujer como derecho a la maternidad voluntaria, el cual no sólo no ha sido reconocido como tal por ningún ordenamiento jurídico y aún presenta límites y controles sobre su libre ejercicio, sobretodo penalmente, sino que presenta una urgente necesidad de afirmación y reconocimiento definitivos por motivos de libertad personal, de “soberanía”⁵⁸ sobre su cuerpo y mente, de no ser instrumentalizada por causas meramente reproductivas, porque su ausencia en cuanto derecho constituye una falta de garantías por parte del Estado y, en definitiva, porque la prohibición penal del aborto, a diferencia de las demás prohibiciones, crea en la mujer una serie de obligaciones contrarias a los principios liberales del derecho penal (1999, p.85). Efectivamente, la Corte IDH reconoce, en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, el inherente carácter de libertad del que depende la decisión de ser o no madre, al establecer que:

La maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. (...), la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico (2012, párr.143).

La aparente paradoja que se crea, según Ferrajoli, L., al remarcar la necesidad de una diferenciación legislativa de género, entre hombre y mujeres, no es más que el reconocimiento de un “derecho-libertad, sino también de un derecho-pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y cuidado, tanto en el momento de la maternidad como en el del aborto” (Ferrajoli, L., 1999, p.85). Es por ello que, una vez más, al negar el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo a una gestante, un Estado estaría adelantando un tratamiento no igualitario injustificado entre hombres y mujeres, según el sexo de quien lo solicita, es decir la mujer, quien se ve discriminada por su capacidad y sus características reproductivas, propias únicamente del sexo femenino. Dicha diferenciación es contraria a los compromisos asumidos por los Estados Miembros de la CEDAW, en cuanto a lo establecido en los artículos 1⁵⁹, 12.2⁶⁰ y 15.1⁶¹ de la Convención. Las mujeres, en definitiva, son las que se verían afectadas por dicha restricción, lo que causaría en ellas la lesión de sus derechos a la vida y a la integridad, la grave violación de su dignidad al ser

⁵⁸ El autor hace uso del término utilizado por John Stuart Mill, refiriéndose a la soberanía “sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu” (Stuart Mill, J., 1970, Sobre la Libertad, p.66).

⁵⁹ *Supra*, nota 18.

⁶⁰ *Supra*, nota 40.

⁶¹ *Supra*, nota 19.

utilizadas únicamente como un instrumento de reproducción y, además, una alta probabilidad de frustración de sus proyectos de vida y de afrontar mayores dificultades para mantener ciertas condiciones que les aseguren la realización de una vida digna, a sí mismas y al niño por nacer.

Más allá de la necesidad de reconocer dicho derecho en los ordenamientos jurídicos internos, está la urgencia de crear mecanismos de tutela, protección y garantías para su completo y eficaz ejercicio. No obstante, el punto crítico se halla en el momento en que el reconocimiento efectivo de este derecho implica la lesión del derecho a la vida del concebido. Es indiscutible la función del Estado como mediador entre los diferentes intereses de los individuos al interior de su ordenamiento jurídico, es decir, mediante la toma de decisiones que llevan a la creación de normas jurídicas. Es por ello que se desarrollará con mayor profundidad el aspecto de la ponderación de los derechos de la gestante y del *nasciturus* en el tercer capítulo, después de haber analizado a fondo el derecho a la vida del no nacido.

3. EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, COMO BASE DEL ACCESO AL ABORTO SIN RESTRICCIONES

En aquellos casos en los que una mujer en estado de embarazo decide interrumpir la gestación de manera voluntaria, se encuentra ejerciendo principalmente su derecho a la libertad sexual y reproductiva, al elegir el momento en el que desea o no formar una familia, cuándo tener hijos y el espaciamiento entre ellos. Sin embargo, una respuesta negativa a esta solicitud por parte del Estado, es decir la negación del acceso al aborto cuando no se presentan causales especificadas por el ordenamiento jurídico que lo permitan, causaría una vulneración no sólo a dicha libertad, sino también a su derecho a la vida privada, al estarse cometiendo una injerencia en su esfera privada y de desarrollo personal, sobre una decisión concerniente su intimidad.

El concepto de vida privada se entiende como el “conjunto de actos, situaciones y circunstancias que por su carácter personalísimo no están, por regla general, expuestos a la curiosidad y a la divulgación” (Defensoría del Pueblo, 1995, pág. 59), motivo por el cual se identifica con el de intimidad, desde el momento en que hace referencia a “la esfera más profunda, inherente y reservada de la personalidad del ser humano” y se puede extender a la

vida familiar o asociativa, pues presentan las mismas propiedades de interioridad y reserva (Defensoría del Pueblo, 1995, pág. 59).

Así, el derecho fundamental a la intimidad y a la vida privada, corresponde al derecho de todo individuo a que aquella parte de su vida en la que desarrolla lo más intrínseco de su existencia se mantenga libre de cualquier intromisión (Madrid-Malo, M., 2004, p.357). Este derecho es para Quiroga, en otras palabras, un “derecho personalísimo que permite sustraer a las personas de perturbaciones a su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos” (1995, p.52). Como consecuencia, el reconocimiento de todo aquello que está incluido en la esfera de la intimidad presupone la exclusión del resto de sujetos de aquel ámbito estrictamente personal (Quiroga, 1995, pág. 51), necesaria para la protección de la propia vida privada. Sobre el tema, la Corte IDH, en el *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, establece que proteger la vida privada y familiar de injerencias arbitrarias o abusivas “implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública” (2007, párr.95).

Malo-Madrid, M. considera que el derecho a la intimidad o a la vida privada está compuesto por dos dimensiones, las cuales afirma que son:

1. El arbitrio para adoptar, en la esfera de lo íntimo, los comportamientos y actitudes más ajustados a las orientaciones y preferencias que asuma en ejercicio de su autodeterminación y de su auto disponibilidad.
2. La inviolabilidad de la vida privada, de su escenario, de sus medios relacionales, y de los objetos que contienen manifestaciones de voluntad o de conocimiento no destinadas originalmente al acceso de extraños (2004, p.358).

Se puede deducir, entonces. que el derecho a la vida privada se basa, principalmente, en la afirmación de la libertad de todo ser humano de ejercer su existencia en la esfera personal de manera independiente, a través de elecciones autónomas y sin restricciones, lo cual presupone la necesidad de limitar la intromisión y el control del Estado, así como de otros sujetos. Dicha autonomía, según Mitau (1978), corresponde a la “libertad de tomar decisiones relacionadas a las áreas fundamentales de nuestras vidas” (Ferreira, R., 1982, p.43), las cuales, para Ferreira, R., deberían realizarse “sin intromisiones indeseadas que dirijan la elección en forma directa o encubierta” (1982, p.43). De la misma manera, en relación a la necesidad de todo individuo de mantener la esfera privada libre de intromisiones para poder desarrollarse plenamente, se pronunció la Corte IDH en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, al afirmar que “la

efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona” (2012, párr.143).

Por tal motivo, a partir de la consideración de la vida privada como uno de los valores más importantes de su personalidad, la protección de lo íntimo “hace parte de aquellas salvaguardias que toda sociedad democrática está obligada a otorgar a sus miembros, para que cada uno pueda ser auténtico dueño de su núcleo jurídico personalísimo” (Madrid-Malo, M., 2004, p.357). La protección por parte de los Estados del derecho a la vida privada, entonces, no se realiza únicamente a través de medidas negativas, es decir prohibitivas de cualquier injerencia, sino también a través de acciones positivas que permitan el libre desarrollo de la personalidad de los individuos. Así fue establecido por la Corte IDH en el *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, cuando afirmó que:

El Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida privada mediante acciones positivas, lo cual puede implicar, en ciertos casos, la adopción de medidas dirigidas a asegurar dicho derecho protegiéndolo de las interferencias de las autoridades públicas así como también de las personas o instituciones privadas (2011, párr.49).

Desde el punto de vista de su tutela, el derecho a la vida privada ha sido reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos a partir de 1948 por la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, para ser sucesivamente afirmado en 1950 por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, en 1966 por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de la ONU, en 1969 por la Convención Americana de los Derechos Humanos de la OEA y, por último, en 2000 por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En todos estos instrumentos internacionales, el derecho a la vida privada tiene una definición y un alcance similar, sin embargo en algunos es vinculado a ámbitos más específicos de protección, como la familia, la honra, el domicilio y la correspondencia.

En el SUDH, la DUDH en el artículo 12 y el PIDCP en su artículo 17⁶² establecen exactamente el mismo texto para reconocer la prohibición de cualquier injerencia ilegal por

⁶² Art. 17, PIDCP: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

parte de las autoridades y el derecho de todas las personas a recibir protección por parte de los Estados ante cualquier violación a su vida privada y familiar, a su domicilio y correspondencia:

DUDH, Artículo 12.

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques (ONU, 1948).

Por otro lado, en los sistemas regionales, interamericano y europeo, el derecho a la vida privada ha sido reconocido por primera vez en la DADH, en 1945, la cual establece en el artículo 5 que “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. Posteriormente, en el SIDH, el artículo 11 de la CADH desarrolla el mismo derecho, a través de una primera afirmación del derecho al respeto de la honra y al reconocimiento de la dignidad de cada persona, seguida por la prohibición de injerencias ilegales en la vida privada y familiar, además de su correspondencia, domicilio, honra y reputación, para concluir, en el tercer párrafo, con el reconocimiento del derecho de todo individuo de ser protegido por la ley ante cualquier ataque de este tipo:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques (OEA, 1969).

Asimismo, en el SEDH, el artículo 8 de la CEDH reconoce el mismo derecho que los otros instrumentos internacionales, e incluso realiza una serie de especificaciones en cuanto a las excepciones previstas en caso de eventuales intromisiones en la vida privada:

Artículo 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la

seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás (CdE, 1950).

Por último, en el año 2000, la Unión Europea retomó los principios a la base de los artículos antes mencionados para la formulación del artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a través del cual se reconoce el respeto de la vida privada y familiar, al establecer que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones” (UE, 2000).

En suma, se puede afirmar que a nivel del SUDH y de los sistemas regionales interamericano y europeo, el derecho a la vida privada está reconocido generalmente de la misma manera, en cuanto derecho individual y, a su vez, como prohibición de cualquier tipo de injerencia arbitraria en la esfera personal, sobretodo, por parte de autoridades estatales, admitiendo ciertas excepciones en determinados casos especificados según la norma internacional o, eventualmente, nacional.

En el *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, la Corte IDH estableció que el derecho a la vida privada abarca, por un lado, la libertad de realizarse sin restricciones en la esfera privada y, por el otro, una tutela por parte del Estado que consiste no sólo en la abstención de injerencias en la intimidad de los individuos, sino también en garantizar, a través de los mecanismos necesarios, que tales injerencias no ocurran ni por agentes estatales ni por terceros:

El artículo 11 de la Convención Americana reconoce que toda persona tiene, entre otros, derecho a la vida privada y prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en ella, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. El ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública y comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público (2011, párr.48)⁶³.

⁶³ De la misma manera se pronuncia en *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párrs. 193 y 194, y *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, supra nota 35, párr. 55.

El artículo 11.2 de la Convención Americana protege al individuo frente a la posible interferencia arbitraria o abusiva del Estado. Sin embargo, eso no significa que el Estado cumpla sus obligaciones convencionales con el sólo hecho de abstenerse de realizar tales interferencias. Además, el artículo 11.3 de la Convención impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra aquellas injerencias. En consecuencia, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida privada mediante acciones positivas, lo cual puede implicar, en ciertos casos, la adopción de medidas dirigidas a asegurar dicho derecho protegiéndolo de las interferencias de las autoridades públicas así como también de las personas o instituciones privadas (2011, párr.49).

De la misma manera, en el *Caso Von Hannover vs. Alemania* (n.1), el TEDH hace referencia al derecho a la vida privada en ambos aspectos de libre arbitrio del individuo y de obligaciones negativas y positivas del Estado, en cuanto prohibición de injerencias y garantía para el ejercicio de tal derecho:

The Court reiterates that although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves. The boundary between the State's positive and negative obligations under this provision does not lend itself to precise definition. The applicable principles are, nonetheless, similar (2004, párr.57).

Sin embargo, el TEDH continúa desarrollando la idea de las obligaciones que se crean a partir del artículo 8 de la CEDH, afirmando que “in both contexts regard must be had to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation” (2004, párr.57). En este punto, el TEDH reconoce que, no obstante se hable de libertad y de no interferencia en el goce del derecho a la vida privada, existen límites en su aplicación que derivan de los intereses de la comunidad, los cuales deben de ser evaluados por el Estado.

En efecto, la referencia a injerencias arbitrarias en los pactos previamente mencionados se realiza con la intención de resaltar “la incompatibilidad con el orden jurídico por su carácter excesivo, irregular, injusto o irracional” (Madrid-Malo, M., 2004, p.360), lo cual no significa que la inviolabilidad de la vida privada sea absoluta, pues ante ciertas necesidades en el interés del bien común o a tutela de otros derechos humanos, son aplicables las excepciones

previstas por la ley. Siguiendo tal razonamiento, la Corte IDH ha afirmado que, no obstante “el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” (*Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 2012, párr.136), el mismo derecho no es considerable “un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias” (2012, párr.164). Como consecuencia, considera que existe la posibilidad de que tal derecho sea restringido legítimamente, sobre la base de excepciones que “deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática” (Corte IDH, 2012, párr.164).

Precisamente, es el carácter de la ponderación que, en relación al tema del aborto, puede determinar la validez o menos de la aplicación de restricciones al libre ejercicio del derecho a la vida privada, pues permitir la interrupción voluntaria del embarazo, sin una previa ponderación de los derechos en contradicción, implicaría sobrepasar el límite del respeto al derecho a la vida de quien está por nacer. En efecto, la facultad de arbitrio de todo individuo para su libre desarrollo en la propia esfera de lo personal, sin tener que soportar injerencias, estaría condicionado únicamente al hecho de que tal realización “no pueda ser objeto de justa represión punitiva” (Defensoría del Pueblo, 1995, p.61). Efectivamente, la Corte IDH reconoció, en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la existencia de dicho límite de legalidad en la libertad de los individuos, en relación a su vida privada: “En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones” (2012, párr.142).

Al solicitar la interrupción voluntaria del embarazo, los derechos de la mujer se enfrentan al derecho a la vida del concebido, el cual es considerado el derecho fundamental de todo ser humano. Un Estado que debe resolver un conflicto de intereses como este, debe evaluar todas las implicaciones que podrían derivar de su decisión a través de un ejercicio de ponderación de los derechos en cuestión, lo cual evidentemente significa sacrificar los derechos de una, con el fin de garantizar la satisfacción de los derechos de la otra parte. Sobre el derecho a la vida del concebido y el consecuente análisis de ponderación de los derechos de la gestante y del no nacido, se dedicarán los siguientes dos capítulos de la tesis, en donde se harán referencias, especialmente, al desarrollo jurisprudencial de los últimos años de la CIDH, de la Corte IDH, de la Comisión EDH y el TEDH.

EL DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS

Índice: 1. El derecho a la vida de la persona que está por nacer. – 2. El desarrollo y la viabilidad del feto, desde el punto de vista biológico. – 3. El reconocimiento del derecho a la vida de la persona que está por nacer, en la jurisprudencia de los sistemas regionales de derechos humanos.

1. EL DERECHO A LA VIDA DE LA PERSONA QUE ESTÁ POR NACER

Con el término “vida” se entiende la fuerza o actividad esencial a través de la cual pueden obrar todos aquellos seres que la poseen (RAE, 2017). Es así que, para Lucas Verdú, P. (1984), “la dimensión vital de la persona comprende en primer orden a la vida como *prius* lógico, ontológico y deontológico de todos los derechos fundamentales” (Mesía, C., 2004, p.79), y de la misma manera Madrid-Malo, M. afirma que, en cuanto derecho fundamental, los otros derechos humanos están subordinados al mismo, en base al hecho que sin vida el desarrollo personal y la realización como seres humanos se imposibilita (2004, p.82).

El derecho a la vida, entonces, es “aquel derecho natural originario y primario – es decir, fundamental – que tiene todo ser humano desde el momento en que empieza su vida hasta la muerte, a ser y a existir de acuerdo con su dignidad” (Herrera, F., 1999, p.152). Esto equivale a decir que el derecho a la vida no puede ser restringido únicamente al hecho de vivir y sobrevivir, sino que debe de ser visto, según Quispe, A. (1993), desde un punto de vista más

amplio, reconociendo en él la “materialización de la posibilidad de desenvolverse libremente” (Mesía, C., 2004, p.82), con la libertad necesaria para vivir una vida digna.

El concepto de vida digna ha sido formulado por la Corte IDH a partir del *Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la calle”) vs. Guatemala*, en el cual se reconoció la existencia del derecho a una vida digna, contenido dentro del art.4 CADH, como “derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna” (Corte IDH, 1999, párr.144). Para la Corte IDH, entonces, el derecho a la vida incluye, no solo el derecho a no ser privado de la misma, sino el derecho a obtener condiciones mínimas y suficientes que aseguren el desarrollo digno de los individuos según el contexto en el que viven y sean capaces de satisfacer las necesidades básicas esenciales, lo cual debe ser proporcionado y garantizado por el Estado, sobre la base de sus obligaciones internacionales.

Sucesivamente, la jurisprudencia de la Corte IDH ha desarrollado el concepto de vida digna enfocándolo, especialmente, en casos de grupos vulnerables o en situaciones de vulnerabilidad, como en el *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*, es decir en condiciones de reclusión o en presencia de menores, o vinculándolo estrechamente al ejercicio de derechos sociales, económicos y culturales de comunidades indígenas, como en el *Casos Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, en los cuales usa contenidos de derechos sociales y “evalúa la violación al derecho de propiedad colectiva sobre tierras ancestrales para determinar el contenido del derecho a las condiciones de existencia digna” (Beloff, M., Clérico, L., s.f., p.11).

Por otro lado, el concepto de derecho a la vida comprende no solo el derecho a ser, a existir y a tener el pleno dominio de la propia vida (Herrera, F., 1999, p.92), sino que contempla, también, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la misma, es decir el deber del Estado de proteger la vida y el deber de todo el resto de individuos de respetarla (Herrera, F., 1999, p.95). De la misma manera, Mesía, C. considera que éste se convierte en la justificación de la existencia del Estado, la cual deriva de la necesidad de proteger dicho derecho, garantizar su libre ejercicio y evitar que ocurran privaciones arbitrarias del mismo, en otras palabras, corresponde a la “afirmación de la inviolabilidad del ser humano” (2004, p.79-80).

Entre las características del derecho a la vida se reconocen la inderogabilidad e imprescriptibilidad de este derecho, a partir del perjuicio irreparable causado por la violación

del mismo, “puesto que ningún poder humano está en capacidad de restituirle al individuo ese bien tan valioso” (Papacchini, A., 2001, p.14). Por otro lado, Herrera, F. considera que entre otros aspectos más relevantes se encuentran la ya mencionada universalidad, dada su igualdad en todos los individuos en el tiempo y en el espacio, la irrenunciabilidad, en cuanto “renunciar a la vida como derecho equivale a renunciar al propio ser”, la inalienabilidad, por la imposibilidad de despojar a nadie de tal derecho y de transferirlo a otro, y porque “sin él no existirían los demás [derechos], por la sencilla razón de que sin vida no hay ser humano” (1999, p.126-129). Asimismo, el autor afirma que el derecho a la vida es incondicional, puesto que ninguna condición social puede originar o limitar ese derecho a ningún ser humano, y por último, es innato y sucesivamente reconocido por la legislación positiva, es decir preexistente a la misma, ya que es “poseído por todo individuo de la especie humana” y no creado por ésta (Herrera, F., 1999, p.130-132).

Sobre este último punto, el mismo autor considera que no obstante la defensa de la vida, en cuanto protección y respeto, parezca evidente, no se puede afirmar lo mismo de la existencia de dicho derecho. En efecto, es absolutamente necesario que se reconozca en el derecho positivo, no obstante su existencia *a priori* con respecto a éste, especificando sus características de fondo, sobretudo la universalidad e igualdad del mismo (Herrera, F., 1999, p.96).

Así como la Declaración y Programa de Acción de Viena sobre los Derechos Humanos, de 1993, consagra que todos los derechos humanos son iguales y universales⁶⁴, el posicionamiento del derecho a la vida en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos demuestra la importancia de su reconocimiento y lo pone en evidencia como derecho fundamental de todo individuo. Más aún, la Oficina en Colombia del ACNUDH evidencia el hecho que los organismos internacionales de derechos humanos resaltan el carácter especial del derecho a la vida, así como lo mencionó el CDHNU (1986) en su Observación General sobre el art. 6 PIDCP: “[Es] el derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la

⁶⁴ “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (ONU, 1993, párr.5).

nación”, y continuó reiterándolo desde ese momento, afirmando que “el derecho a la vida es el más esencial de estos derechos”⁶⁵ (OACNUDH Colombia, 2004, p.97).

Madrid-Malo, M. afirma, de la misma manera, que el derecho a la vida debe de ser considerado como un derecho principal, dado que éste mismo “es el primero y más importante de los derechos fundamentales, pues viene a ser la *conditio sine qua non* para el ejercicio, el goce y el disfrute de los demás bienes jurídicos que tienen por titular a la persona” (1995, p.27). De igual manera, la CIDH (2001) ha considerado que “el derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y *conditio sine qua non* para el goce de todos los demás derechos”⁶⁶ (Huertas *et al.*, 2007, p.68).

Como ya ha sido mencionado anteriormente, en los instrumentos internacionales de derechos humanos se puede evidenciar la posición prioritaria que se le otorga al derecho a la vida, lo cual se puede interpretar como una clara intención de dar relevancia al mismo, sobre todos los demás derechos, y de resaltar su validez universal e igualitaria para todos los seres humanos. Iniciando por el SUDH, el artículo 3 DUDH afirma que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (ONU, 1948), mientras que en el PIDCP el artículo 6.1 establece que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente” (ONU, 1966). Adicionalmente, en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluida la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” (ONU, 1989). Sin embargo, dicho principio ya establecido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1958, no comporta necesariamente el reconocimiento del derecho a la vida a partir del momento de la concepción, lo cual se podría corroborar mediante la negativa por parte de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU ante una propuesta de definición del concepto de niño desde la concepción hasta el cumplimiento de los 18 años⁶⁷ (Huertas, O. *et al.*, 2007, p.84).

En el SIDH, por otro lado, la DADH inicia afirmando el derecho a la vida a través del artículo 1, el cual establece, de manera coherente con la DUDH, que “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (OEA, 1945), lo cual será

⁶⁵ Comité de Derechos Humanos, *Caso A.R.J. vs. Australia* (1997, párr.6.8) y *Caso G.T. vs. Australia* (1998, párr.8.1).

⁶⁶ Cfr. CIDH (2001), *Caso Edwards y Otros vs. Bahamas*, párr. 109.

⁶⁷ Comisión de Derechos Humanos ONU, documentos E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48.

retomado en el artículo 4.1 de la CADH, donde se considera 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” (OEA, 1969). Por último, dentro del marco de derechos humanos del SEDH, la primera parte del artículo 2.1 de la CEDH establece que “el derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley” (CdE, 1950).

Es así que, en los sistemas universal, interamericano y europeo de derechos humanos se crean dos tipos de obligaciones de protección integral de la vida, es decir una obligación negativa vinculada a la prohibición de privar arbitrariamente de la vida a cualquier persona y una obligación positiva de los Estados, los cuales se comprometen, a la luz de la DUDH, del PIDCP, la DADH, la CADH y la CEDH, a adoptar todas las medidas necesarias para proteger el derecho a la vida y garantizar su libre y pleno ejercicio (Huertas O. *et al.*, 2007, p.80).

En relación al reconocimiento del derecho a la vida se puede destacar que, mientras que por un lado todos los instrumentos utilizan términos similares como “individuo”, “persona humana”, “ser humano”, “persona”, por otro lado los únicos instrumentos que hacen mención del momento en que inicia la protección del derecho a la vida son la Convención sobre los Derechos del Niño, “antes y después del nacimiento”, y la CADH, la cual establece que la misma inicia “en general, a partir del momento de la concepción”. Esta última afirmación debe de ser analizada desde dos puntos de vista: el primero, el momento de la concepción, y el segundo, el uso de la expresión “en general”, como medida de aceptación de eventuales excepciones. En cuanto al desarrollo de la vida prenatal, en la segunda parte de este capítulo se realizará una breve explicación desde el punto de vista biológico, con el fin de aclarar las diferentes etapas de la formación durante la gestación y los distintos conceptos como embrión, feto, concepción, implantación, etc., para poder así desarrollar su reconocimiento y protección en la jurisprudencia internacional, en la tercera y última parte del presente capítulo.

Con relación al término “en general” utilizado en la CADH, la OACNUDH Colombia considera que se trata de una forma de otorgar a los Estados un “margen para adoptar legislación que permita el aborto en determinadas circunstancias” (O’Donnell, 2004, p.99). Lo mismo es afirmado por Quiroga, quien considera que, mediante el uso de la expresión “en general” en el art.4.1 CADH, se realizó un intento de “*desdogmatizar* la protección de la vida, dejando a las legislaciones de cada Estado, la resolución de los casos de excepción, de acuerdo con las necesidades y la cultura de cada pueblo” (1995, p.39), sin indicar

expresamente cuáles serían las excepciones admisibles, es decir, dejando un amplio margen de discrecionalidad para establecer el tipo de protección prevista para el no nacido.

La Corte IDH, en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, realizó un análisis profundo del reconocimiento del derecho a la vida y de otros temas vinculados a la persona que está por nacer, así como la Comisión EDH y el TEDH en una serie de sentencias afrontan el conflicto creado entre derecho a la vida del no nato y derechos de la gestante, en casos como *Paton vs. Reino Unido*, *R.H. vs. Noruega*, *Vo vs. Francia* y *Evans vs. Reino Unido*. Tales argumentos serán desarrollados más adelante, en la tercera parte del presente capítulo, la cual estará dedicada a la jurisprudencia internacional sobre el derecho a la vida del *nasciturus*.

2. EL DESARROLLO Y LA VIABILIDAD DEL FETO, DESDE EL PUNTO DE VISTA BIOLÓGICO

El estudio de los fenómenos que se presentan desde la unión de un espermatozoide y un óvulo hasta la formación de un bebé, durante nueve meses, se denomina embriología. A través de dicha materia de estudios es que se intentará describir brevemente el desarrollo de la vida humana en el útero, con el fin de distinguir las diversas fases de formación y aclarar los diferentes momentos en la evolución y el proceso gestacional humano.

Antes de iniciar con la descripción del desarrollo del embarazo, es importante aclarar que en la presente tesis no se niega la vida prenatal, sin embargo se reconoce que se encuentra en proceso de formación. No obstante, lo que sí se realiza es una diferenciación entre la vida del ser humano en formación y la vida de una persona después de su nacimiento, sobretodo en cuanto factor que determina los diversos grados de protección del derecho a la vida, según la jurisprudencia internacional que se analizará más adelante.

En la 13° edición del libro *Embriología Médica de Langman*, Sadler T. W. inicia el prólogo del mismo haciendo una división en el proceso de gestación humano: a lo largo de las ocho primeras semanas del desarrollo humano se da el proceso de evolución de una simple célula a través del periodo de establecimiento de los primordios de los órganos, denominada periodo de *embriogénesis* u *organogénesis*; sucesivamente, la fase desde ese punto hasta el

nacimiento recibe el nombre de *periodo fetal*, durante el cual el feto crece hasta su total formación (2016, p.XII).

El desarrollo empieza con la fecundación, proceso mediante el cual el gameto masculino, espermatozoide, y el gameto femenino, ovocito, se unen para producir un cigoto (Sadler, T.W., 2016, p.14), que sucesivamente inicia una fase de segmentación en más células, a partir del cual viene llamado blastocito. Después de seis o siete días desde la fecundación ocurre la implantación del blastocito en el endometrio, proceso imprescindible para que ocurra el embarazo, que se desarrolla a lo largo de la segunda semana de gestación (Sadler, T.W., 2016, p.43).

Desde la tercera hasta la octava semana se lleva a cabo el período embrionario, fase en la que “las tres capas germinales – ectodermo, mesodermo, endodermo - dan origen a varios tejidos y órganos específicos. Al final del periodo embrionario los principales sistemas de órganos se establecieron; al final del segundo mes pueden identificarse las principales características externas del cuerpo” (Sadler, T. W., 2016, p.71). A partir de la novena semana hasta el momento del nacimiento se desarrolla el denominado periodo fetal, el cual está caracterizado por la maduración de los tejidos y de los órganos, y el rápido crecimiento del cuerpo del feto (Sadler, T.W., 2016, p.105).

Un punto clave en cuanto al desarrollo del sistema nervioso es la aparición de la corteza cerebral, suceso que se percibe alrededor de los 23 días de gestación, cuando comienza a formarse la placa neural, la cual se detecta con claridad entre los 40 y los 56 días (Areitio, R., 1995, p.57). Sin embargo, la corteza cerebral no llega a mostrar actividad hasta la semana 12⁶⁸, motivo por el cual hasta ese momento se obtiene un electroencefalograma plano (Areitio, R., 1995, p.57).

Areitio, R. se cuestiona si un feto podría ser considerado como un individuo humano antes de la formación de su corteza cerebral, así como se considera clínicamente muerta a una persona en el momento en que la actividad bioeléctrica del cerebro cesa totalmente, resultando plano el electroencefalograma (1995, p.57). No obstante, continúa su razonamiento admitiendo que determinar si un feto es una persona humana únicamente teniendo en cuenta dicho factor del desarrollo cerebral presenta distintas dificultades, no obstante considere que

⁶⁸ El desarrollo de la corteza cerebral del feto hasta la semana 12 se podría considerar provisional, es decir suficiente para que el mismo logre sobrevivir. Sin embargo, la corteza cerebral llega a su desarrollo pleno en el ser humano al cumplimiento de los 14 años de edad (Areitio, R., 1995, p.57).

antes de tal momento lo que existe es un ser humano en proceso de formación, el cual “también deberá ser protegido, aunque no goce todavía del *status* de individuo humano” (1995, p.57).

Hasta el sexto mes de embarazo, según la opinión de Sadler, T.W., sería difícil que un feto sobreviva fuera del útero, o incluso a principios del séptimo, puesto que “el aparato respiratorio y el sistema nervioso central no están suficientemente diferenciados” (2016, p.125); sin embargo, para Montenegro R., al finalizar el sexto mes de gestación, ya se podría considerar que el feto es viable y podría sobrevivir por sí mismo, en caso de que ocurriera un parto prematuro (2006, p.241).

Efectivamente, en aquellos casos en los que ocurre un aborto espontáneo, un parto prematuro o alguna situación que comprometa la vida de la madre y/o la del feto, los médicos deben seguir un protocolo específico, en base al cual si el feto tiene menos de 24 semanas, éste no deberá ser reanimado, dado que las probabilidades de que logre sobrevivir son muy bajas, aproximadamente del 15%; adicionalmente a ello, las secuelas del parto prematuro y anterior a las 24 semanas podrían ser muy graves, comprometiendo severamente las capacidades del feto de desarrollarse completamente y sin problemas respiratorios, cerebrales y/o de otros órganos⁶⁹ (Álvarez, C. *et al.*, 2007, p.31). Asimismo, Avery, G. y Fletcher, A. afirman que el alto riesgo de secuelas en el feto existe aún si ocurre un parto prematuro entre las semanas 24 y 25, no obstante la probabilidad de supervivencia alcance el 65% (2001, p.451).

Mujica, J. (2009, p.67) considera que es necesaria la distinción entre lo que sería la vida de una persona y la “vida biologizada del viviente”, lo cual resulta del análisis de indicadores biológicos en la determinación del inicio de la vida de una persona, como la conciencia, la experimentación del dolor o la existencia de sensación, entre otros, los cuales constatan que la vida biológica no es el único factor determinante para establecer la vida de una persona humana (2009, p.69). En efecto, citando a García Hernández (2008), el mismo autor afirma que un embrión de menos de 12 semanas de desarrollo no puede ser considerado como una persona por una serie de características biológicas enunciadas por el Colegio de Bioética de México:

⁶⁹ Se destaca el riesgo aumentado de complicaciones potenciales, como hemorragia intraventricular, retinopatía de la prematuridad y enfermedad pulmonar crónica (Avery, G. y Fletcher, A., 2011, p.451).

El Colegio de Bioética de México dice que el embrión de 12 semanas no es un individuo biológico ni mucho menos una *persona* porque: a) Carece de vida independiente, ya que es totalmente inviable fuera del útero; b) si bien posee el genoma humano completo, cualquier célula u órgano del organismo adulto también tiene el genoma completo; c) a las 12 semanas el desarrollo del cerebro está apenas en sus etapas iniciales y no se ha desarrollado la corteza cerebral ni se han establecido las conexiones nerviosas indispensables para que puedan existir las sensaciones; d) el embrión de 12 semanas no es capaz de experimentar dolor ni ninguna percepción sensorial, y mucho menos de sufrir o gozar (Mujica, J., 2009, p.67).

Autores como Gazzaniga, M. intentan determinar una fecha exacta en el desarrollo gestacional a la cual hacen corresponder el inicio de la consideración del feto como “organismo sensible y consciente” (2006, p.23), puesto que para el mismo autor “la mera posesión del material genético de un futuro ser humano no conlleva necesariamente la existencia de un ser humano” (2006, p.33). Todavía, afirmaciones de este tipo pueden ser poco apropiadas, en cuanto el desarrollo de cada embrión y de cada feto puede alcanzarse en distintos tiempos, además de las numerosas contradicciones que se pueden encontrar en la doctrina médica al respecto. Coherentemente a ello, el objetivo de este breve análisis desde el punto de vista biológico no es el de dar una respuesta definitiva a la cuestión del inicio de la vida, sino el de explicar de manera concisa las distintas fases de la formación de un ser humano durante el embarazo, para así poder entender el uso de diversos conceptos, tanto en las normas como en la jurisprudencia internacional y regional de los derechos humanos. Asimismo, vale la pena recordar que uno de los pilares de la presente tesis es el de llegar a reconocer, a partir de lo establecido en la jurisprudencia de los sistemas internacionales de derechos humanos, el momento a partir del cual se genera el deber de protección del *nasciturus*, todo esto en relación a la interrupción voluntaria del embarazo sin restricciones.

En consecuencia a todo lo enunciado precedentemente, para efectos de esta tesis, es innegable que a partir del momento en que se produce la unión de un óvulo y un espermatozoide hay vida, así como existe vida en cada célula del cuerpo humano. Sin embargo, tales casos no corresponden a la vida de un ser humano en desarrollo, es decir una vez ocurrida la implantación, ni a la de uno ya nacido, a los cuales corresponden diversos efectos jurídicos, especialmente en cuanto a su protección.

3. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA VIDA DE LA PERSONA QUE ESTÁ POR NACER, EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

A la fecha, el SIDH no ha afrontado aún la problemática del aborto a solicitud de manera directa y completa, dado que no existen todavía sentencias de la Corte IDH sobre casos de interrupción voluntaria del embarazo y los derechos de la mujer conexos. Sin embargo, tanto la CIDH como la Corte IDH han emanado medidas cautelares y provisionales con el objetivo de evitar daños irreparables en las mujeres en cuestión, únicamente en casos de embarazos que ponían en riesgo la salud o la vida de la gestante, o como consecuencia de violación sexual. Las medidas cautelares de la CIDH, hasta el momento, corresponden a los siguientes casos:

MC 178/15 – Niña Mainumby, Paraguay (8 de junio de 2015):

El 8 de junio de 2015, la CIDH decidió solicitar la adopción de medidas cautelares a favor de la niña Mainumby, en Paraguay. La solicitud de medidas cautelares alega que la niña Mainumby, de 10 años de edad, habría quedado embarazada producto de los abusos sexuales presuntamente perpetrados por la pareja de su madre. Según indica la solicitud, el 20 de enero de 2014 los presuntos abusos habrían sido denunciados por la madre ante la Fiscalía de la Unidad Penal N°5, pero en agosto de 2014 la causa habría sido desestimada, según se indicó, sin investigar los hechos con la debida diligencia. La solicitud agrega que a fines de abril de 2015, el Hospital Materno Infantil Santísima Trinidad habría comunicado a la madre que la niña cursaba un embarazo de alto riesgo por su corta edad y desarrollo incompleto del útero. En este hospital, la niña habría sido asistida por la psicóloga y la trabajadora social del lugar, a quienes habría manifestado el presunto abuso sexual por parte de la pareja de la madre. La solicitud informa que el 12 de mayo de 2015, una Junta Médica compuesta por médicos, psiquiatras y psicólogos de distintas especialidades, habría emitido un dictamen aconsejando adoptar “las medidas necesarias para el bienestar de la misma”. Según dicho informe, la niña mediría 1,39 metros; pesaría 34 kg y padecería de desnutrición y anemia, corriendo asimismo “cuatro veces más riesgo de vida que en un embarazo adulto”. Adicionalmente, el informe indicaría que, en caso de continuar con el embarazo, la niña supuestamente tendría 1,6 más de riesgo de hemorragia post parto; 4 veces más riesgo de infección endometrial; 1,4 veces más de anemia; 1,6 más de eclampsia, infecciones sistémicas y riesgos en su futuro reproductivo. Por consiguiente, el dictamen habría recomendado que “se interrumpa el embarazo y que se evite la revictimización de la niña”. Tras analizar los alegatos de hecho y de derecho, la Comisión considera que la

información, en principio, muestra que la niña Mainumby se encuentra en una situación de gravedad y urgencia, toda vez que su vida, salud e integridad personal estarían amenazadas y en riesgo. En consecuencia, de acuerdo con el artículo 25 del Reglamento de la CIDH, la Comisión solicitó al Estado de Paraguay que proteja la vida e integridad personal de la niña, a fin de garantizar que tenga acceso a un tratamiento médico adecuado a su situación y recomendado por especialistas, a la luz de lineamientos técnicos de la Organización Mundial de Salud y otras fuentes similares aplicables en materia de salud sexual y reproductiva de niñas y adolescentes, en el cual estén aseguradas todas las opciones disponibles; asegure que los derechos de la niña estén oportunamente representados y garantizados en todas las decisiones en materia de salud que afecten a la niña, incluido el derecho de la niña a ser informada y a participar en las decisiones que afecten a su salud en función de su edad y madurez; y adopte todas las medidas que sean necesarias para que la niña cuente con todos los apoyos técnicos y familiares que sean necesarios para proteger de modo integral sus derechos (CIDH, 2015).

MC 114/13 - B, El Salvador (29 de abril de 2013):

El 29 de abril de 2013 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de “B”, en El Salvador. La identidad de la beneficiaria se mantiene en reserva a pedido de los solicitantes. La solicitud de medidas cautelares señala que el Ministerio de Salud y el Comité del Hospital donde se encuentra internada “B” determinaron que “B” padece de una serie de patologías, que su embarazo conlleva un alto riesgo de muerte para la madre y que el feto es anencefálico. Asimismo, señala que dichas autoridades de salud determinaron que el efecto del transcurso del tiempo sin la implementación del tratamiento médico recomendado podría afectar los derechos a la vida, la integridad y la salud de la madre. Los solicitantes manifestaron que, a pesar de haber solicitado a las autoridades estatales, entre ellas la Corte Suprema de Justicia, que se le proporcionara el tratamiento recomendado por los médicos especialistas, no existe una respuesta final hasta la fecha. Después de haber solicitado información al Estado, quien ratificó que aún no existe una respuesta definitiva de las autoridades estatales, la CIDH otorgó medidas cautelares para proteger la vida, integridad personal y salud de “B”. Específicamente, la Comisión Interamericana solicitó al Estado de El Salvador que adopte las medidas necesarias para implementar el tratamiento recomendado por el Comité Médico del Hospital Nacional Especializado de Maternidad “Dr. Raúl Arguello Escalón”, con el objetivo de salvaguardar la vida, integridad personal y salud de “B”, y que concierte cualquier medida a adoptarse con la beneficiaria y sus representantes.

Considerando que el Estado de El Salvador, alegadamente, no adoptó las medidas necesarias para salvaguardar la integridad personal de “B”, el 27 de mayo de 2013 la CIDH solicitó medidas provisionales a la Corte

Interamericana de Derechos Humanos. La Corte IDH ordenó medidas provisionales el 29 de mayo de 2013, y las levantó el 19 de agosto de 2013 (CIDH, 2013).

MC 43-10 – “Amelia”, Nicaragua (26 de febrero de 2010):

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

MC 270/09 – X y XX, Colombia (21 de septiembre de 2009):

El 21 de septiembre de 2009 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de dos personas en Colombia, cuya identidad la CIDH decidió mantener en reserva. En la solicitud de medidas cautelares se alega que X y su hija de 15 años XX habrían sido objeto de seguimientos, agresiones físicas, amenazas y un intento de secuestro tras denunciar la violación sexual de XX, presuntamente ocurrida en diciembre de 2006. Se indica asimismo que XX presentaría secuelas generadas por la violación sexual y la conducción de un embarazo de riesgo. La solicitud señala que la salud física y mental de la adolescente se habría deteriorado en los últimos meses a raíz de los hechos de violencia de los que habría sido objeto su núcleo familiar, y por la presunta ausencia de un tratamiento médico adecuado. La Comisión Interamericana solicitó al Estado de Colombia adoptar las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal de las beneficiarias, garantizar que XX cuente con un tratamiento médico adecuado a las afectaciones provocadas por la violación sexual y la conducción de un embarazo en circunstancias presuntamente riesgosas; concertar las medidas a adoptarse con las beneficiarias y su representante; informar a la CIDH en un plazo de 20 días sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos que dieron lugar a la adopción de medidas cautelares y actualizar la información periódicamente; y adoptar las

medidas necesarias para que la identidad de las beneficiarias sea debidamente protegida en la implementación de las medidas cautelares (CIDH, 2009).

Por otro lado, la Corte IDH ha otorgado a la fecha únicamente dos medidas provisionales a favor de B. en El Salvador, el 29 de mayo y el 19 de agosto de 2013⁷⁰.

Sin embargo, en 1981, la CIDH publicó un informe sobre un caso llevado contra los Estados Unidos de América, por violación al derecho a la vida, establecido en el artículo 1 DADH, entre otros derechos. Se trató del *Caso BabyBoy vs. USA*⁷¹, en el cual la defensa de los Estados Unidos sostuvo que:

Cuando se enfrenta la cuestión del aborto, hay dos aspectos por destacar en la formulación del derecho a la vida en la Convención⁷². En primer término, la frase "en general". En las sesiones de preparación del texto en San José se reconoció que esta frase dejaba abierta la posibilidad de que los Estados Partes en una futura Convención incluyeran en su legislación nacional "los casos más diversos de aborto" (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p.159) [...] (CIDH, 1981, párr.14c).

Es así que la CIDH dio una primera opinión en cuanto al derecho a la vida del no nacido, aclarando el sentido dado a la frase "desde el momento de la concepción" del art.1 DADH, en razón del cual explicó que después de la redacción del texto preliminar de la DADH, el

⁷⁰ Textos disponibles en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_02.pdf y http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf.

⁷¹ El caso en cuestión trata de la determinación de eventual responsabilidad de los Estados Unidos por violación del art. 1 DADH, al haber la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos absuelto al Dr. Kenneth Edelin por la ejecución de un aborto a solicitud de la gestante en Boston, el 3 de octubre de 1973, lo cual era admisible de acuerdo a lo establecido en las sentencias de enero de 1973, *Roe vs. Wade* y *Doe vs. Bolton*. La cuestión planteada ante la Corte Suprema en el caso *Roe vs. Wade* fue si una ley estatal penal sobre aborto que exceptuara de criminalidad solamente un procedimiento que tuviera por fin salvar la vida de la madre era constitucional. La Corte opinó que tal restricción limitaba el ejercicio de un "derecho fundamental" - del derecho a la intimidad- en manera que no guarda congruencia con los "intereses apremiantes del Estado" que puedan justificar la reglamentación de ese derecho (CIDH, 1981, párr.15). Tales sentencias permitieron el acceso al aborto con la sola condición de la viabilidad del feto como límite temporal, lo cual podía darse alrededor de la semana 28, o antes hasta en la 24. Es así que para el período correspondiente al primer trimestre "la Corte ha dejado la decisión y aplicación al criterio médico del facultativo que atienda a la embarazada (410 U.S. 113, 164)" (CIDH, 1981, párr.15), mientras que para el período siguiente al término del primer trimestre, el acceso al aborto está condicionado a la preservación de la salud y vida de la madre, incluso después del establecimiento de la viabilidad de la vida extrauterina del feto, solo sobre la base de una opinión médica y de ser estrictamente necesario (CIDH, 1981, Considerando 8c). El caso específico llevado a la atención de la CIDH es el de "Baby Boy", nombre dado al feto de sexo masculino. El Dr. Edelin fue procesado por homicidio no premeditado por ese aborto y condenado a raíz del juicio. La Corte Suprema Judicial de Massachusetts anuló la condena y ordenó el registro de un dictamen de absolución el 17 de diciembre de 1976. La Corte decidió que las pruebas eran insuficientes para llevar a un jurado una cuestión de alcance tan vasto como la de si el Dr. Edelin era o no culpable sin duda alguna de acción "intencional" o "temeraria" resultante en la muerte que le hace merecedor de condena, por lo que concedió el veredicto directo de absolución (CIDH, 1981, párr.13).

⁷² Tanto la Corte IDH como las partes aclararon en distintos momentos que, no obstante los Estados Unidos no hubiesen ratificado la CADH, la tendrían en consideración con el objetivo de analizar la intención de los Estados Partes al momento de la redacción ambos instrumentos, DADH y CADH.

mismo grupo de trabajo afirmó, en su informe a la Comisión Sexta, que dicha redacción debía de considerarse como un “arreglo” con el fin de eliminar la oposición de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela, “principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico (Actas y Documentos, Vol. 5, pp. 474-484, 513-514)” (CIDH, 1981, considerando 19d). Por lo tanto la CIDH especificó que, al momento de la redacción del texto de la DADH:

En relación con el derecho a la vida, la definición dada en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes que rigen la pena capital y aborto en la mayoría de los Estados americanos. En efecto, la aceptación de este concepto absoluto --el derecho a la vida desde el momento de la concepción-- habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países, porque dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto si se lo ejecutaba en uno o más de los siguientes casos: A) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; B) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; C) para proteger el honor de una mujer honrada; D) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, E) por angustia económica (1981, considerando 19e).

Como consecuencia, para la CIDH, Estados Unidos tenía la razón al momento de rechazar la interpretación del art.1 DADH realizada por los peticionarios, en nombre de “BabyBoy”, la cual habría “incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. [Dado que] En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio” (1981, considerando 19H), por lo cual se estableció que Estados Unidos no violó el derecho a la vida establecido en el art.1 DADH.

La CIDH, adicionalmente, recuerda que fueron las mismas motivaciones las que llevaron a la adopción del texto preliminar “sometido por la CIDH y aprobado por el Consejo de la OEA, el cual continúa hasta el presente como texto del artículo 4.1 CADH” (1981, considerando 29), bajo la frase “en general, desde el momento de la concepción”.

Por otro lado, en el *Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay*⁷³, la Corte IDH no se pronunció en aquella que hubiese podido ser una nueva oportunidad para delimitar el alcance del derecho a

⁷³ En dicho caso, los representantes de las víctimas habían alegado que el Estado paraguayo, al no garantizar el goce ni proteger el derecho a ocupar las tierras tradicionales y al no brindar una asistencia correcta a tales sujetos vulnerables, había violado el derecho a la vida de dos fetos, los cuales no llegaron a nacer con vida como consecuencia de las distintas violaciones de derechos humanos de las gestantes, así como del resto de la

la vida del no nacido. En efecto, la Corte admitió las alegaciones sobre las víctimas que perdieron la vida, entre otras víctimas, más no tomó en consideración la supuesta violación del art. 4.1 CADH en relación a los dos fetos que no llegaron a nacer, argumentando que la CIDH y los representantes de las víctimas fallaron en cumplir con la debida presentación de argumentos jurídicos (Díaz, A., 2012, p.78).

Es solo en el año 2012 que la Corte IDH llega a pronunciarse sobre el momento en el cual inicia la protección del no nacido, en relación al art.4.1 CADH, mediante la sentencia del *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*⁷⁴. No obstante dicho caso tratara, sobretudo, del derecho a formar una familia a través de la fecundación *in vitro*, la Corte IDH analizó e interpretó el derecho a la vida del *nasciturus*, con el fin de decidir si la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica habría o no violado los derechos de los peticionarios, al declarar la inconstitucionalidad del decreto que autorizaba dicha intervención de carácter reproductivo.

La Corte IDH, al desarrollar por primera vez el contenido y el alcance del art. 4.1 CADH, en relación al derecho a la vida del concebido, realizó un análisis interpretativo con base en el principio de buena fe, a través de las siguientes cuatro tipologías:

i) Interpretación conforme al sentido corriente de los términos: en cuanto al concepto de “persona”, para la Corte IDH, éste está vinculado a los conceptos de “concepción” y de “ser humano”, mencionados en el art. 4.1 CADH, motivo por el cual debe de ser analizado desde un punto de vista científico (Corte IDH, 2012, párr.176). Al considerar dichos conceptos a partir de la prueba científica recolectada, se distinguen dos momentos en el desarrollo del embrión, es decir la fecundación y la implantación. Sin embargo, para la Corte IDH, solo al terminar la segunda etapa se puede afirmar que existe la concepción, con la necesidad de que ocurra de manera completa la implantación para que el embrión se encuentre en el ambiente adecuado para su desarrollo, es decir en el útero de la gestante (Corte IDH, 2012, párr.186).

Sobre la expresión “en general”, la Corte IDH recurrió al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para así afirmar que ésta tiene como significado “en común, generalmente” o “sin especificar ni individualizar cosa alguna”, que al ser relacionado a la

comunidad indígena, causadas por la transferencia de la propiedad de sus tierras ancestrales a privados y las consecuentes dificultades encontradas en los territorios a los que fueron desplazados.

⁷⁴ En el presente caso, en el año 2000, la Corte Suprema de Costa Rica anuló por inconstitucionalidad el decreto de 1995 que permitía la fecundación *in vitro*, al considerar que tal intervención era violatoria del derecho a la vida del no nacido; conclusión a la que llegó interpretando de manera restrictiva la protección del derecho a la vida “desde el momento de la concepción”, enunciada en el art. 4.1 CADH.

expresión “a partir de la concepción”, indicaría “la previsión de posibles excepciones a una regla particular” (Corte IDH, 2012, párr.188), las cuales serían descifradas a través de los demás métodos interpretativos.

ii) Interpretación sistemática e histórica: En cuanto a este método interpretativo, la Corte IDH especificó que “las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen” (Corte IDH, 2012, párr.191). En otras palabras, ésta realizó un análisis del contexto en el que se desarrollaron la DADH y la CADH, sin encontrar una “respuesta definitiva sobre el punto en controversia” en los trabajos preparatorios del primer instrumento mencionado (Corte IDH, 2012, párr.200). Por otro lado, con respecto a los trabajos preparatorios de la CADH, la Corte IDH recordó el razonamiento realizado por la CIDH en el *Caso BabyBoy vs. USA*, reafirmando que los trabajos preparatorios de la CADH reflejaron, también, la falta de unanimidad en las intenciones de eliminar las expresiones “en general” y “desde el momento de la concepción” (Corte IDH, 2012, párr.221).

En relación a la expresión “toda persona”, la Corte IDH aclaró que ni en la DADH ni en la CADH se usa la misma para indicar la titularidad o el ejercicio de tales derechos por parte del embrión. Más aún, la Corte consideró que:

Teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer⁷⁵, se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a “conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”, y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales (Corte IDH, 2012, párr.222).

Es así que la Corte IDH llegó a la conclusión que, según esta tipología de interpretación de los antecedentes, los trabajos preparatorios y el contexto de redacción, no era posible dar el *estatus* de persona a un embrión (Corte IDH, 2012, párr.223), ni que en ninguno de los artículos de la DADH, de la CADH, del PIDCP o de la Convención sobre los Derechos del

⁷⁵ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 186 y 187.

Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 se hacía mención a ello (Corte IDH, 2012, párr.244).

iii) Interpretación evolutiva: En el presente caso, la importancia de la interpretación evolutiva es notoria, ya que la fecundación *in vitro* es un tipo de intervención reciente, la cual no existía al momento de la redacción de la CADH. Por tal motivo, la Corte IDH se concentró en el desarrollo del *estatus* legal del embrión en el derecho internacional y comparado (Corte IDH, 2012, párr.246), tomando en consideración, especialmente, el *Caso Vo vs. Francia* del TEDH, en el cual se afirmó que la potencialidad de vida de un embrión y su capacidad en convertirse en una persona necesitan de una protección “en nombre de la dignidad humana”, sin otorgarle el *estatus* de persona “con derecho a la vida” (Corte IDH, 2012, párr.247). Por lo tanto, la Corte IDH consideró que la regulación existente en derecho internacional sobre el uso del embrión en la fecundación *in vitro* no establecía el tratamiento del mismo como persona, ni afirmaba un eventual derecho a la vida del *nasciturus* (Corte IDH, 2012, párr.253).

iv) Interpretación conforme al objeto y fin del tratado: Sobre la base de esta última tipología de interpretación, la Corte IDH no consideró “admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta” (Corte IDH, 2012, párr.259). Por el contrario, ésta consideró que una mayor protección anularía aquellos derechos que podrían ser “objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado” (Corte IDH, 2012, párr.259). En otras palabras, una interpretación más amplia en cuanto a la protección del derecho a la vida, como aquella realizada por la Corte Suprema de Costa Rica, no justifica la negación o limitación del goce y ejercicio de otros derechos establecidos en la CADH (Corte IDH, 2012, párr.259).

En conclusión, en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte IDH afirmó que ni la DADH ni la CADH establecen la titularidad de derechos del embrión⁷⁶, entendido como la unión de un espermatozoide y un óvulo una vez que se ha implantado en el útero, sin embargo se reconoció la necesidad de protegerlo dada su capacidad de desarrollarse como tal, siempre a partir de la implantación en el útero de la mujer, momento reconocido por la Corte

⁷⁶ *Infra*, nota 83.

IDH como concepción. Asimismo, la expresión “en general” constituyó un arreglo en cuanto a la protección del derecho a la vida, el cual no debe de ser considerado absoluto, sino que debe comprender la posibilidad de aplicar excepciones por parte de los Estados (Corte IDH, 2012, párr.264).

Por el lado del SEDH, la afirmación de la existencia del derecho a la vida del *nasciturus* ha sido un tema evadido desde la jurisprudencia de la Comisión EDH y, así, reiterado en las decisiones del TEDH. En efecto, en el *Caso Bruggemann and Scheuten vs. República Federal Alemana*⁷⁷ la Comisión EDH afirmó que no era necesario para la decisión analizar si el no nato debía ser considerado como titular del derecho a la vida ex art.2 CEDH, o si podía ser visto como una entidad que, bajo el art. 8 CEDH, justificara una interferencia a la protección de otros” (1977, párr.60).

Sucesivamente, en el *Caso Paton vs. Reino Unido*⁷⁸ de 1980, la Comisión EDH volvió a analizar la eventual existencia del derecho a la vida del *nasciturus*, retomando la cuestión dejada abierta en el *Caso Bruggemann and Scheuten vs. República Federal Alemana*. En 1980, entonces, la Comisión EDH analizó el significado ordinario de las palabras “toda persona” (*everyone / tout personne*) y “vida” (*life / vie*) en el art.2 CEDH, evidenciando que “toda persona” no estaba definida en ningún artículo de la CEDH, sin embargo aparecía en los art. 1, 2, 5, 6, 8, 11 y 13, de los cuales se entendía una aplicación únicamente postnatal (Comisión EDH, 1980, párr.7).

No obstante, la Comisión EDH consideró que dicho uso no excluía del todo una eventual aplicación al *nasciturus*: En efecto, “none indicates clearly that it has any possible prenatal

⁷⁷ En dicho caso, las dos peticionarias denunciaron al Comité EDH la violación del art. 8 CEDH (derecho a la vida privada) aparentemente cometida por la República Federal Alemana. Según las dos mujeres, una reforma legal que imponía sanciones penales en casos de aborto y la consecuente decisión de la Corte Constitucional Alemana, la cual afirmaba la prevalencia de la vida del feto sobre el derecho a la libre determinación de la gestante, violaban el derecho a la vida privada de las gestantes, ex art. 8 CEDH. Sin embargo, la Comisión EDH encontró que la admisibilidad de excepciones, tal y como era el acceso al aborto bajo opinión médica por riesgo de vida o salud de la madre, además de la posibilidad de recurrir al aborto “no deseado” hasta la semana 12 de gestación, confirmaba la inexistente interferencia y violación del derecho a la vida privada, según lo establecido por la CEDH.

⁷⁸ En este caso, el cónyuge de una gestante acude a la Comisión EDH, en cuanto padre del embrión que la mujer pretendía abortar, ante la negativa de la Corte del Reino Unido, la cual consideró que el feto no era titular de ningún derecho hasta el momento de su nacimiento y que el padre, aún así estuviese casado con la gestante, no tenía derecho a impedir el aborto deseado por la madre o a ser consultado en la decisión. De tal manera, el padre del concebido recurre a la Comisión EDH alegando la violación del derecho a la vida del no nato, art. 2 CEDH, y la violación de su derecho al respeto de la vida privada, art.8 CEDH. La Comisión EDH declaró la inadmisibilidad del caso, en cuanto la decisión de la Corte del Reino Unido de autorizar el aborto era compatible con el art.2 CEDH, puesto que respetaba los límites temporales indicados por la legislación interna, de acuerdo al margen de apreciación otorgado a los Estados Miembros, dada la falta de indicación del inicio de la vida en la CEDH.

application, although such application in a rare case – e.g. under Article 6.1 – cannot be entirely excluded” (1980, párr.7). Sin embargo, el uso general dado a las palabras “toda persona” no convenció a la Comisión EDH para declarar que incluyera al no nacido, por lo cual negó la correspondencia entre “persona” y feto, a la luz del art.2 CEDH (Comisión EDH, 1980, párr.9)

Por último, en cuanto a la compatibilidad de la sentencia de la Corte del Reino Unido con el art.2 CEDH, según los parámetros temporales que permitían el acceso al aborto en la legislación inglesa, la Comisión EDH afirmó que “it is not in these circumstances [the Commission] called upon to decide whether Article 2 does not cover the foetus at all or whether it recognises a ‘right to life’ of the foetus with implied limitations” (1980, párr.23). En otras palabras, la Comisión EDH volvió a omitir una aclaración sobre la protección del *nasciturus* y su titularidad con respecto al derecho a la vida, bajo el art.2 CEDH.

En 1992, evaluando el *Caso R.H vs. Noruega*⁷⁹, la Comisión EDH volvió a reiterar su posición sobre la no necesidad de establecer si el feto estaría incluido entre los sujetos protegidos por el art.2 CEDH, no obstante reconociera la existencia de puntos de vista distintos y hasta opuestos sobre el tema entre los Estados Miembros:

The Commission finds that it does not have to decide whether the foetus may enjoy a certain protection under Article 2, [...], but it will not exclude that in certain circumstances this may be the case notwithstanding that there is in the Contracting States a considerable divergence of views on whether or to what extent Article 2 protects the unborn life (Comisión EDH, 1992, pág.8).

Es a causa de tales divergencias que la Comisión EDH consideró que, a partir de la falta de indicaciones exactas sobre el inicio de la vida y la titularidad del feto del derecho a la vida en el art.2 CEDH, se generaba un margen de discrecionalidad a favor de los Estados Miembros en sus legislaciones internas sobre el acceso al aborto. Teniendo en cuenta que la autorización del aborto de la gestante cumplía con los requisitos establecidos por la ley de Noruega, la Comisión EDH encontró manifiestamente infundada la solicitud del peticionario, en cuanto

⁷⁹ En el *Caso R.H. vs. Noruega*, la Comisión EDH rechazó la solicitud del padre del feto, en cuanto el aborto practicado a la madre se dio mediante la autorización de dos médicos, una vez explicadas las razones de la gestante y no obstante, superando el límite de 12 semanas para acceder al mismo sin restricciones, no se hubieran presentado complicaciones ni riesgos en la salud o vida de la misma. La City Court, la High Court y el Appeals Committee de la Corte Suprema de Noruega rechazaron las demandas del padre, en cuanto la autorización de la práctica del aborto cumplió con los requisitos establecidos por la ley del Estado. Por el mismo motivo, la Comisión EDH declaró la inadmisibilidad del caso, en cuanto no ocurrió violación alguna de los derechos alegados.

no existió una violación del art.2 CEDH, entre otros derechos alegados como supuestamente vulnerados (1992, pág.9).

Años más tarde, en el 2004, se obtuvo nuevamente una sentencia significativa sobre el *estatus* jurídico del no nacido, esta vez emanada por el TEDH, en el *Caso Vo vs. Francia*⁸⁰. En dicho caso, el TEDH tuvo que analizar la situación de una gestante que sí deseaba llevar a término su embarazo y que, por negligencia médica, perdió a su hijo antes de los seis meses de gestación, es decir cuando la vida del feto aún no era viable fuera del útero. Así, el TEDH debió analizar si causar daño a un feto se podía considerar como una ofensa criminal a la luz del art.2 CEDH, es decir, con el objetivo de reconocer algún tipo de protección al mismo (2004, párr.81).

Al considerar si el feto podía o no gozar de la protección del derecho a la vida, *ex art.2* CEDH, el TEDH volvió a referirse a la falta de consenso sobre el inicio de la vida como margen de apreciación de los Estados en sus legislaciones, así como a la falta de una solución al problema del reconocimiento del *estatus* del embrión en la jurisprudencia del SEDH (TEDH, 2004, párr.82).

Sin embargo, observó que la Corte de Casación de Francia había excluido de las tipologías de homicidio involuntario cualquier daño fatal al no nacido, mientras que había reconocido la responsabilidad por homicidio involuntario de quien, por alguna negligencia, causaba la muerte del niño nacido con vida pero fallecido a las pocas horas, todo lo anterior con el fin de llenar un vacío legal en relación al artículo 221,6 del Código Penal francés⁸¹ (2004, párr.83).

El TEDH, entonces, al notar que no existía en la legislación francesa alguna definición del *estatus* legal del embrión y/o del feto, afirmó nuevamente que ese no era el momento adecuado ni el que presentara la posibilidad de resolver la cuestión abstracta si el *nasciturus*

⁸⁰ En el *Caso Vo vs. Francia*, un médico causó, mediante un procedimiento quirúrgico, la muerte del feto *in utero* al quinto mes de gestación, por un error de homonimia. La mujer, entonces, alegó ante el TEDH la violación del art.2 CEDH debido a que la Corte francesa consideró que no se había tratado de un homicidio dado que un feto no podía ser considerado persona, por lo tanto no podía dársele la protección del derecho a la vida. El TEDH, finalmente, concluyó que la inexistencia de leyes que protejan al *nasciturus* no comportaba la violación del art.2 CEDH.

⁸¹ Art. 221.6 Código Penal de Francia: “El hecho de causar, en las condiciones y de acuerdo con las distinciones previstas en el artículo 121-3, torpeza, imprudencia, falta de atención, negligencia o incumplimiento de un deber de cuidado o seguridad impuesto por ley o reglamento, la muerte de el otro constituye un homicidio involuntario castigado con tres años de prisión y una multa de 45,000 euros. En caso de violación manifiestamente deliberada de una obligación particular de prudencia o seguridad impuesta por ley o reglamento, las penas incurridas se incrementarán a cinco años de prisión y una multa de 75,000 euros”. (Actualmente modificado por la Ley N°2011-525 del 17 mayo 2011 - art. 185).

podía ser considerado como “persona”, a la luz del art.2 CEDH (TEDH, 2004, párr.85), lo cual no excluía a la solicitante de la obtención de protección legal. Acorde a ello, el TEDH realizó una observación adicional, con respecto a la protección del no nacido:

The unborn child’s lack of a clear legal status does not necessarily deprive it of all protection under French law. However, in the circumstances of the present case, the life of the foetus was intimately connected with that of the mother and could be protected through her, especially as there was no conflict between the rights of the mother and the father or of the unborn child and the parents, the loss of the foetus having been caused by the unintentional negligence of a third party (TEDH, 2004, párr.86).

Es así que, para el TEDH, la protección del feto estaría vinculada estrechamente a la de la madre y, más aún, se realizaría a través de ella. Adicionalmente a ello, para el TEDH existió la posibilidad para la gestante de iniciar una acción administrativa y solicitar la reparación de los daños causados por la negligencia del médico, con el fin de obtener una compensación justa y adecuada (2004, párr.91).

En conclusión, la ausencia de leyes en Francia que protegieran directamente al feto, en cuanto titular del derecho a la vida, y la existencia de mecanismos administrativos efectivos que hubieran podido resarcir la pérdida sufrida por la gestante, llevaron al TEDH a negar la existencia de una violación del art.2 CEDH.

El argumento de la falta de consenso entre los Estados Miembros del Consejo de Europa fue nuevamente aplicado por el TEDH en el año 2007. En el *Caso Evans vs. Reino Unido*⁸², el TEDH reiteró la jurisprudencia desarrollada desde los casos de la Comisión EDH hasta el *Caso Vo vs. Francia*, mencionando que la ausencia de un consenso entre los Estados Miembros sobre el punto de inicio científico y legal de la vida humana impedía establecer el momento de adquisición de la titularidad del derecho a la vida, tal y como se entendía bajo el art.2 CEDH, dejando entonces un margen de discrecionalidad en los Estados para sus propias legislaciones. En el caso específico, el TEDH negó la violación del derecho a la vida, motivando su decisión sobre la base de la legislación inglesa:

⁸² El caso trata de la alegación de la supuesta violación por parte del Reino Unido de los artículos 2, 8 y 14 de la CEDH, en relación a la señora Evans, quien a causa de un cáncer a los ovarios no tenía otra posibilidad de tener hijos biológicos sino a través de la fecundación *in vitro*, tratamiento que ya había iniciado en el año 2000 con su pareja de aquel entonces. Dada la existencia de seis embriones fecundados, la peticionaria deseaba llevar a cabo un embarazo con alguno de ellos, sin embargo su ex pareja revocó el consentimiento después de terminar la relación. De tal manera, Evans llevó su caso al Tribunal Superior para evitar la destrucción de los óvulos fecundados, así como lo indicaba la ley en vigor, sin obtener suceso ni en primera instancia, ni ante el Tribunal de Apelación.

Under English law, as was made clear by the domestic courts in the present applicant's case, an embryo does not have independent rights or interests and cannot claim - or have claimed on its behalf - a right to life under Article 2. There had not, accordingly, been a violation of that provision (TEDH, 2007, párr.54).

Es así que, en una nueva oportunidad, el TEDH consideró que los embriones creados por Evans y su ex pareja no tenían el derecho a la vida ex art.2 CEDH, por lo cual no se habría configurado la violación de dicho artículo (TEDH, 2007, párr56).

En conclusión, en la jurisprudencia de ambos sistemas de protección de los derechos humanos, interamericano y europeo, no se ha llegado a una decisión sobre la titularidad el derecho a la vida del *nasciturus* por diversos motivos, entre los cuales destacan la dificultad de establecer el momento exacto del inicio de la vida, la falta de un consenso entre todos los Estados Parte de la DADH, CADH o CEDH, el uso de términos como “toda persona” y “en general”, que dejan un amplio margen de apreciación originado por la intención de evitar oposiciones a la redacción de dichos textos. Es notable, por el lado del SIDH, la determinación de la Corte IDH no del momento en el cual inicia la vida del embrión, sino el reconocimiento de su protección y del momento a partir del cual existe el deber de protegerlo, es decir desde la implantación o concepción del mismo.

En cuanto a la problemática del aborto y el derecho a la vida del feto, entonces, se podría afirmar que pocos han sido los pasos dados en ambos sistemas, en donde se ha preferido evadir el establecimiento de una solución definitiva por razones que van de lo legal a lo ético, hasta lo político.

LA PONDERACIÓN ENTRE LOS DERECHOS DE LA GESTANTE Y DEL NASCITURUS Y LA INJERENCIA DEL ESTADO EN LA VIDA PRIVADA DE LA MUJER, ANTE DE LA NEGACIÓN DEL ACCESO AL ABORTO

Índice: 1. La ponderación como mecanismo para la superación de conflictos entre derechos. – 2. La ponderación de derechos en casos de aborto, en la jurisprudencia de los sistemas internacionales de derechos humanos. – 3. El juicio de ponderación entre los derechos de la gestante y del *nasciturus* y la consecuente injerencia del Estado en la vida privada de la mujer.

1. LA PONDERACIÓN COMO MECANISMO PARA LA SUPERACIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS

Como ya ha sido mencionado a lo largo de los dos capítulos anteriores, el objetivo de la presente tesis es analizar el conflicto de derechos que se crea a partir de una solicitud de aborto sin restricciones y determinar si, al negar el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, un Estado estaría o no cometiendo una injerencia en la vida privada de la mujer. Considerando que los derechos de la mujer y del *nasciturus*, así como la accesibilidad o la prohibición del aborto, están regulados por legislaciones nacionales y por instrumentos internacionales de derecho, en los siguientes párrafos se realizará una reflexión sobre la aplicación de los mismos en cuanto normas, y sobre los mecanismos para la superación de

conflictos entre los mismos, desde el punto de vista teórico y desde el punto de vista práctico, como ha sido aplicado por la Corte IDH.

Desde un plano teórico, se ha afirmado que las normas pueden ser aplicadas de dos maneras: la primera es la subsunción, cuando la norma está basada sobre una regla, mientras que la segunda es la ponderación, cuando la misma está basada en principios (Bernal, C., 2003, p.225). Esto último debido al hecho que, según Alexy, R. (1993), las reglas que están a la base de las normas “responden a la idea tradicional de una norma jurídica, como enunciado que consta de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica”, mientras que los principios representan mandatos para la optimización de un bien jurídico, es decir, “ordenan que algo debe hacerse en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible” (Orozco, V., 2003, p.26).

En el caso de los derechos fundamentales, dado que en su mayoría han sido concebidos bajo las fórmulas de principios o de mandatos de optimización, éstos serían objeto de aplicación del método de la ponderación, la cual ha sido definida de la siguiente manera:

Técnica de aplicación de los derechos fundamentales, [que] se traduce en la observancia del principio de proporcionalidad (así como de sus contenidos), el cual justamente constituye un instrumento de interpretación típicamente constitucional, que junto con otras técnicas ha vedido a compensar, aunque de modo parcial, las influencias que los métodos clásicos de interpretación producen en este ámbito, sobre todo en lo que atañe al carácter vinculante en los derechos fundamentales frente a las acciones y las omisiones de los poderes constituidos (Orozco, V., 2013, p.26).

En palabras de Bernal, C. (2003, p.225), “la ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización”, y tales normas no establecen lo que se debe hacer, sino que ordenan la realización de algo de la mayor medida posible, siempre dentro de las posibilidades jurídicas y reales que existan (Alexy, R., 1997), con el objetivo de “optimizar el valor o bien jurídico y, por ello, de darle la máxima efectividad posible habida cuenta de las circunstancias del caso” (Diez-Picazo, L.M., 2003, en Orozco, V., 2002, p.27).

Ahora, para la determinación de dicha “mayor medida posible” se deben analizar dos o más principios opuestos, que al ser confrontados demuestran una incompatibilidad *prima facie*. Sin embargo, dicha incompatibilidad puede ser resuelta a través del ya mencionado ejercicio de ponderación, una estructura de tres elementos que permite “fundamentar una

relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto” (Bernal, C., 2003, p.226-227).

Alexy, R., explica que, en el derecho constitucional alemán, la ponderación está vinculada al principio de proporcionalidad, a su vez compuesto por los sub-principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales cumplen con expresar la idea de optimización (Alexy, R., 2009, p.8). Los primeros dos están vinculados a la optimización de posibilidades materiales, dado que el de adecuación “excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven”, mientras que el de necesidad aspira a utilizar aquel medio que promueva un principio afectando de menor manera el principio en oposición (Alexy, R., 2009, p.8).

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, este sub-principio es relativo únicamente a las posibilidades jurídicas, lo que para Alexy, R. es equiparable a la “Ley de ponderación”, según la cual “como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro” (Alexy, R., 2009, p.9). Dicha ley está basada en tres momentos: i) la constatación del grado de incumplimiento o de perjuicio de un principio, ii) la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario, iii) la determinación de una eventual justificación del incumplimiento o perjuicio de un principio, a causa de la realización del principio opuesto (Alexy, R., 2009, p.9). En caso de no llegar a cumplir con los tres momentos de la “Ley de ponderación”, se podría considerar como desproporcionado o injustificado el hecho de intervenir en un derecho fundamental sin justificar la necesidad de priorizar un principio sobre otro en oposición al primero.

Por otro lado, mientras que la aplicación del sub-principio de adecuación resulta simple y sin complicaciones debido a su fórmula excluyente, en caso de que existan dos o más medidas idóneas o adecuadas para alcanzar el objetivo esperado al restringir el goce de un derecho, el principio de necesidad exige, según Alexy R., la elección del más favorable con el derecho fundamental afectado (Orozco, V., 2003, p.31). A propósito, en cuanto al concepto de necesidad, Villaverde M. (1978) concibe dicho sub-principio de la siguiente manera:

La exigencia de necesidad o intervención mínima, que consiste en la medida limitativa, debe ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido de que no debe existir otro medio menos oneroso para lograrlo. La medida restrictiva no solo debe ser idónea, material y

funcionalmente, para limitar el derecho en razón de su fundamento; además, de entre las posibles maneras de imponer la medida restrictiva, solo cabe elegir la forma o el medio que resulte menos gravosa para alcanzar aquella finalidad (Orozco, V., 2003, p.31).

En cuanto al sub-principio de proporcionalidad, Orozco lo entiende como aquel que “persigue la mayor realización posible de los mandatos de optimización (es decir de los principios) con respecto a las posibilidades jurídicas” (Orozco, V., 2003, p.31). Según González-Cuellar, N. (1990), el principio de proporcionalidad en sentido estricto se aplica teniendo en cuenta “si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar”. Es decir que, si el sacrificio resulta ser excesivo, “la medida deberá considerarse inadmisibile, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad” (Orozco, V., 2003, p.32).

En conclusión, se puede afirmar que el juicio de ponderación se utiliza en aquellos casos en los que, al aplicar una norma basada sobre un principio, el bien jurídico o el valor que se pretende optimizar entra en conflicto con otro que se encuentra en oposición al primero. La ponderación, entonces, puede ser aplicada al presentarse una oposición entre derechos fundamentales, tal y como son los derechos de la gestante y el derecho a la vida del no nato.

Al no ser ilimitados o absolutos, los derechos fundamentales pueden ser restringidos para, así, ceder ante la necesidad de proteger o satisfacer de mayor manera otros derechos. En el caso específico analizado en la presente tesis, podría parecer evidente, a primera vista, la necesidad de hacer ceder los derechos de la mujer ante el derecho a la vida. Sin embargo, el juicio de ponderación es más profundo dadas las circunstancias: se trata del “derecho a nacer” de quien aún no ha sido reconocido como titular de derechos en la jurisprudencia internacional de los derechos humanos⁸³, pero sí sujeto merecedor de una protección por parte del Estado a través de la protección de los derechos de la gestante, lo cual se encuentra en

⁸³ A propósito, en la sentencia del *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte IDH afirmó que “La expresión “toda persona” es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana. Al analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos” (2012, párr.222). Asimismo, al realizar un análisis comparado de la jurisprudencia de los Estados Miembros, la Corte IDH resaltó que “se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre” (2012, párr.260). De la misma manera, el TEDH aclaró en la sentencia del *Caso Vo vs. Francia* que “the potentiality of that being and its capacity to become a person [...] require protection in the name of human dignity, without making it a “person” with the “right to life” for the purposes of Article 2” (2004, párr.84).

oposición a una serie de derechos y libertades de la mujer que ya ha nacido y, adicionalmente, se puede ver afectada en la esfera más íntima de su existencia a causa de la negación de un aborto sin restricciones. En otras palabras, se intentará establecer en qué medida la necesidad de satisfacer el derecho a la vida del feto se justifica frente al sacrificio del derecho a la vida privada de la gestante y su libertad sexual y reproductiva, análisis que se realizará en los siguientes párrafos, incluyendo un estudio de lo establecido por la jurisprudencia internacional, con el fin de establecer si existe o no proporcionalidad al negar el acceso al aborto sin restricciones y, así, poder reconocer una eventual injerencia en la vida privada de la mujer por parte de un Estado.

En cuanto al punto de vista práctico, la Corte IDH, en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, realizó un juicio de proporcionalidad entre los derechos en juego, entendiéndolo como lo que hasta el momento ha sido llamado test de ponderación, en el cual se desarrolla el escrutinio estricto de proporcionalidad. La Corte IDH recordó que en su jurisprudencia⁸⁴ ya se había establecido la posibilidad de restricción de un derecho, por parte de los Estados, “siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad” (2012, párr.273).

Para determinar si el sacrificio de los derechos de los peticionarios a la vida privada y a formar una familia, a través de la fecundación *in vitro*, había sido desproporcionado frente a la protección a la vida del embrión, la Corte IDH consideró que:

La restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia. Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro (2012, párr. 274).

Es así que la Corte IDH, siguiendo el método de la ponderación de Alexy, R., analizó también factores como “i) la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar y los demás derechos involucrados en el presente caso”, relacionada a “ii)

⁸⁴ Cfr. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No.193, párr. 56, y *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C. N° 239, párr. 164.

la discapacidad; iii) el género, iv) la situación socioeconómica, [...] y v) la controversia sobre la alegada pérdida embrionaria” (Corte IDH, 2012, párr. 276).

Por otro lado, la misma Corte IDH, en el *Caso I.V. vs. Bolivia*, se concentró en realizar un test de proporcionalidad más específico con respecto al juicio de ponderación del *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. En el año 2016, entonces, la Corte IDH consideró que:

Los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma (Corte IDH, 2016, párr.241).

Para el año 2016, la Corte IDH se concentró en el análisis de la medida de esterilización sin consentimiento previo tomada por el Estado de Bolivia, que habría afectado los derechos de la peticionaria I.V., y en la determinación de la proporcionalidad de dicha medida. Así, estableció cuatro requisitos para tal fin, comenzando por el hecho que la medida persiga un fin legítimo e imperioso, seguida por la idoneidad de la medida para alcanzar dicho fin legítimo, así como la necesidad de la misma, es decir la imposibilidad de reemplazar dicha medida por otra menos lesiva y la proporcionalidad de la misma en sentido estricto, lo que equivale a la existencia de beneficios mayores con respecto a las restricciones que ésta también impone.

De esta manera, la Corte IDH utilizó estos cuatro parámetros para la realización del test de proporcionalidad, los cuales van más allá de los tres requisitos del juicio de ponderación de Alexy, R. y serán detallados en la segunda parte de este capítulo. En la última parte del capítulo, finalmente, se utilizarán todos los elementos analizados hasta el momento para llevar

a cabo un examen de ponderación y de proporcionalidad entre los derechos de la madre a la vida privada y a la libertad sexual y reproductiva, y el derecho a la vida del *nasciturus*, con el objetivo final de poder reconocer una eventual violación de los derechos de la mujer y una injerencia por parte de los Estados en la vida privada de la gestante, como consecuencia de la negación del acceso al aborto sin restricciones. Para ello, en los siguientes párrafos, se analizará la jurisprudencia internacional de casos vinculados a la interrupción voluntaria del embarazo y al derecho a la vida del no nato, en relación al juicio de ponderación y de proporcionalidad realizados, con el fin de poner en evidencia los razonamientos adelantados hasta el momento por los sistemas internacionales de derechos humanos.

2. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS EN CASOS DE ABORTO, EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Tal y como fue mencionado en el segundo capítulo, el SEDH es el sistema que más avances ha presentado en materia de interrupción voluntaria del embarazo, comparado al SIDH, el cual presenta una ausencia de sentencias por parte de la Corte IDH y solo seis entre medidas cautelares de la CIDH y provisionales de la Corte IDH. Por el lado del SUDH, de igual manera, el Comité CEDAW se ha pronunciado sobre el *Caso L.C. vs Perú*, mientras que el CDHNU lo ha hecho en pocos casos, entre los cuales se encuentran el *Caso K.L. vs. Perú*, el *Caso L.M.R. vs. Argentina*, el *Caso Siobhán Whelan vs. Irlanda* y el *Caso Amanda Jane Mellet vs. Irlanda*.

Sobre la base del estudio desarrollado hasta el momento, en los próximos párrafos se realizará un análisis del razonamiento adelantado en los sistemas internacionales de derechos humanos, especialmente en relación a la ponderación realizada entre los derechos de la gestante y el derecho a la vida del *nasciturus*. Para tal fin, entonces, se detallarán las afirmaciones de los distintos organismos y se intentará llegar a una conclusión general, que pueda servir como sustento para la parte final de este último capítulo, es decir para ponderar los derechos en juego y, finalmente, establecer si existe o no injerencia estatal en la vida privada de la mujer frente a la negación de acceso al aborto sin restricciones.

Como ya ha sido mencionado anteriormente, se cuenta con una mayor cantidad de casos sobre aborto en el SEDH, en los cuales se ha afrontado la colisión de derechos entre mujer y no nacido, motivo por el cual algunos de estos casos serán analizados a continuación, siguiendo un orden cronológico de los razonamientos desarrollados por la Comisión EDH y el TEDH. Asimismo, se considera pertinente tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte IDH en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* y en el *Caso I.V. vs. Bolivia* al ser los únicos casos del SIDH en los que se ha desarrollado a profundidad la ponderación y proporcionalidad de los derechos en contraposición entre gestante y no nacido.

- *Caso Bruggemann and Scheuten vs. República Federal Alemana*⁸⁵: Iniciando por el SEDH, en 1977 la Comisión EDH sostuvo, en unanimidad, que una legislación restrictiva en relación al acceso al aborto toca la esfera de la vida privada, protegida por el art.8 CEDH. Así, el derecho al respeto de la vida privada debe asegurar un límite individual en el que cada persona se sienta libre de satisfacer y desarrollar su propia personalidad, sin interferencias de terceros que puedan afectar su privacidad. Por lo tanto, para la Comisión EDH, cualquier interferencia de los Estados en la esfera privada de los individuos, incluida aquella vinculada a sus relaciones de tipo sexual, corresponde a una injerencia en la vida privada, a menos que sea debidamente justificada, a la luz del art.8.2 CEDH (Comisión EDH, 1977, párr.53-55).

Sin embargo, la Comisión EDH sostuvo que, en los casos de legislación prohibitiva de la interrupción voluntaria del embarazo “no deseado”, no se puede afirmar inmediatamente que exista una violación del art.8 CEDH, puesto que al iniciarse un embarazo, la vida privada de la mujer se encuentra estrechamente vinculada a la del embrión en desarrollo (Comisión EDH, 1977, párr.59). De tal manera, la Comisión EDH continuó su razonamiento afirmando que no toda legislación sobre el aborto constituye una interferencia al derecho a la vida privada de la gestante, puesto que no se puede realizar una interpretación del art.8 CEDH estimando que la interrupción voluntaria del embarazo sería una decisión pertinente únicamente a la mujer (Comisión EDH, 1977, párr.60). En efecto, en el caso concreto, la legislación no prohibía totalmente el acceso al aborto, sino que regulaba la existencia de una sanción si éste se realizaba más allá de las 12 semanas de gestación, en la condición de

⁸⁵ *Supra*, nota 77. Brevemente, las dos peticionarias denunciaron al Comité EDH la violación del derecho a la vida privada, ex art. 8 CEDH, derivada de la imposición de sanciones penales en algunos casos de aborto. Sin embargo, para la Comisión EDH no existió violación del derecho a la vida privada de las gestantes, puesto que la reforma legal preveía excepciones que admitían el acceso al aborto en casos específicos, tal y como la interrupción del embarazo por riesgo de vida o salud de la madre y el aborto “no deseado” hasta la semana 12 de gestación.

embarazo “no deseado”, por lo tanto no podía considerarse como una injerencia injustificada en la vida privada de las gestantes en la República Federal Alemana (Comisión EDH, 1977, párr.62). Efectivamente, la Comisión EDH resaltó que la legislación preveía la abstención de una sanción dentro del límite temporal “con el fin de evitar que la mujer embarazada corra el riesgo de sufrir una angustia grave que no puede evitarse de otro modo, respecto al [riesgo] que ella razonablemente podría esperarse” (Comisión EDH, 1977, párr.62).

- *Caso Paton vs. Reino Unido*⁸⁶: Tres años más tarde, la Comisión EDH consideró que, un aborto deseado por la gestante y dentro de los límites temporales de la legislación inglesa, cumplía con los requisitos establecidos por las autoridades del Reino Unido, por lo que no constituía ninguna vulneración al “derecho a nacer” del feto, que adicionalmente ni reconoció ni desconoció como titular del mismo (Comisión EDH, 1980, párr.22-23). Efectivamente, para la Comisión EDH:

La “vida” del feto está íntimamente relacionada con la vida de la mujer embarazada y no puede considerarse de forma aislada. Si el art.2 hubiese sido concebido para cubrir al feto y su protección, y éstos hubiesen sido considerados como absolutos bajo este artículo, en ausencia de cualquier limitación expresa, un aborto debería considerarse como prohibido, incluso cuando la continuación del embarazo implicaría un riesgo grave a la vida de la mujer embarazada. Esto significaría que la “vida no nacida” del feto se consideraría de mayor valor que la vida de la mujer embarazada (Comisión EDH, 1980, párr.19).

Lo importante de esta sentencia, para el fin de la presente tesis, ha de ser evidenciado a partir del momento en que el caso presentaba un aborto sin restricciones, que la Comisión EDH consideró legítimo y no contrario a un eventual “derecho a la vida” del *nasciturus*, al haber sido realizado en un estado inicial del embarazo y, sobretodo, al contar con una “limitación implícita”, la cual protege la vida y la salud de la mujer, por encima del derecho a la vida del feto (Comisión EDH, 1980, párr.23). En relación a dicha protección de la vida y de la salud de la gestante, la Comisión EDH no hizo ninguna referencia a peligros o riesgos que podían hacer parte de otras causales de aborto, sino que consideró la decisión de la mujer de

⁸⁶ *Supra*, nota 78. En este caso, el potencial padre de un feto acude a la Comisión EDH alegando la violación del derecho a la vida del no nato y de su derecho a la vida privada, ante la negativa de la Corte del Reino Unido de protección judicial al mismo sobre la base de la no titularidad de derecho del feto hasta el momento de su nacimiento y de la imposibilidad de cualquier padre de impedir un aborto deseado por la gestante. La Comisión EDH declaró la inadmisibilidad del caso, en cuanto la decisión de la Corte del Reino Unido de autorizar el aborto era compatible con el art.2 CEDH, puesto que respetaba los límites temporales indicados por la legislación interna, de acuerdo al margen de apreciación otorgado a los Estados Miembros del CdE.

interrumpir el embarazo como un acto de voluntad derivado de su propio deseo de evitar cualquier daño a su salud física y mental, el todo como parte del libre ejercicio del derecho al respeto de la vida privada (Comisión EDH, 1980, párr.26).

- *Caso R.H. vs. Noruega*⁸⁷: Más adelante, la Comisión EDH también se enfrentó a una situación de aborto sin restricciones, donde no habían condiciones que pusieran en riesgo la salud de la mujer, el todo con la oposición al aborto por parte del padre potencial del *nasciturus*. Ante tal situación, la Comisión EDH fue clara y concisa al establecer que, por encima de cualquier pretensión del potencial padre siempre se encontrarían en primer lugar los derechos de la gestante, “siendo ella la persona principalmente interesada por el embarazo y su continuación o terminación”. Por lo tanto, la Comisión EDH consideró infundada la petición del padre potencial, ya que cualquier interferencia en los intereses del mismo se encontraba justificada al ser necesaria y prioritaria la protección de los derechos de la mujer (Comisión EDH, 1992, párr.4).

A partir de tal fecha, entonces, la Comisión EDH comenzó a reconocer que, en casos de existir una voluntad de la gestante de interrumpir su embarazo sin la presencia de causales específicas, es decir lo que en esta tesis hemos llamado “aborto sin restricciones”, pero según lo establecido por la ley del Estado y dentro de los límites temporales permitidos, los derechos de la mujer, especialmente el derecho al respeto de la vida privada, tienden a prevalecer sobre los derechos y los intereses de terceros. Tal afirmación se puede hacer desde el momento en que la Comisión EDH y, luego, el TEDH no han reconocido bajo el art.2 CEDH el derecho a la vida del *nasciturus*, más sí han establecido en varias ocasiones la legitimidad del acceso al aborto en relación a la CEDH.

- *Caso Vo vs. Francia*⁸⁸: Otro de los casos en donde se evidenció dicha tendencia es el *Caso Vo vs. Francia*, en el cual el TEDH, citando las palabras de la Comisión EDH en el *Caso X vs. Reino Unido*, reiteró que el aborto es compatible con el art.2.1 CEDH, en el interés de proteger a la gestante, “si se supone que esta disposición se aplica en la etapa inicial del embarazo, [entonces] el aborto está cubierto por una limitación implícita, que protege la vida

⁸⁷ *Supra*, nota 79. En dicho caso, la City Court, la High Court y el Appeals Committee de la Corte Suprema de Noruega rechazaron las demandas del padre sobre la presunta violación del derecho a la vida del feto, en cuanto la autorización de la práctica del aborto cumplió con los requisitos establecidos por la ley del Estado. Por el mismo motivo, la Comisión EDH declaró la inadmisibilidad del caso, en cuanto no ocurrió violación alguna del derecho alegado.

⁸⁸ *Supra*, nota 80. Por un error de homonimia, un médico causó la muerte *in utero* de un feto, al quinto mes de gestación. La señora Vo alegó ante el TEDH la violación del art.2 CEDH, sin embargo el TEDH concluyó que la inexistencia de leyes internas que protejan al *nasciturus* no comportaba la violación del art.2 CEDH.

y la salud de la mujer en esa etapa, del 'derecho a la vida' del feto” (TEDH, 2004, párr.75). Así, el TEDH concluyó que, hasta aquel momento, la jurisprudencia no había reconocido al no nato como “persona” bajo la protección del art.2 CEDH y veía, en un eventual “derecho a nacer” del feto, un límite implícito derivado de los derechos e intereses de la gestante, los cuales tampoco serían considerados absolutos frente al *nasciturus* (TEDH, 2004, párr.80).

- *Caso Evans vs. Reino Unido*⁸⁹: Aquí, el TEDH concluyó que el concepto de vida privada está constituido, entre otros aspectos, por la identidad física y social del individuo, la cual incluye el derecho a la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior, lo cual incorpora “el derecho al respeto hacia ambas decisiones, de ser o no ser progenitor” (TEDH, 2007, párr.71). El dilema central de este caso estaba relacionado al conflicto entre el deseo de una mujer estéril de tener hijos mediante un procedimiento de fecundación *in vitro* y la negación por parte de la ex pareja a la utilización de los óvulos fecundados en el pasado. El TEDH, finalmente, dio la razón a la ex pareja de la peticionaria, pues encontró que existía una “dificultad en comparar entre el efecto sobre J. [la ex pareja] de ser forzado a convertirse en padre del hijo de la peticionaria y el efecto sobre la peticionaria de vérsela negada la posibilidad de tener descendencia genéticamente relacionada [a sí misma]” (TEDH, 2007, párr.80). Por lo tanto, el TEDH evaluó si la legislación interna de Reino Unido había logrado un equilibrio justo entre los intereses opuestos de Evans y su ex pareja al denegar la petición de la mujer, sobretodo en cuanto al consentimiento para la utilización de los embriones congelados y a la eventual obligación de ser o no ser padres. Fue así que, el TEDH concluyó que al deseo de ser madre biológica de Evans no se le debía otorgar “mayor peso que al derecho de J. a respetar su decisión de no tener un hijo genéticamente relacionado con ella”, derecho que deriva directamente del concepto de respeto de la vida privada de J., a la luz del art.8 CEDH (TEDH, 2007, párr.90).

- *Caso A., B. y C. vs. Irlanda*⁹⁰: Es una de las sentencias más recientes del SEDH, en la que el TEDH se enfrentó a una legislación restrictiva que permitía, y permite hasta el día de hoy,

⁸⁹ *Supra*, nota 82. La señora Evans alegó la violación, por parte del Reino Unido, de los artículos 2, 8 y 14 de la CEDH, al no haber obtenido la autorización del Tribunal Superior para evitar la destrucción de seis embriones y continuar con el tratamiento de fecundación *in vitro* iniciado años atrás con su ex pareja, quien revocó el consentimiento para el uso de los óvulos fecundados, pese a la imposibilidad de la mujer de tener hijos biológicos a causa de un cáncer a los ovarios. El TEDH, finalmente, rechazó la petición de Evans sobre la base de la inexistencia de la titularidad de los embriones del derecho a la vida.

⁹⁰ En el *Caso A., B. y C. vs Irlanda*, se presentan tres situaciones distintas vinculadas a la imposibilidad de las tres peticionarias de acceder al aborto en Irlanda, por lo cual se vieron obligadas a viajar a Inglaterra para poder

el acceso al aborto únicamente en una situación de riesgo de vida de la gestante, a través de una interpretación de la Corte Suprema sobre el derecho a la vida en Irlanda, *ex art.40.3.3* de la Constitución. En cuanto al art.8 CEDH, en dicha sentencia el TEDH recordó que la noción de “vida privada” debe de considerarse como un concepto amplio que incluye, entre otros, el derecho a la autonomía personal y al libre desarrollo de la personalidad, puesto que concierne aspectos como “la identificación sexual, la orientación sexual y la vida sexual, (...), la integridad física y psicológica de una persona (...), así como ambas decisiones de tener y no tener hijos o de ser padres biológicos” (TEDH, 2010, párr.212).

Sin embargo, reconoció que, aunque cualquier legislación sobre el aborto toca la esfera de la vida privada de la mujer, el derecho de la misma al respeto de su vida privada “debe sopesarse frente a otros derechos y libertades contrapuestos, incluidos los del niño por nacer” (TEDH, 2010, párr.213), motivo por el cual no se puede considerar que el art.8 CEDH conceda un “derecho al aborto” (TEDH, 2010, párr.214). En lo específico, para el TEDH ni A. ni B. tenían argumentos fundamentalmente válidos para alegar una violación al derecho a la vida privada causado por la legislación irlandesa que niega el acceso al aborto “por salud o bienestar”. Según el TEDH, la ley irlandesa preveía una causal clara y específica para poder interrumpir el embarazo de manera legal sin interferir en la esfera privada de las gestantes, debido a que ésta realizaba un balance razonable entre dicho derecho y “los profundos valores morales del pueblo irlandés, en relación a la naturaleza de la vida y, como consecuencia, en relación a la necesidad de proteger la vida del no nacido” (TEDH, 2010, párr.230). Además, consideró tal norma otorgaba “una opción”, es decir una protección suficiente a la salud y al bienestar de las gestantes al permitir que las mismas realicen viajes al exterior para poder

llevar a cabo la interrupción de sus embarazos. En el caso de A., las dificultades económicas y precedentes cuadros de depresión durante sus embarazos anteriores, la llevaron a tomar la decisión de abortar, sin embargo tales circunstancias no podían ser consideradas válidas para un aborto legal, motivo por el que tuvo que afrontar gastos mayores a sus posibilidades económicas para abortar en Reino Unido. En el caso de B., también se dio un embarazo “no deseado”, no obstante B. haya hecho uso de la píldora del día siguiente, por lo que viajó a Reino Unido, afrontando gastos excesivos y sufriendo posteriormente pérdidas de sangre que no pudo tratar en algún centro de salud por temor a las leyes irlandesas que lo prohibían. Por último, en el caso de C., la falta de implementación de mecanismos para el aborto en situación de riesgo de vida de la gestante volvía inaccesible el servicio de salud, por lo que alegó la violación al derecho a la vida, *ex art.2* CEDH, al padecer una rara forma de cáncer que podía agravarse con el embarazo. Ante el SEDH. las peticionarias alegaron que Irlanda no implementó la ley de aborto existente, la cual solo autoriza el aborto por riesgo de vida de la gestante, y que la ley era restrictiva como tal. En su decisión, el TEDH no consideró que la ley sobre el aborto de Irlanda violara la CEDH, sin embargo, sostuvo que en las circunstancias en las que el aborto es legal, no había sido aprobada la legislación pertinente ni se había establecido un procedimiento efectivo y accesible para la interrupción legal del embarazo. Por tal motivo, el TEDH determinó que Irlanda había violado el artículo 8 de la CEDH, solo con respecto a C., es decir el derecho a respetar la vida privada, así ordenó a Irlanda el establecimiento de un marco legislativo que implementara la ley sobre el aborto y la adopción de medidas y procedimientos que garanticen el acceso al servicio de aborto legal (Centro de Derechos Reproductivos, s.f., p.1).

acceder a la interrupción del embarazo, al permitir el acceso a información sobre el aborto y al proporcionar el acceso a curas médicas generales (TEDH, 2010, párr.239).

Para llegar a tal conclusión, el TEDH consideró que, en la ponderación de los derechos en cuestión, existió un margen de apreciación “apropiado” que tuvo en cuenta una eventual violación de las obligaciones internacionales de Irlanda por la adopción de la ley sobre el aborto, la cual podía interferir con la esfera privada de las gestantes. Las circunstancias tomadas en cuenta por la legislación de Irlanda, entonces, se consideraron legítimas al estar basadas sobre profundos valores morales y éticos de la sociedad irlandesa que, no obstante fuesen contrarios al amplio consenso de los Estados Miembros del CdE, los cuales tienen legislaciones en su mayoría a favor del aborto, para el TEDH validaban la legislación restrictiva debido al amplio margen de apreciación con el que cuentan los Estados en casos como el del aborto (TEDH, 2010, párr.231-236), descartando una incompatibilidad de la norma con la CEDH.

Según la jurisprudencia del SEDH, el margen de apreciación permitido a los Estados se puede restringir en caso de que algún aspecto de la identidad de un individuo esté en juego o si existe un consenso entre los Estados Miembros del CdE sobre el tema en cuestión (TEDH, 2010, párr. 232-234). Sin embargo, en el caso específico de A. y B., el TEDH consideró que los valores morales y éticos existentes en Irlanda sobre el tema del aborto podían limitar el peso de un amplio consenso:

This consensus cannot be a decisive factor in the Court’s examination of whether the impugned prohibition on abortion in Ireland for health and well-being reasons struck a fair balance between the conflicting rights and interests, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention (2010, párr.237).

La decisión del TEDH provocó una serie de opiniones disidentes, entre las cuales las de los jueces Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni and Poalelungi, quienes expresaron su opinión contraria al establecimiento de una inexistente violación del art.8 CEDH, en relación a las peticionarias A. y B.. En efecto, consideraron que la imposibilidad de acceder a un aborto por situación de salud o bienestar (“health or well-being reasons”), como fue alegado por las peticionarias, y el consecuente viaje a Inglaterra para realizar la interrupción del embarazo no fueron abordados por el TEDH como factores que causaron una injerencia injustificada en la esfera privada de ambas mujeres, vulnerando así su derecho al respeto a la vida privada, *ex art.8 CEDH* (TEDH, 2010, pág.86 – párr8).

Adicionalmente a ello, los jueces disidentes recalcaron el hecho de que era la primera vez que el TEDH no tomaba en consideración la existencia de un amplio consenso a favor del acceso al aborto en la mayoría de los Estados del CdE, más aún sobre la base de “profundas opiniones morales”, dejando así un margen de apreciación excesivamente amplio al Estado de Irlanda. Para los jueces disidentes, el hecho que el TEDH haya decidido hacer prevalecer puntos de vista morales sobre un reconocido consenso a nivel europeo hace que la jurisprudencia tienda hacia “una dirección completamente diferente, una nueva y peligrosa salida” del TEDH, que por primera vez distingue las diversas creencias existentes y valida aquellas morales a diferencia de cualquier otra con el fin de otorgar la legitimidad al margen de apreciación en una situación en la que existe consenso del CdE, por lo que no debía proceder al reconocimiento del margen de apreciación de Irlanda (TEDH, 2010, pág.86 – párr9). Es así que, con base en el análisis desarrollado por los jueces disidentes sobre el juicio de ponderación del TEDH, que llevó a la decisión del caso, los mismos consideran que sí existió una violación del art.8 CEDH con respecto a las peticionarias A. y B. (TEDH, 2010, pág.87 – párr11).

Por otro lado, en cuanto a la situación de C., el TEDH reconoció que la falta de implementación de la norma y la sentencia que reconocían como causal para la interrupción del embarazo el riesgo de vida de la gestante, constituía un claro impedimento al acceso al aborto y, por ende, una violación a la obligación del Estado de proteger y permitir el efectivo goce del derecho al respeto a la vida privada, lo cual incluye el derecho a la integridad física y psicológica, a la luz del art.8 CEDH (TEDH, 2010, párr.264-268).

En conclusión, el TEDH estableció la necesidad de encontrar un justo equilibrio entre los derechos en oposición, pero lo vinculó a la posibilidad de otorgar un amplio margen de apreciación que podía basarse en factores variables entre Estado y Estado, y de difícil estimación, como pueden ser los “profundos valores morales y éticos” de un pueblo.

Una decisión como la del *Caso A., B. y C. vs. Irlanda*, con respecto a las primeras dos peticionarias, puede además llegar a tener un impacto realmente discriminatorio en relación a las posibilidades económicas de las cuales dependería la oportunidad de viajar fuera del territorio de un Estado con una ley sobre el aborto altamente restrictiva para poder interrumpir un embarazo que ponga en riesgo la salud o el bienestar de la gestante. Admitir que los valores morales de un Estado pueden exceptuarlo de seguir una línea consensual mayoritaria en un sistema regional de derechos humanos equivale a proporcionar una justificación a leyes

que podría ser profundamente arbitraria en relación a determinados derechos fundamentales, anulando así la universalidad y la igualdad que los caracterizan.

En términos generales, en el SEDH ha existido una tendencia hacia el reconocimiento de la necesidad de hacer efectivo el acceso al aborto, incluso en aquellos casos que podríamos considerar sin restricciones, sobre la base de una ponderación entre los derechos en juego de la gestante, entre los cuales se encuentra el derecho al respeto la vida privada, y la protección del no nato, a quien no se le ha reconocido, hasta la fecha, como titular del derecho a la vida.

Es notable el reconocimiento de una desproporción entre el deseo de convertirse en progenitor y la obligación a serlo, evidente en el *Caso Evans vs. Reino Unido*, en el cual el TEDH llegó a establecer una preponderancia en el derecho a no ser padre, y por lo tanto tampoco madre, de un embrión genéticamente vinculado a sí mismo, a la luz del derecho al respeto de la vida privada.

Se podría afirmar, en conclusión, que dicha tendencia encuentra un punto opuesto en lo establecido en la sentencia del *Caso A.,B. y C. vs. Irlanda*, sin duda a causa del hecho que el TEDH estaba analizando la eventual responsabilidad internacional de uno de los pocos Estados del CdE con una legislación restrictiva en relación al aborto. Es criticable la argumentación realizada por el TEDH con el fin de justificar la legislación restrictiva de Irlanda sobre el aborto, al haber dado un mayor peso a valores morales y éticos frente a un consenso bastante amplio a favor del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo de la gran mayoría de Estados del CdE, es decir evadiendo un principio desarrollado en su propia jurisprudencia, en base al cual no se debería otorgar algún margen de apreciación a los Estados en presencia de amplios consensos.

- *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*⁹¹: En cuanto al SIDH, brevemente se recuerda que en este caso relacionado a un eventual conflicto entre los derechos de la gestante y el derecho a la vida del *nasciturus*, la Corte IDH realizó un análisis interpretativo de la jurisprudencia nacional e internacional para determinar el alcance de la expresión “en general, desde la concepción” del art.4.1 CADH. Así, reconoció la existencia de un interés legítimo de

⁹¹ *Supra* nota 74. En el año 2000, la Corte Suprema de Costa Rica anuló por inconstitucionalidad el decreto de 1995 que permitía la fecundación *in vitro*, al considerar que tal intervención era violatoria del derecho a la vida del no nacido; conclusión a la que llegó interpretando de manera restrictiva la protección del derecho a la vida “desde el momento de la concepción”, enunciada en el art. 4.1 CADH. Así, Artavia Murillo y los otros peticionarios acudieron al SIDH al haber quedado imposibilitados de continuar y finalizar el proceso de fecundación *in vitro* iniciado antes de sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica. La Corte IDH consideró violados los de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la CADH.

protección de la vida prenatal, el cual se debe de diferenciar de la titularidad del derecho a la vida, y establece que, por último, “todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre” (Corte IDH, 2012, párr.260). En suma, lo que la Corte IDH determinó fue el momento a partir del cual inicia la protección del no nato, es decir desde la implantación del óvulo fecundado en el útero, adicionalmente al reconocimiento de que dicha protección no es absoluta y puede ser limitada a favor de otros derechos fundamentales.

Como se mencionó anteriormente, en dicha ocasión, la Corte IDH realizó un juicio de ponderación entre los derechos de los peticionarios y el derecho a la vida del embrión, analizando el grado de afectación de uno de los derechos en contraposición a la importancia de la satisfacción del otro, y la eventual justificación de la restricción de un derecho que representaría la satisfacción del bien contrario. Para la ponderación realizada se tomó en cuenta la severidad del impacto desproporcionado de la medida restrictiva en los derechos involucrados, en relación a la discapacidad, al género y a la situación socioeconómica de los peticionarios. Para los fines establecidos de la presente tesis, se tomarán en cuenta la severidad del impacto desproporcionado y la severidad de dicha interferencia relacionada al género.

En primer lugar, sobre la severidad de la limitación del derecho a la vida privada y familiar, estrechamente vinculado a la autonomía personal y a los derechos reproductivos, la Corte IDH afirmó que prohibir la fecundación *in vitro* causó un impacto en la intimidad de los peticionarios, al dejar como única alternativa para acceder al tratamiento médico requerido el tener que realizar un viaje al extranjero, lo cual se tradujo en un excesivo peso económico, además de una afectación a la disponibilidad temporal de los peticionarios y un estrés causado por el tener que revelar aspectos de su intimidad en el ámbito laboral, afectando también su entorno familiar y social (Corte IDH, 2012, párr.279). En cuanto a la autonomía personal y a los derechos reproductivos de los peticionarios, para la Corte IDH la prohibición del acceso a la fecundación *in vitro* tuvo un profundo impacto en el proyecto de vida de las parejas, al ser éste un tratamiento considerado como último recurso para formar una familia biológica (2012, párr.281), lo cual interfirió también en su integridad psicológica al frustrar la libertad reproductiva deseada (2012, párr.282).

En segundo lugar, la Corte IDH analizó la severidad de la interferencia, entendida como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado, con respecto a

la discapacidad, al género y a la situación económica, considerando que las diferencias arbitrarias que “redundan en detrimento de los derechos humanos” constituyen discriminación, a la luz de la CADH (2012, párr.285). Lo anterior, vinculado al hecho que existe un principio de derecho imperativo que establece la protección igualitaria y efectiva de la ley, el cual se transforma en un deber de los Estados de “abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos” (Corte IDH, 2012, párr.286). Dicho concepto de discriminación se entiende como la consecuencia negativa en una persona o en un grupo de personas con características determinadas, la cual deriva de una norma “aparentemente neutra”. Al no tener la intención específica de efectuar una discriminación, no obstante la provoque consecuentemente, procede la inversión de la carga de prueba de la efectiva no discriminación hacia los Estados (Corte IDH, 2012, párr.286).

En cuanto al género, para la Corte IDH la medida en cuestión, es decir la prohibición de la fecundación *in vitro*, impactaba de manera desproporcionada sobre los peticionarios por la existencia de estereotipos y de prejuicios en la sociedad sobre la maternidad y paternidad (2012, párr.294). Más aún, reconoció el fuerte vínculo social de la condición de mujer con la capacidad reproductiva, estereotipo que perjudica a las gestantes de manera discriminatoria, en caso de que se considere la prevalencia de la protección del feto sobre la salud de la mujer, tal y como fue afirmado por el Comité CEDAW en el *Caso L.C. vs. Perú* (Corte IDH, 2012, párr.297). A todo ello, la Corte IDH consideró que, no obstante la prohibición de la fecundación *in vitro* no señalara si ésta iba dirigida al género femenino o masculino, la medida ocasionaba un impacto diferenciado y desproporcionado sobre las mujeres, puesto que es en el cuerpo de ellas en donde se concretizan las intervenciones (2010, párr.299-300).

Fue así que la Corte IDH concluyó que:

Una ponderación entre la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso y la importancia de la protección del embrión, permite afirmar que la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia es severa y supone una violación de dichos derechos, pues dichos derechos son anulados en la práctica para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica (Corte IDH,

2012, párr.314). En contraste, el impacto en la protección del embrión es muy leve, dado que la pérdida embrionaria se presenta tanto en la FIV como en el embarazo natural [...] (Corte IDH, 2012, párr.315).

Por ende, la Corte IDH sostuvo que el no haber ponderado ni considerado todos los derechos en conflicto, causó una injerencia arbitraria y excesiva en la vida privada y familiar de los peticionarios, la cual fue desproporcionada con respecto a la medida de protección de la vida del no nacido aplicada por Costa Rica (Corte IDH, 2012, párr.316)

- *Caso I.V. vs. Bolivia*⁹²: En una sentencia más reciente, la Corte IDH realizó un análisis sobre la eventual violación del principio de igualdad y no discriminación, entre otros principios y derechos, a través de un juicio de proporcionalidad en estricto sentido de los derechos en conflicto. Así, estableció tres criterios diferenciadores, protegidos por el art. 1.1 CADH, que en caso de corresponder con el criterio de una medida específica, serían considerados como indicadores de una posible arbitrariedad del Estado. Tales criterios diferenciadores, no excluyentes ni taxativos, son: “i) rasgos permanentes de las personas, de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales” (Corte IDH, 2016, párr.240).

Sin embargo, para la Corte IDH tales criterios diferenciadores pueden presentar diversos grados de intensidad, según las motivaciones de la diferencia de trato que aplicaría la medida concreta; por lo tanto, para evaluar una eventual discriminación en el caso, se realizó un escrutinio estricto con el fin de establecer si el trato diferenciado era imprescindible para realizar un objetivo acorde a la CADH. A propósito:

La Corte considera que los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que

⁹² El caso se refiere a la señora I.V., mujer indígena de nacionalidad peruana, refugiada en Bolivia y de bajos recursos económicos, víctima de una esterilización forzada realizada en el Hospital de la Mujer de La Paz, hecho cometido sucesivamente al parto y sin consentimiento informado de la víctima. La Corte IDH consideró responsable internacionalmente al Estado de Bolivia por la violación de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familiar, al derecho a acceder a la información y a fundar una familia, ex art. 5.1, 7.1, 11.1, 11.2., 13.1 y 17.2 CADH, en relación al art. 1.1 CADH, así como por incumplir los art. 7.a) y 7.b) de la Convención Belem do Pará, obligaciones de respetar y garantizar los derechos de I.V. y de no discriminar. Por último, la Corte IDH halló responsable al Estado de Bolivia por la violación a las garantías judiciales y a la protección judicial, ex art. 8.1 y 25.1 CADH.

incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso (Corte IDH, 2016, párr.241).

En efecto, la Corte IDH evaluó la idoneidad de la medida diferenciadora, analizando si ésta i) perseguía un fin legítimo en el marco de la CADH e imperioso; ii) era adecuada y efectivamente conducente; iii) era necesaria, es decir irremplazable por otro medio menos lesivo; y, por último, iv) era proporcional en sentido estricto, con el fin de que “los beneficios de adoptar la medida enjuiciada [sean] claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma” (Corte IDH, 2016, párr.241).

Para la ponderación de los derechos en juego en el caso específico, la Corte consideró que la práctica de esterilización sin consentimiento afectaba de una manera más profunda a las mujeres, quienes han sido y siguen siendo víctimas de estereotipos negativos y perjudiciales a causa de su propio género, dado que son vistas como “el ente reproductivo por excelencia”, además de “incapaces de tomar tales decisiones [sobre su cuerpo y salud reproductiva]” (Corte IDH, 2016, párr.243). Por motivos de sexo y género, entonces, la Corte IDH consideró que debía operar la protección estricta del art.1.1 CADH, que “exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”⁹³ (Corte IDH, 2016, párr.244).

Así, la Corte IDH inició el análisis del caso de I.V. reconociendo que, aún siendo la esterilización no consentida una medida aplicada con el fin legítimo e imperioso de salvaguardar la salud y, eventualmente, la vida de la peticionaria, ante un riesgo de embarazo a futuro, la misma no era una medida estrictamente necesaria, al existir medidas “menos lesivas de su autonomía y libertad reproductiva e invasivas de su vida privada y familiar” (Corte IDH, 2016, párr.245). De la misma manera, para la Corte IDH la esterilización no consentida “anuló de forma discriminatoria el poder decisorio de I.V. y su autonomía”, además de confirmar el estereotipo de incapacidad de una mujer de decidir sobre su cuerpo, al haberse buscado la autorización del cónyuge y no de la misma paciente. Por tales razones, el Estado boliviano negó a I.V. la posibilidad de decidir libremente y de manera informada sobre

⁹³ Cfr. Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, supra, párr. 257, y *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, supra, párr. 125.

su cuerpo, su libertad reproductiva y su proyecto de vida, ante lo cual se efectuó una “interferencia abusiva sobre su vida privada y familiar, motivada por el ánimo de evitar un daño a su salud en el futuro, sin consideración de su propia voluntad y con consecuencias graves en su integridad personal por el hecho de ser mujer” (Corte IDH, 2016, párr.246).

Al no superar el tercer criterio de evaluación, la Corte IDH no analizó la proporcionalidad en sentido estricto de la medida para relevar su idoneidad, considerándola ya innecesaria para perseguir el fin de protección de la salud y de la vida de la peticionaria, puesto que existían otras alternativas menos lesivas para obtener el mismo resultado. De tal manera, el criterio de proporcionalidad en estricto sentido quedó únicamente mencionado como principio que demostraría un beneficio mayor en la aplicación de la medida, con respecto a las limitaciones que conlleva sobre otros derechos.

En la tercera y última parte de este capítulo final, se realizará una tentativa de ponderación entre los derechos en juego ante la negación del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, con el fin de poder reconocer la eventual idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida frente a los derechos a la vida privada y a la libertad sexual y reproductiva de la gestante. Por último, en base al resultado obtenido a través del ejercicio de ponderación, se podrá afirmar o negar una injerencia arbitraria por parte de los Estados en la vida privada de la mujer.

3. EL JUICIO DE PONDERACIÓN ENTRE LOS DERECHOS DE LA GESTANTE Y DEL NASCITURUS Y LA CONSECUENTE INJERENCIA DEL ESTADO EN LA VIDA PRIVADA DE LA MUJER

En la última parte del capítulo se buscará dar respuesta a dos preguntas, que se detallarán a continuación, las cuales se han ido generando a lo largo de los capítulos anteriores. Después de analizar los derechos en juego y de tener un punto de vista claro sobre el juicio de ponderación y el tipo de razonamiento realizado sobre el tema del aborto en la jurisprudencia internacional, el objetivo de esta parte final es el de realizar un ejercicio de ponderación entre los derechos en conflicto en una situación de interrupción voluntaria del embarazo sin restricciones, para así poder establecer si, efectivamente, la negación del acceso al aborto sin

restricciones es una medida adecuada y, por último, si se da o no una injerencia por parte de los Estados en la esfera de la vida privada de la gestante.

La primera pregunta, para alcanzar el objetivo planteado, podría ser presentada de la siguiente manera: ¿La protección del derecho a la vida del no nacido, a través de la negación del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo sin restricciones, justifica la afectación del derecho a la vida privada y a la libertad sexual y reproductiva de la gestante?

A partir de los resultados obtenidos desde dicha cuestión, se podrá responder al segundo interrogante: ¿Existiría, entonces, una injerencia arbitraria por parte de un Estado en la vida privada de una mujer, como consecuencia de la prohibición del acceso al aborto sin restricciones?

El objetivo, entonces, de esta parte final y de la tesis en general es determinar si, pese al sacrificio de una serie de derechos de la gestante, lo cual produce daños graves y severos en la esfera personal de la mujer, se justifica la medida de negación del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo sin restricciones, con el fin de proteger el derecho a la vida del *nasciturus*.

La situación, como ya se ha explicado anteriormente, se origina a partir del choque entre los derechos del no nacido y de la mujer en estado de embarazo, ante la solicitud de esta última de acceder a la interrupción voluntaria de la gestación. Es a este punto que cada Estado debe hallar una solución al conflicto de derechos según los intereses que crea conveniente proteger, en relación a su normatividad interna y, asimismo, de acuerdo a sus obligaciones internacionales. Por tal motivo, los Estados deberían realizar una ponderación previa a la adopción de cualquier medida que pueda restringir el goce de derechos de un sujeto, para garantizar la tutela de aquellos que se encuentran en oposición. A través del juicio de ponderación estricto, al tratarse de una categoría sospechosa de discriminación, entre ciertos derechos en conflicto es que los Estados pueden establecer si la adopción de medidas restrictivas, tal y como sería la prohibición del aborto sin restricciones, sería o no justificada ante la necesidad de proteger uno o más derechos humanos.

El juicio de ponderación resulta ser el punto de mayor importancia de la presente tesis, en donde irán a confluir las afirmaciones, análisis y conclusiones obtenidas a lo largo del trabajo desarrollado. Por esta razón, se realizará la ponderación complementando los dos esquemas explicados previamente, el esquema teórico de Alexy, R. y el práctico desarrollado por la

Corte IDH, en especial en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* y en el *Caso I.V. vs. Bolivia*.

Para comenzar, vale la pena recordar que, si por un lado Alexy, R. estableció tres criterios para la ponderación de derechos, los cuales son la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, la Corte IDH reconoció cuatro criterios, es decir el fin legítimo, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad estricta de la medida a evaluar. Sin embargo, las características de la medida individual que se deben analizar, aunque diferentes en número, son similares en contenido.

En general, es importante aclarar que la Corte IDH ha adelantado el escrutinio estricto de proporcionalidad en distintos casos, entre los cuales se encuentran el *Caso Kimel vs. Argentina* y el *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. En dichas ocasiones, la Corte IDH analizó la proporcionalidad en estricto sentido de las medidas adoptadas por los Estados, ambas en contraposición a la libertad de expresión de los peticionarios, argumentados sus sentencias sobre la base de la teoría de Alexy, R.

Por tal motivo se rescatará el razonamiento desarrollado por la Corte IDH frente a distintos derechos en colisión de manera paralela a la teoría de Alexy, R., en la cual se encuentra una explicación más detallada del procedimiento a realizar, es decir se analizarán el esquema teórico y el práctico, siguiendo en ambos el orden excluyente de la demostración de cada criterio para poder continuar con el análisis del sucesivo, lo cual es requisito esencial del estudio de la proporcionalidad de la medida.

El primer criterio para establecer si una medida es proporcional es la revisión del fin legítimo de la misma, presente solo en las sentencias de la Corte IDH, a diferencia de la teoría de Alexy, R.. Así, como mencionado en la sentencia del *Caso I.V. vs. Bolivia*, para la Corte IDH se debe constatar la existencia de un fin legítimo de la medida, es decir que ésta debe de alcanzar un efecto legítimo e imperioso en el marco CADH (2016, párr.214). En el presente caso, siendo el objetivo de la prohibición del acceso al aborto sin restricciones la protección del derecho a la vida del no nato, se puede concluir sencillamente que la medida cumple con dicho fin. En efecto, en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte IDH ha reconocido que el derecho a la vida del no nato, *ex art. 4.1 CADH*, debe de ser protegido a partir del momento de la concepción, es decir de la implantación del óvulo fecundado en el útero de la gestante (Corte IDH, 2012, párr. 264). Por otro lado, en el mismo caso, la Corte

IDH retomó la sentencia del TEDH *Vo vs. Francia*, en el cual el Tribunal admitió el deber de los Estados de proteger el derecho a la vida del *nasciturus*, sobretodo, en nombre de la dignidad humana (TEDH, 2004, párr. 84, en Corte IDH, 2012, párr. 247).

Superado el escrutinio del primer requisito para la ponderación de los derechos en conflicto, es posible continuar con el segundo criterio de la Corte IDH: la idoneidad de la medida para cumplir con la protección de uno o más derechos. Es decir que, el mecanismo a adoptarse debe de tener la capacidad de alcanzar el objetivo planteado, que en el presente caso sería la tutela del derecho a la vida del concebido. Es así que, en cuanto a la negación del acceso al aborto sin restricciones, tal medida cumple satisfactoriamente con el fin propuesto de proteger el derecho a la vida, motivo por el cual, siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH, se puede considerar satisfecho el segundo criterio de ponderación.

Paralelamente, Alexy, R. estableció que el primer criterio a revisar debe ser el de la adecuación de la medida, según el cual se debe de excluir cualquier mecanismo que, al sacrificar uno o más derechos, no sea capaz de promover o proteger el derecho en oposición (Alexy, R., 2009, p.8). Una vez más, la negación de la interrupción voluntaria del embarazo sin restricciones es una medida que, al ser aplicada, consigue plenamente el objetivo de preservar la vida del no nato.

Al haber superado el control del segundo requisito del test de ponderación, según la Corte IDH, se puede proceder a la revisión del tercero, es decir la necesidad de la medida, el cual corresponde al segundo criterio del juicio de Alexy, R.. Mientras que dicho autor consideró como necesidad el uso de aquellos medios que, al proteger o promover un derecho, interfieran de la menor manera posible en el o los derechos que se encuentren en conflicto con el primero (Alexy, R., 2009, p.8), la Corte IDH estableció que la necesidad que caracteriza una medida corresponde al hecho de que “no pueda ser reemplazada por un medio alternativo menos lesivo” (Corte IDH, 2016, párr.241).

En efecto, la prohibición del acceso al aborto es la única medida que, al ser aplicada, cumple con el fin de salvaguardar la vida del concebido, sin embargo, siguiendo la teoría de Alexy, R., parecería más complicado afirmar la satisfacción del requisito de necesidad, ya que los derechos de la gestante se ven profundamente perjudicados ante la negación del acceso al aborto sin restricciones. Aún así, Villaverde M. (1978) aclaró que la exigencia del requisito de necesidad como “intervención mínima posible” está imprescindiblemente vinculada a la

inexistencia de cualquier otro mecanismo que sea menos oneroso para alcanzar el fin propuesto (Orozco, V., 2003, p.31).

Por lo anterior, al ser la sola medida capaz de proteger el derecho a la vida del *nasciturus*, se puede considerar satisfecho el requisito de necesidad y, así, continuar hacia la parte final del juicio de ponderación, el escrutinio estricto de proporcionalidad de la negación del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.

En cuanto al test de proporcionalidad en sentido estricto, la Corte IDH aclaró que éste comporta la determinación de la existencia de beneficios claramente superiores obtenidos a través de la medida en consideración, con respecto a las restricciones y afectaciones provocadas a los derechos en contraste (Corte IDH, 2016, párr.241). Sin embargo, cuando realizó dicha definición, en el *Caso I.V. vs. Bolivia*, la Corte IDH no llegó a analizar la proporcionalidad del caso en concreto, debido a la existencia de medidas alternativas menos lesivas en relación a los derechos de la peticionaria.

Por otro lado, en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* del 2012, la Corte IDH realizó un test de proporcionalidad evaluando la severidad del impacto desproporcionado de la medida restrictiva en los derechos involucrados en relación a la discapacidad, al género y a la situación socioeconómica de los peticionarios. Así, la Corte IDH concluyó que la medida de la Corte Suprema de Costa Rica representaba una barrera desproporcionada para acceder a la reproducción, sobre la base de la imposibilidad física de los peticionarios de tener hijos biológicos, el impacto desproporcionado causado a las mujeres, por la presencia de numerosos estereotipos de género vinculados a la reproducción y a la maternidad, y las dificultades económicas relacionadas a la realización de la fecundación *in vitro* en el extranjero.

Como se ha mencionado anteriormente, la Corte IDH realizó el escrutinio estricto de proporcionalidad en algunos casos relacionados a la libertad de expresión, como el *Caso Kimel vs. Argentina*⁹⁴, en donde afirmó que el análisis de la proporcionalidad de la medida tiene como objetivo establecer “si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación” (2008, párr.83). Asimismo, afirmó que se debe corroborar dicho objetivo a través del análisis de “i) el grado de afectación de uno de los

⁹⁴ El escrutinio estricto de la proporcionalidad en dicho caso se desarrolla en los párrafos del 83 al 94.

bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro” (2009, párr.80), como indicado en el *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*⁹⁵, de modo que la restricción logre una importante satisfacción de uno de los derechos en juego, sin hacer inexistente el derecho en oposición (2009, párr.80).

En ambos casos, la Corte IDH siguió el esquema teorizado por Alexy R., según el cual existen tres presupuestos que la medida debe de cumplir: i) la constatación del grado de incumplimiento o de perjuicio de un principio, ii) la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario, iii) la determinación de una eventual justificación del incumplimiento o perjuicio de un principio, a favor de la realización del principio opuesto (Alexy, R., 2009, p.9).

Es importante recalcar que el objetivo de la proporcionalidad, así como de la ponderación en general, no es declarar la invalidez de un principio, derecho, medida o norma, más bien es el de encontrar en casos concretos una solución a un conflicto puntual entre los intereses en cuestión, a través del establecimiento de una prevalencia entre los mismos (Villanueva, R., 2006, p.407). Sin embargo, de no ser superado el test de proporcionalidad porque el sacrificio resulta ser excesivo, la medida tendrá que ser considerada inadmisibles, aún así satisfaga los demás criterios del juicio de proporcionalidad (Orozco, V., 2003, p.32). Efectivamente, en su jurisprudencia, la Corte IDH menciona la importancia de cumplir con todos los requisitos en el orden indicado, de lo contrario el análisis de la medida se vería interrumpido, “razón por la cual no [sería] necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias” del caso en particular (Corte IDH, 2012, párr.273).

Siguiendo el esquema desarrollado por Alexy, R. y retomado por la Corte IDH, el primer punto para el examen de la proporcionalidad estricta se resuelve en la constatación del grado de perjuicio del derecho a la vida privada y el derecho a la libertad sexual y reproductiva de la gestante, lo cual se demuestra a través de la existencia de una imposibilidad de ejercer esos mismos derechos, al verse obligada a continuar con un embarazo que, en realidad, desearía interrumpir. Efectivamente, la negación del acceso al aborto sin restricciones representa un límite al libre ejercicio del derecho a la vida privada, en cuanto impide realizar una decisión libre sobre lo que acontece dentro de su esfera personal, así como niega la libertad y los derechos sexuales y reproductivos de la gestante, en especial por la incapacidad que

⁹⁵ *Idem*, párrafos del 80 al 88.

representa de elegir si ser o no ser madre, el momento en el cual ser madre, el espaciamiento entre los hijos y la pareja sexual con quien tenerlos. A propósito, en el *Caso I.V. vs. Bolivia*, la Corte IDH estableció que todas las elecciones sobre la maternidad “forman parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Por consiguiente, la decisión de ser o no ser madre o padre pertenece a la esfera de las decisiones autónomas de los individuos respecto a su vida privada y familiar” (2016, párr.152), mientras que en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, afirmó que “la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres (...), la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada” (2012, párr.143). En consecuencia, la negación del acceso al aborto sin restricciones causa una afectación grave a los derechos de la gestante a la vida privada y a la libertad sexual y reproductiva, a partir del momento en que impide su libre y pleno ejercicio.

En segundo lugar, se debe de comprobar la importancia de la realización del derecho en oposición que, en este caso, sería el derecho a la vida del no nato. Efectivamente, la protección del derecho a la vida es uno de los deberes internacionales de los Estados, para garantizar el goce del mismo y, de consecuencia, el de los demás derechos humanos. La importancia de la realización del derecho a la vida y de su protección ha sido reconocida ampliamente por los tribunales nacionales e internacionales: en efecto, desde su primera sentencia, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, la Corte IDH reiteró el deber de los Estados de “garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción la inviolabilidad de la vida y el derecho a no ser privado de ella arbitrariamente, lo cual implica la prevención razonable de situaciones que puedan redundar en la supresión de ese derecho” (Corte IDH, 1988, párr.188); de igual manera, el TEDH ha reiterado el mismo razonamiento en relación al art.2 CEDH, el cual persiste hasta una de sus más recientes sentencias, el *Caso Mazepa y otros vs. Rusia*, en donde también recordó que dicho deber estatal incluye la protección del derecho a la vida de ataques intencionales provenientes de los Estados mismos y de terceros, además de ser “un deber de medios y no de resultado” (TEDH, 2018, párr.74).

Sobre la base del reconocimiento del deber de los Estados de proteger el derecho a la vida en ambos sistemas, SIDH y SEDH, se puede concluir que el criterio relacionado a la importancia de la realización del derecho se cumple de manera satisfactoria, por lo tanto el análisis puede avanzar hacia el tercer punto.

En cuanto al último criterio para determinar la eventual proporcionalidad de la medida, se requiere comprobar la existencia de una justificación para la restricción de un derecho a favor

de la realización del derecho en oposición. Para ello, es de gran utilidad el razonamiento desarrollado por la Corte IDH en la sentencia del *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, en donde se evaluaron la severidad del impacto desproporcionado de la medida restrictiva en los derechos involucrados, en relación a la discapacidad, al género y a la situación socioeconómica de los peticionarios.

El caso de la negación del acceso al aborto sin restricciones, en general, no permitiría un análisis específico de ciertas características, como podrían ser las condiciones sociales o económicas de las víctimas individualmente. No obstante, lo que sería posible es el desarrollo del test estricto de proporcionalidad basado sobre el amplio impacto que la medida causaría en las gestantes y, en particular, las afectaciones que se dan en ellas por motivos de género.

Prohibir el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, con el fin de proteger la vida del *nasciturus*, causa una serie de perjuicios a las gestantes que solicitan el aborto sin restricciones que no pueden ser de ninguna manera evitados, siendo todas y únicamente ellas los sujetos biológicamente dotados de un aparato reproductor con la capacidad de albergar y permitir el desarrollo del feto. Efectivamente, la medida está dirigida a un grupo de personas con características específicas vinculadas única y exclusivamente a su capacidad reproductiva, lo cual provoca, como consecuencia, una serie de afectaciones que repercuten solo sobre las mujeres, por el hecho de ser mujeres, por lo tanto esto representaría un caso de discriminación directa por género. No obstante la medida no sea creada con la intención de discriminar puntualmente a las gestantes como grupo de personas, sino de proteger la vida del feto y permitir su nacimiento, la misma anula totalmente el derecho de decidir de la mujer sobre la eventual interrupción de su embarazo y sobre el curso de su propia existencia, obligándola a continuar con el proceso de gestación que la lleva a ser madre e interfiriendo gravemente en la esfera personal de su vida privada.

La negación del acceso al aborto sin restricciones, es decir basado únicamente sobre la decisión de la gestante, conlleva un gran número de consecuencias en la vida de la mujer, que van desde lo legal, hasta lo físico, lo psicológico, lo social y lo económico, entre otras. En primer lugar, desde el punto de vista jurídico, ya se ha demostrado que la negación del acceso al aborto atenta contra los derechos de la mujer, sobretodo privándola de ejercerlos libremente y de la posibilidad de elegir sobre su cuerpo y su propia vida.

Una medida prohibitiva del acceso al aborto sin restricciones termina por imposibilitar a las mujeres el ejercicio de sus derechos, entre los cuales están el derecho a la vida privada, el derecho a la libertad sexual y reproductiva y el derecho a la igualdad, todo sobre la base de una preponderancia dada *a priori* al derecho a la vida del no nato, bajo la visión del derecho a la vida como derecho absoluto.

Sin embargo, tanto en el SEDH como en el SIDH se ha reconocido que el derecho a la vida no goza de dicha característica, puesto que afirmarlo como tal sería contrario al fin y objetivo de la CEDH (Comisión EDH, 1980, párr.20), así como fue establecido en el *Caso Paton vs. Reino Unido*; adicionalmente, una visión de ese tipo negaría la existencia de derechos “que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado” (Corte IDH, 2012, 259), es decir de la CADH, tal y como fue afirmado en la sentencia del *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

Efectivamente, en esta última sentencia, la Corte IDH reconoció que, frente a un conflicto de derechos entre el *nasciturus* y la gestante, se debe buscar siempre un equilibrio en el ejercicio y en la protección de los derechos en juego, con el objetivo de que “todo intento por proteger dicho interés (derecho a la vida del feto) debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre” (Corte IDH, 2012, párr.260), lo cual va totalmente en armonía con el objetivo del juicio de ponderación y el escrutinio estricto de proporcionalidad.

Por otro lado, más allá de la imposibilidad de decidir libremente, negar el acceso al aborto conduce a una serie de cambios no deseados en la vida de una mujer, durante y después del embarazo. En efecto, siendo un proceso que va más allá del parto, la gestante no solo se ve obligada a llevarlo a término, sino a afrontar también todas las modificaciones físicas que su cuerpo soporta durante los nueve meses de gestación, en el momento del alumbramiento y en todo el período *post partum*. A ello, se suman una serie de complicaciones que se pueden generar a lo largo del embarazo, así como aquellas derivadas del nacimiento, sea por parto natural que cesáreo, lo cual incluye posibles intervenciones quirúrgicas aún más invasivas sobre el cuerpo de la mujer. Todas aquellas afectaciones físicas que derivan de un proceso de gestación, aunque temporales y de diverso grado en cada gestante, se transforman en un peso

significativo sobre su vida, lo cual genera también repercusiones desde el punto de vista psicológico.

En relación a tal punto, a causa de la imposición de la maternidad forzada, a la cual se da como única alternativa legal la adopción, que no siempre es deseada y aceptada por la gestante, la misma puede presentar una serie de afectaciones psicológicas por la incapacidad de realizar libremente las decisiones que toma sobre el curso de su vida y sobre su propio cuerpo, además de la presión que el llevar a término un embarazo no deseado representa en sí mismo y dentro del contexto de vida de cada mujer.

Según la Red Global Doctors for Choice - Colombia, “el embarazo no deseado ha demostrado ser uno de los principales factores de riesgo asociados al desarrollo de depresión durante el embarazo y el postparto y de menores niveles de bienestar psicológico durante el embarazo, el postparto y al largo plazo” (2011, p.9). A partir de los diversos estudios analizados para el informe “Embarazo no deseado, continuación forzada del embarazo y afectación de la salud mental” queda claro que, al continuar un embarazo no deseado, se verifica un aumento del riesgo de depresión, así como de ansiedad, en los períodos de gestación y post parto (2011, p.11), motivo por el cual se puede considerar como válida la afirmación según la cual la negación del acceso al aborto sin restricciones generaría una mayor incidencia de la afectación en la salud mental de las mujeres.

Asimismo, las afectaciones psicológicas que pueden enfrentar las mujeres al verse negado el acceso al aborto pueden alcanzar una mayor gravedad, tal y como fue demostrado en un estudio realizado sobre más de 6000 mujeres británicas que continuaron con una gestación no deseada: el estudio concluyó “una tendencia casi tres veces mayor a desarrollar conductas autolesivas en su vida futura, incluyendo el suicidio”, riesgo que aumenta a más del doble en aquellas gestantes a las que se les negó el acceso al aborto (Red Global Doctors for Choice – Colombia, 2011, p.13).

Las consecuencias generadas por la obligación de continuar con un embarazo no deseado, que deriva de la negación del acceso al aborto, pueden identificarse también en otros aspectos de la vida privada de las mujeres, tal y como son el ámbito laboral y escolar, la situación económica y el contexto social de las mismas. A propósito, las afectaciones físicas y psicológicas en las gestantes también pueden tener repercusiones en las actividades que realizan a diario, entre las cuales el estudio y el trabajo, que muchas veces se ven

interrumpidos por las dificultades y los impedimentos que conllevan tanto la gestación cuanto el período *post partum* y todo el arco temporal que incluye el crecimiento de los hijos mientras sean dependientes de la madre, lo cual puede extenderse hasta el cumplimiento de la mayoría de edad en relación a factores como el cuidado, lo educativo y lo económico, entre otros.

De la misma manera, los gastos que se deben cubrir durante el embarazo y después del nacimiento del niño o niña tienen un fuerte impacto en la economía familiar, en hogares donde el sustento de un hijo no está planeado o que muchas veces son afrontados únicamente por las gestantes, las cuales se ven obligadas a realizar sacrificios en el curso de sus vidas, no solo en cuanto a todo lo relacionado a sus proyectos personales, sino también en cuanto a la gestión de sus tiempos y finanzas para sostener los costos del embarazo y de la crianza de los hijos, muchas veces con poco o sin apoyo alguno de sus familias, comunidades o de los Estados en los que viven.

Adicionalmente a las dificultades que deben afrontar las mujeres a las que se les niega el acceso al aborto sin restricciones, el contexto social en el que se encuentran puede tener consecuencias mayormente agravantes en la esfera de la vida privada de las mismas. Según la sociedad y las comunidades locales donde viven, las mujeres con un embarazo no deseado pueden encontrar más dificultades al tener que enfrentarse a estigmas, prejuicios y estereotipos vinculados a la fuerte relación que la sociedad misma puede crear entre la maternidad y el hecho de ser mujer.

Así, la preponderancia dada al derecho a la vida del no nato puede ganar más impulso sobre la base de la existencia de prejuicios y estereotipos sociales, que pueden verse reflejados hasta en normas estatales, los cuales encasillan forzosamente a la mujer en el rol de ente reproductor, como mero contenedor de un ser en formación, instrumentalizándola para el conseguimiento de un objetivo aprobado por la sociedad, es decir el de la reproducción y la maternidad, atentando gravemente a su dignidad, como derecho a ser considerada como fin en sí mismo y no como instrumento para la realización de objetivos de terceros.

En efecto, la Corte IDH ha reconocido la existencia de estereotipos alrededor de la maternidad, evidenciando que ésta es muy frecuentemente vista en la sociedad como uno de los objetivos principales en la vida de las mujeres. Así, en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte IDH retoma las palabras de la perita Neuburger, al afirmar que:

Las mujeres son criadas y socializadas para ser esposas y madres, para cuidar y atender el mundo íntimo de los afectos. El ideal de mujer aún en nuestros días se encarna en la entrega y el sacrificio, y como culminación de estos valores, se concreta en la maternidad y en su capacidad de dar a luz (Corte IDH, 2012, párr.298)⁹⁶.

De la misma manera, en el *Caso I.V. vs. Bolivia*, la Corte IDH reconoce el estereotipo social del rol primario de la procreación en la vida de las mujeres y, asimismo, evidencia el estereotipo negativo de su incapacidad en la toma de decisiones correctas sobre su cuerpo y salud sexual y reproductiva, tanto que:

El elemento de la libertad de una mujer para decidir y adoptar decisiones responsables sobre su cuerpo y su salud reproductiva, [...], puede verse socavado por motivos de discriminación en el acceso a la salud; por las diferencias en las relaciones de poder, respecto del esposo, de la familia, de la comunidad y del personal médico; por la existencia de factores de vulnerabilidad adicionales, y debido a la existencia de estereotipos de género (2016, párr.185).

Para el SIDH, también se reconoce en la sociedad y en el ámbito médico la existencia de “prácticas o políticas que están dirigidas primordialmente contra la mujer, que las afectan de forma desproporcionada, o a las que la mujer sea especialmente vulnerable debido a estereotipos de género negativos o perjudiciales”, entre los cuales considera “la asignación social y cultural a las mujeres como encargadas de la función reproductora” (Corte IDH, 2016, párr.265).

Todos aquellos estereotipos mencionados anteriormente pueden presentarse de mayor o menor manera según el contexto social al que pertenezcan las gestantes, sin embargo pueden llegar a tener consecuencias negativas que interfieren en la esfera personal de las mismas cuando están a la base de las normas que niegan el acceso al aborto solicitado.

Por último, una de las afectaciones de mayor gravedad derivadas de la negación del acceso al aborto es el hecho innegable de que las mujeres que por diversos motivos desean interrumpir el embarazo recurran a abortos clandestinos, poniendo en riesgo su salud, sus vidas y su libertad. Como ha sido mencionado en la primera parte de este trabajo, el número de abortos clandestinos en el mundo representa el 45% de abortos totales realizados

⁹⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Caso L.C. vs. Perú*, Com. N° 22/2009, § 8.15, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011).

anualmente⁹⁷, lo cual demuestra claramente la existencia de dicho fenómeno pese a la prohibición legal del mismo. Más aún, dicha prohibición no logra desaparecer ni disminuir la recurrencia a tal método de interrupción del embarazo, puesto que la cuestión no está basada sobre la existencia del aborto o no, sino sobre su legalidad o menos.

Según el informe anual “The World Health Report 2005 - Make Every Mother and Child Count” de la Organización Mundial de la Salud sobre embarazos no deseados, en cambio, la cifra de abortos clandestinos anuales alcanza el 60% del total, de los cuales “more than 18 million induced abortions each year are performed by people lacking the necessary skills or in an environment lacking the minimal medical standards, or both, and are therefore unsafe” (OMS, 2005, cap.3). Los riesgos derivados de la realización de abortos clandestinos pueden traducirse en complicaciones que van desde hemorragias y lesiones uterinas hasta daños permanentes en el órgano reproductivo y los órganos circunstantes, representando hasta el 50% de las admisiones obstétricas en países en vía de desarrollo (OMS, 2005, cap.3), y la muerte. A propósito, en aquellos casos en donde se presentan lesiones y complicaciones, “las secuelas contribuyen significativamente a la carga global de enfermedades, sin mencionar las afectaciones emocionales que se generan a causa de tantos abortos inseguros. [Motivo por el cual] los abortos inseguros resultan tener un costo alto en el sistema de salud” (OMS, 2005, cap.3).

Como mencionado anteriormente, muchos abortos realizados en condiciones inseguras llegan a causar complicaciones que derivan, en los casos más graves, en la muerte de la gestante. En efecto, la Organización Mundial de la Salud encontró que alrededor de 350 sobre un total del 100 000 mujeres corren el riesgo de muerte al practicarse un aborto inseguro, con un total de 68 000 muertes anuales a nivel mundial como consecuencia de dicho riesgo (OMS, 2005, cap.3).

Así, la severidad de las afectaciones provocadas en la vida privada de las gestantes, sumada a las distintas dificultades económicas, sociales y culturales que deben afrontar y a la presencia de estereotipos sobre la naturalidad y obligatoriedad de la maternidad, agravadas por todos los riesgos sobre la salud física y psicológica de las mujeres y la existencia de altos índices de muertes por la recurrencia a abortos inseguros demuestran claramente la desproporcionalidad de la medida prohibitiva del acceso al aborto sin restricciones, puesto

⁹⁷ *Supra*, pág. 4.

que no solo se ven restringidos los derechos y libertades de las gestantes ante la prevalencia dada al derecho a la vida del *nasciturus*.

Se puede afirmar que, al negar el acceso al aborto sin restricciones, se genera un impacto severo y desproporcionado en la esfera de la vida privada y en la salud de las mujeres, el cual resulta de la imposición de llevar a término un embarazo por los factores anteriormente mencionados y por razones biológicas relacionadas a su género y a su capacidad reproductiva, es decir una maternidad forzada, que anula la posibilidad de decisión de la mujer y viola sus derechos, incluyendo su dignidad como derecho de ser considerada en cuanto fin en sí mismo, siendo seres humanos autónomos e independientes, y no como medio para conseguir un objetivo dentro de la sociedad a favor de un ser aún en formación y dependiente de la vida de la primera.

Como conclusión, es posible establecer que la negación del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo es una medida desproporcionada con respecto a los derechos de la gestante, aún bajo el fin de proteger el derecho a la vida del *nasciturus*, por lo cual no supera el juicio de ponderación. Lo anterior, no obstante se consideren satisfechos los primeros tres requisitos para el juicio de ponderación, es decir el fin legítimo de la medida, la idoneidad y la necesidad de la misma. En efecto, al ser desproporcionada, la medida no satisface el último criterio del juicio de ponderación en relación a los derechos del *nasciturus* y de la gestante, por lo que no se justifica la limitación del ejercicio de los derechos de las mujeres a favor de la protección del derecho a la vida del no nato.

A partir de ello, se puede proceder a dar respuesta al segundo interrogante formulado inicialmente: ¿Corresponde la negación del acceso al aborto sin restricciones a una injerencia arbitraria por parte de un Estado en la vida privada de una mujer?

En concordancia al análisis realizado anteriormente sobre los derechos de la gestante y el derecho a la vida del *nasciturus* y considerando la negación del acceso al aborto sin restricciones una medida desproporcionada en relación a los derechos de la gestante, sí se puede afirmar que los Estados cometen una injerencia en la vida privada de la mujer, al aplicar dicha medida prohibitiva en cada una de sus jurisdicciones, conduciéndolas al aborto clandestino como única opción posible acorde a la decisión de no llevar adelante el embarazo.

En efecto, tal y como ha sido mencionado en el primer capítulo, el derecho a la vida privada ha sido reconocido en los principales instrumentos internacionales de derechos

humanos como el derecho a no ser víctima de interferencias injustificadas en la esfera personal, por parte de terceros, incluyendo los Estados⁹⁸. Efectivamente, dicha interferencia no sería violatoria del derecho a la vida privada solo en caso de una intervención justificada, lo cual es demostrable a través de un juicio de ponderación entre los derechos implicados. Por tal motivo, el impacto en la vida privada de las gestantes causado por la negación del acceso al aborto sin restricciones corresponde a una injerencia arbitraria de los Estados, ya que la cantidad de afectaciones y perjuicios ocasionados son mayores y de gravedad severa, a comparación de los beneficios obtenidos, según el resultado derivado de la realización del juicio de ponderación.

De tal manera, salvaguardar la vida de un ser en formación dependiente de la vida ya existente de la mujer durante la mayor parte del proceso de gestación, la cual no desea continuar con dicho embarazo, va en contra de cualquier intento de proteger los derechos de la misma, siendo éste uno de los objetivos principales de los Estados en el SIDH y en el SEDH, así como del SUDH. Adicionalmente a ello, en dichos sistemas, como ya ha sido mencionado precedentemente, solo se ha reconocido hasta el momento la protección del derecho a la vida del *nasciturus*, mientras que el derecho a la vida, a la integridad física, psicológica y moral, el derecho a la libertad, a la dignidad, a la igualdad, el derecho a la vida privada y el derecho a la libertad sexual y reproductiva, entre otros, son derechos reconocidos a la gestante a la par de cualquier otro individuo.

Es deber de los Estados, en relación con el derecho a la vida privada, proteger la esfera personal de cualquier injerencia indebida a través de la abstención, así como de medidas positivas que tengan como objetivo prevenir dichas interferencias. A propósito, dicho deber ha sido reconocido por la Corte IDH en el *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, así como en otros casos, cuando la misma consideró que:

El Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida privada mediante acciones positivas, lo cual puede implicar, en ciertos casos, la adopción de medidas dirigidas a asegurar dicho derecho protegiéndolo de las interferencias de las autoridades públicas así como también de las personas o instituciones privadas (2011, párr.49).

Por lo tanto, en razón a la jurisprudencia desarrollada tanto en el SIDH como en el SEDH, así ha sido demostrado en el primer capítulo, se reconoce no solo la obligación internacional

⁹⁸ *Supra*, cap.1.3.

de los Estados de abstenerse de realizar injerencias arbitrarias en la vida privada sino, y sobre todo, la inexistencia de una justificación para la prohibición de la interrupción voluntaria del embarazo sin restricciones, desde el punto de vista del derecho internacional, lo cual se revierte en la necesidad de adoptar medidas positivas que impidan su total restricción y garanticen el goce de los derechos de los individuos, que en el presente caso corresponderían a mecanismos estatales específicos, con el objetivo de evitar obstaculizaciones en el *iter* de dicho procedimiento, incluyendo impedimentos y demoras injustificadas para acceder al mismo, así como el abuso de la objeción de conciencia del personal médico en el sistema de salud estatal, entre otros.

CONCLUSIONES

Se ha establecido el objetivo de la presente tesis en la demostración de que, ante la negación del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, los Estados pueden llegar a causar una serie de violaciones injustificadas a los derechos humanos de las mujeres, también ocasionando una injerencia en la vida privada de las gestantes. Para esto, se planteó como metodología un análisis teórico-documental de doctrina y jurisprudencia internacional y la realización de un ejercicio de ponderación entre los derechos en riesgo de la gestante y el derecho a la vida del concebido, considerando únicamente el caso de la interrupción voluntaria del embarazo sin restricciones. Lo anterior, se decidió con miras a resaltar la importancia del derecho a decidir sobre la propia esfera personal, sin que sea necesaria la existencia de situaciones como riesgos en la vida y salud, embarazos derivados de violencia sexual, entre otros.

A lo largo del análisis, la negación del acceso al aborto como violación de los derechos de las mujeres ha sido analizada bajo la mirada del derecho internacional, así como de la jurisprudencia de tribunales y organismos pertenecientes a instituciones del SUDH, SIDH y SEDH. En los instrumentos de derecho de los tres sistemas citados, se han reconocido una serie de derechos humanos de las mujeres en riesgo de ser vulnerados como consecuencia de la negación del acceso al aborto sin restricciones, entre los cuales figuran el derecho a la dignidad, a la libertad, a la igualdad, a la vida privada y a la intimidad y el derecho a la libertad sexual y reproductiva. Los primeros tres crean la base para el reconocimiento y para la fundamentación del derecho a la libertad sexual y reproductiva, como instrumento de la decisión voluntaria de interrumpir el embarazo, y del derecho a la vida privada, como medio para el ejercicio de la propia decisión, es decir en cuanto derecho a la inviolabilidad de la esfera personal.

Por el otro lado, en cambio, el derecho a la vida del *nasciturus* ha sido estudiado desde un punto de vista general, es decir evidenciando las características del derecho a la vida en el sistema internacional de derechos humanos, y desde el punto de vista específico en relación al caso, considerando el hecho que, en cuanto al acceso al aborto, el sujeto en cuestión aún no ha nacido y, a la fecha, no se le ha reconocido el *estatus* de persona ni la titularidad del derecho a la vida en los tribunales del SIDH y del SEDH⁹⁹. A propósito, en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte IDH afirmó que ni la DADH ni la CADH establecen la

⁹⁹ *Supra*, nota 83.

titularidad de derechos del embrión, sin que ello excluya la necesidad de protegerlo desde el momento de la concepción, con la posibilidad de admitir excepciones en las legislaciones internas (Corte IDH, 2012, párr.222, 260 y 264). Asimismo, el TEDH reconoció reiteradamente en su jurisprudencia que la ausencia de un consenso general entre los Estados Miembros sobre el punto de inicio científico y legal de la vida humana impedía establecer el momento de adquisición de la titularidad del derecho a la vida, tal y como se entendía bajo el art.2 CEDH, por lo tanto se dejaba un margen de discrecionalidad en los Estados para sus propias legislaciones.

Es así que, al solicitar la interrupción voluntaria del embarazo se genera un conflicto de derechos entre los derechos de la gestante y el derecho a la vida del concebido, el cual es considerado un derecho fundamental de todo ser humano. Ante dicho conflicto, los Estados deben evaluar todas las posibles consecuencias que podrían derivar de la aplicación de una u otra medida. Lo anterior ha de ser realizado mediante un ejercicio de ponderación de los derechos en cuestión, sacrificando los de una parte con el fin de garantizar la satisfacción de los derechos de la otra.

Los criterios utilizados en el tercer capítulo para la realización del juicio de ponderación entre los derechos de la mujer y el derecho a la vida del *nasciturus* fueron aquellos propuestos por Alexy, R., los cuales corresponden a la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida que pone en contraposición dichos derechos, es decir la negación del acceso al aborto sin restricciones. Tales criterios fueron, también, retomados por la Corte IDH a lo largo de su jurisprudencia, agregando el fin legítimo a los ya mencionados criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida.

Así, el análisis dio como resultado la constatación de que la medida que prohíbe el acceso al aborto sin restricciones tiene un fin legítimo, al aspirar a la protección del derecho a la vida del *nasciturus*, resulta adecuada o idónea, pues al ser aplicada consigue dicho objetivo, así como necesaria, dado que no existen medidas menos lesivas que logren la protección del derecho a la vida. Sin embargo, en cuanto al criterio de proporcionalidad en sentido estricto, se debía determinar la existencia de beneficios claramente superiores obtenidos con respecto a las afectaciones provocadas a los derechos de la gestante.

Para tal propósito, se corroboró el grado de perjuicio del derecho a la vida privada y el derecho a la libertad sexual y reproductiva de la gestante, a través de la imposibilidad de

ejercer tales derechos, al verse obligada a continuar con un embarazo no deseado. Asimismo, se comprobó la importancia de la realización del derecho en oposición, es decir el derecho a la vida del no nato. Efectivamente, la protección del derecho a la vida es uno de los deberes internacionales de los Estados, para garantizar el goce del mismo y, de consecuencia, el de los demás derechos humanos.

Por último, se analizó la proporcionalidad estricta de la negación del acceso al aborto sin restricciones, para lo cual se buscó comprobar la existencia de una justificación para la restricción del derecho a la vida privada y del derecho a la libertad sexual y reproductiva de las gestantes. Sobre la base de los distintos aspectos estudiados, se llegó a la conclusión que la negación del acceso al aborto sin restricciones causa un gran número de consecuencias en la vida de la mujer, que van desde lo jurídico, hasta lo físico, incluyendo el riesgo a la salud y vida de las gestantes, lo psicológico, lo social, lo económico, así como situaciones de abandono escolar, dificultades laborales, abortos clandestinos, muertes maternas, entre otras.

En consecuencia, el estudio realizado a lo largo de la presente tesis llega a confluir en este punto, dando como resultado la demostración de las violaciones a los derechos de las gestantes, la gravedad de las afectaciones y el impacto desproporcionado, todos derivados de la prevalencia dada a la vida del no nato frente a los derechos y libertades de la mujer, como base de la negación del acceso al aborto sin restricciones.

Las conclusiones obtenidas mediante el desarrollo de los tres capítulos de la tesis, entonces, llevaron a dar respuesta afirmativa a las dos interrogantes sobre las cuales se basa esta tesis: es injustificada la negación del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo sin restricciones, dada la desproporcionalidad de las afectaciones en la vida de las gestantes, y existe una injerencia arbitraria por parte de un Estado en la vida privada de las mujeres, al obligarlas a continuar con un embarazo no deseado.

Es importante, a este punto, recalcar que ambas preguntas nos conducen a una última reflexión: ¿es legítimo que un Estado abandone su función garantista y de tutela para asumir un conducta coercitiva e imperativa con respecto a determinados sujetos, por el solo hecho de tener la capacidad reproductiva, violando los derechos fundamentales de una persona ya viva y existente, al privilegiar el derecho a la vida de un ser que, al no haber nacido, aún depende de las condiciones vitales de otro ser humano?

Medidas restrictivas como la negación del aborto no solo representan una injerencia desproporcionada en la vida privada de las mujeres, sino que no consiguen alcanzar el fin de protección de la vida del embrión sin exponer a las gestantes a recurrir a abortos clandestinos para interrumpir el embarazo no deseado. No se trata, en realidad, de abortar o no abortar, sino de permitirles acceder a condiciones legales y seguras para abortar, respetando su decisión. o dejarles correr el riesgo de pagar con una sanción penal, con la privación de su libertad, con su salud o con su propia vida, en condiciones inseguras y a manos de sujetos que solo lucran sobre la desesperación de estas mujeres.

A través del análisis realizado a lo largo del presente estudio, se considera que cada caso analizado y cada sentencia debidamente justificada de los sistemas internacionales de derechos humanos pueden contribuir a cambiar las legislaciones que, al día de hoy, aún se oponen a la interrupción voluntaria del embarazo, con el objetivo de evitar la vulneración de los derechos de las gestantes. Es así que se considera satisfecha la hipótesis y alcanzado el objetivo principal de la investigación, por lo que se puede proponer el uso de la doctrina, en especial la del juicio de ponderación y el ejercicio estricto de proporcionalidad, así como de la jurisprudencia en los razonamientos desarrollados hasta la fecha sobre casos de aborto y reproducción en general, para poder dar respuesta a las situaciones concretas de violación de los derechos de las mujeres en los casos de negación del aborto sin restricciones.

Queda aún mucho por recorrer en el plano de los derechos humanos de las mujeres para poder considerar una paridad real y efectiva con respecto a los derechos ejercidos por los hombres tanto a nivel de las legislaciones nacionales, así como desde el punto de vista internacional. Sin embargo, se continúa trabajando y luchando para mejorar y alcanzar el equilibrio debido, muestra de ello son los recientes logros en tema de interrupción voluntaria del embarazo mediante un *referendum* en Irlanda y la gran movilización ante el debate en el Senado en Argentina, lo cual nos deja la esperanza de un camino largo, pero no imposible.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos y Libros

Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

Alexy, R. (2009). *Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N°11, Enero-Junio 2009.

Álvarez, C. *et al.* (2007). *Cuidado Crítico Pediátrico*. Universidad de Caldas. Primera Edición.

Areitio, R. (1995). *Derecho Natural. Lecciones Elementales*. Universidad de Deusto. España.

Ávalos, J. (2013). *Derechos Reproductivos y Sexuales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer. México. Recuperado de: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/38.pdf>

Avery, G. y Fletcher, A. (2001). *Neonatología. Fisiopatología y Manejo del Recién Nacido*. Editorial Médica Panamericana.

Beloff, M., Clérico, L. (s.f.). *Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. Disponible en: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA14_BeloffClerico_CV_Sp.pdf

Bernal, C. (2003). *Estructura y Límites de la Ponderación*. Universidad Externado de Colombia.

Bobbio, N. (1991). *El Tiempo de los Derechos*. Editorial Sistema. Madrid.

Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. Ediciones Paidós. Barcelona.

Bognetti, G. (2003). *The Concept of Human Dignity in European and U.S. Constitutionalism*. En *European and U.S. Constitutionalism*. University of Göttingen. Disponible en: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(2003\)037-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(2003)037-e)

Castro C. y Rodríguez C. (2011). *Guía del Aborto no Punible*. Colombia. Legis Editores. Primera edición.

Delpiazzo, C. (2001). *Dignidad Humana y Derecho*. Universidad de Montevideo. Montevideo.

Díaz, A. (2012). *Estatus del No Nacido en la Convención Americana: Un Ejercicio de Interpretación*. Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 1. Santiago de Chile.

Fernández, E. (1982). *El Problema de Fundamentos de Derechos Humanos*. Anuario de Derechos Humanos I. Universidad Complutense de Madrid. Madrid.

Fernández, E. (1984). *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Editorial Debate S.A.

Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid.

Ferreira, R. (1982). *El Derecho a la Intimidad. Análisis del art.1071bis del Código Civil*. Editorial Universidad. Buenos Aires.

Fierro-Méñez, H. (2008). *El Argumento y la Fundamentación Jurídica*. Editorial Leyer. Bogotá.

Gazzaniga, M. (2006). *El Cerebro Ético*. Paidós, Espasa Libros. Barcelona.

GIRE - Grupo de Información en Reproducción Elegida. (2000). *Miradas Sobre el Aborto*. METIS. México.

Gros Espiell, H. (2005). *Ética, Bioética y Derecho*. Editorial Temis S.A. Bogotá.

Herrera, F. (1999). *El Derecho a la Vida y el Aborto*. Centro Editorial Universidad del Rosario. Segunda Edición. Bogotá.

Huertas, O., Ramírez, O., García, A., Segura, A., Pinzón, B. (2007). *El Derecho a la Vida en la Perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Editorial Ibáñez. Bogotá.

Madrid-Malo M. (2004). *Derechos Fundamentales. Conózcalos, ejérzalos y defiéndalos*. 3R Editores. Tercera edición. Bogotá.

Madrid-Malo M. Defensoría del Pueblo. (1995). *Estudio sobre Derechos Fundamentales*. Serie Textos de Divulgación N° 11. Bogotá. Colombia.

McCrudden, C. (2008). *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*. The European Journal of International Law. Vol. 19. N° 4. EJIL. Recuperado de: <http://ejil.org/pdfs/19/4/1658.pdf>

Mesía, C. (2004). *Derechos de la Persona. Dogmática Constitucional*. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima.

Montenegro, R. (2006). *Biología Evolutiva*. Editorial Brujas. Primera Edición.

Mujica, J. (2009). *Microscopio. De la Bioética a la Biopolítica*. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX). Lima.

Nino C.S. (1980). *Introducción al Análisis del Derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires.

Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica N. 156. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

O'Donnell, D. - OACNUDH Colombia. (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*. Primera Edición. Bogotá.

Orozco, V. 2013. *La Ponderación como Técnica de Aplicación de las Normas sobre Derechos Fundamentales: Una Sentencia Emitida por el Tribunal Constitucional Español en Materia de Libertad Religiosa*. Revista Judicial, Costa Rica, N°109. Septiembre 2013.

Papacchini, A. (2001) *Derecho a la Vida*. Colciencias. Universidad del Valle. Cali.

Peces-Barba Martínez, G. (1980). *Los Derechos Fundamentales*. 3° Edición. Madrid.

Peces-Barba Martínez, G., De Asís Roig, R., Barranco Avilés, M.C. (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho. Editorial Dykinson. Madrid.

Pérez Luño, A.E. (1979). *Introducción a los Derechos Humanos. Significación, Estatuto Jurídico y Sistema*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. España.

Pérez Luño, A.E. (1983). *Fundamentación de los Derechos Humanos*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 35. Septiembre-October 1983. España.

Quiroga H. (1995). *Los Derechos Humanos y su Defensa ante la Justicia*. Bogotá. Editorial Temis S.A.

Recaséns L. (1961). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México. Porrúa.

Sadler, T. W. (2016). *Embriología Médica con Orientación Clínica de Langman*. 13ª Edición. Editorial Wolters Kluwer. Barcelona.

Singer, P. (1995). *Ética Práctica*. Cambridge University Press. Segunda Edición. Gran Bretaña. Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/105338750/Singer-Peter-Etica-Practica-scan-mejorado>

Singer, P. (2009). *Ética Práctica*. Ediciones Akal S.A.

Villanueva, R. (2006). *Protección Constitucional de los Derechos Sexuales y Reproductivos*. Revista IIDH. Vol. 43.

Publicaciones de Organismos Nacionales y Organizaciones Internacionales

Amnistía Internacional, Chile (2014). *El Aborto y los Derechos Sexuales Reproductivos: Fundamentos de Derechos Humanos*. Santiago de Chile.

Centro de Derechos Reproductivos. (2014). *Leyes sobre el Aborto en el Mundo*. Disponible en:

<http://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/2014AbortionMapES.pdf>

Centro de Derechos Reproductivos. (S.F.) *A., B. and C. vs. Ireland. Fact Sheet*. Disponible en: <http://www.womenslinkworldwide.org/en/files/1138/factsheet-case-a-b-c-vs-ireland.pdf>

Colombia, Ministerio de Educación Nacional, Programa de Educación para la Sexualidad y Construcción de Ciudadanía. (s.f.). *Derechos Sexuales y Reproductivos*. Recuperado de: http://www.colombiaaprende.edu.co/html/productos/1685/articles-172254_recurso_1.pdf

Comisión Económica Para América Latina y el Caribe, CEPAL. (2016). *Anuario Estadístico de América Latina y El Caribe 2016*. Recuperado de: http://interwp.cepal.org/anuario_estadistico/anuario_2016/es/index.asp

Comité Contra la Tortura (2006). *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 19 de la Convención. Conclusiones y recomendación del Comité contra la Tortura – Perú*. CAT/C/PER/CO/4. 25 de julio de 2006.

Comité Contra la Tortura (2009). *Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 19 de la Convención. Observaciones finales del Comité contra la Tortura – Nicaragua*. CAT/C/NIC/CO/1. 10 de junio de 2009.

Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (1992). *Recomendación General N° 19, La Violencia Contra la Mujer*. 29 de enero de 1992.

Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (1999). *Recomendación General N° 24, La Mujer y la Salud*. 02 de febrero de 1999.

Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas. (2014). *Abortion Policies and Reproductive Rights Around the World*. Recuperado de: <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/policy/AbortionPoliciesReproductiveHealth.pdf>

México, Congreso de la Republica. (2009). *Norma Oficial Mexicana NOM-046-SSA2-2005*. Recuperado de: <http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/689/1/images/VIOLE1B.PDF>

Organización de las Naciones Unidas (1995). *Informe de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer*.

Organización Mundial de la Salud (2014). *Bulletin of the World Health Organization Past issues*. Volume 92. Number 3. Disponible en: <http://www.who.int/bulletin/volumes/92/3/14-136333/en/>

Organización Mundial de la Salud (2017). *Salud Sexual y Reproductiva*. Disponible en: <http://www.who.int/reproductivehealth/es/>

Organización Mundial de la Salud. (2005). *The World Health Report 2005 - Make Every Mother and Child Count*. Disponible en: <http://www.who.int/whr/2005/en/>

Organización Mundial de la Salud, Guttmacher Institute (2017). *Global, Regional, and Subregional Classification of Abortions by Safety, 2010–14: Estimates from a Bayesian Hierarchical Model*. The Lancet. Disponible en: [http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(17\)31794-4/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(17)31794-4/fulltext)

Red Global Doctors For Choice – Colombia. (2011) *Embarazo No Deseado, Continuación Forzada del Embarazo y Afectación de la Salud Mental*. Colombia. Recuperado de: https://globaldoctorsforchoice.org/wp-content/uploads/DocPosici%C3%B3n-salud-mental-y-embarazo-no-deseado-final-final_v03.pdf

Singh S. et al. (2014). *Datos No Publicados de Haciendo Cuentas: Costos y Beneficios de Invertir en Salud Sexual y Reproductiva*, Guttmacher Institute. En Guttmacher Institute (2014). *Datos sobre el Aborto en América Latina y el Caribe*. New York.

Singh S. et al. (2015). *Facility-based Treatment for Medical Complications Resulting from Unsafe Pregnancy Termination in the Developing World, 2012: a Review of Evidence from 26 Countries*. En Guttmacher Institute (2014). *Datos sobre el Aborto en América Latina y el Caribe*. New York.

Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos

Consejo de Europa (1950). *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*. Adoptado por el Consejo de Europa. Roma. 4 de noviembre de 1950.

Organización de los Estados Americanos (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia. Abril de 1948.

Organización de los Estados Americanos (1969). *Convención Americana de los Derechos Humanos*. Suscrita en San José de Costa Rica, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969.

Organización de las Naciones Unidas (1984). *Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes*. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46. 10 de diciembre de 1984.

Organización de las Naciones Unidas (1979). *Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180. 18 de diciembre de 1979.

Organización de las Naciones Unidas (1989). *Convención Sobre los Derechos del Niño*. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25. 20 de noviembre de 1989.

Organización de las Naciones Unidad (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III). 10 de diciembre de 1948.

Organización de las Naciones Unidas (1993) *Declaración y Programa de Acción de Viena*. Adoptado en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos.

Organización de las Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966.

Organización de las Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966

Unión Europea (2000). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Aprobada por el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y la Comisión Europea. Resolución 2000/C 364/01. Niza, Francia. 7 de diciembre de 2000.

Jurisprudencia

CIDH (1981). *Caso BabyBoy vs. USA*. Resolución N° 23/81. Caso 2141. 6 de marzo de 1981.

Comisión EDH (1977). *Caso Bruggemann and Scheuten vs. República Federal Alemana*. Application N° 6959/75. 12 de Julio de 1977.

Comisión EDH (1980). *Caso Paton vs. Reino Unido*. Application N° 8416/78. 13 de mayo de 1980.

Comisión EDH (1992). *Caso R.H. vs. Noruega*. Application N° 17004/90. 19 de mayo de 1992.

Comité CEDAW (2011). *Caso L.C. vs. Perú*. Dictamen sobre Comunicación N°22/2009. 17 de octubre de 2011.

Comité de Derechos Humanos (2016). *Caso Amanda Jane Mellet vs. Irlanda*. Dictamen CCPR/C/116D/2324/2013. 31 de marzo de 2016.

Comité de Derechos Humanos (2017). *Caso Siobhán Whelan vs. Irlanda*. Dictamen CCPR/C/119/D/2425/2014. 12 de junio de 2017.

Corte IDH (2012). *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 noviembre de 2012. Serie C. N° 257.

Corte IDH (2012). *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C. N° 239.

Corte IDH. (2010). *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

Corte IDH (2007). *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C. N° 165.

Corte IDH (2011). *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2011. Serie C. N° 238.

Corte IDH (2016). *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de noviembre de 2016. Serie C. N° 329.

Corte IDH (2008). *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de mayo de 2008. Serie C. N° 177.

Corte IDH (2009). *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2009. Serie C. N° 207.

Corte IDH (1988). *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C. N° 4.

Corte IDH (1999). *Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la calle”) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C. N° 63.

TEDH (2010). *Caso A., B. y C. vs. Irlanda*. Application N° 25579/05. 16 de diciembre de 2010.

TEDH (2007). *Caso Evans vs. Reino Unido*. Application N° 6339/05. 10 de abril de 2007.

TEDH (2018). *Caso Mazepa y otros vs. Rusia*. Application N° 15086/07. 17 de julio de 2018.

TEDH (2012). *Caso P. y S. vs. Polonia*. Application N° 57375/08. 30 de octubre de 2012.

TEDH (2004). *Caso Vo vs. Francia*. Application N° 53924/00. 08 de julio de 2004.

TEDH (2004). *Caso Von Hannover vs. Alemania*. Application N° 59320/00. 24 de junio de 2004.

ANEXO

Cuadros generales sobre el acceso al aborto en los Estados de la Organización de Estados Americanos y el Consejo de Europa

Estados de la Organización de los Estados Americanos

País	Riesgo de vida de la madre	Salud física	Salud mental	Violación	Inviabilidad de la vida extrauterina del feto	Factores socio-económicos	A solicitud
<i>Antigua y Barbuda</i>	Sí +	No	No	No	No	No	No
<i>Argentina</i>	Sí	Sí	Restring.	Sí	No	No	No
<i>Bahamas</i>	Sí	Sí	Sí	?	?	No	No
<i>Barbados</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No
<i>Belice</i>	Sí	Sí	Sí	No	Sí	Sí	No
<i>Bolivia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No	No
<i>Brasil</i>	Sí	No	No	Sí	Sí	No	No
<i>Canadá</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Chile</i>	Sí	No	No	Sí	Sí	No	No
<i>Colombia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No
<i>Costa Rica</i>	Sí	Si	Sí	No	No	No	No
<i>Cuba</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Dominica</i>	Sí	No	No	No	No	No	No
<i>Ecuador</i>	Sí	Sí	Sí	Restring.	No	No	No
<i>El Salvador</i>	No	No	No	No	No	No	No
<i>Estados Unidos</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Varía
<i>Granada</i>	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
<i>Guatemala</i>	Sí	No	No	No	No	No	No
<i>Guyana</i>	Sí	Sí *	Sí *	Sí *	Sí *	Sí *	Sí *
<i>Haití</i>	Sí +	?	No	?	?	No	No
<i>Honduras</i>	Restring.	No	No	No	No	No	No
<i>Jamaica</i>	Restring.	Restring.	Restring.	No	No	No	No
<i>México</i>	Sí	Si	Sí	Sí	Sí	Varía	Varía
<i>Nicaragua</i>	No	No	No	No	No	No	No
<i>Panamá</i>	Sí	Sí	No	Sí *	Sí	No	No
<i>Paraguay</i>	Sí	No	No	No	No	No	No
<i>Perú</i>	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No

<i>República Dominicana</i>	No	No	No	No	No	No	No
<i>San Cristóbal y Nieves</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No	No
<i>San Vicente y las Granadinas</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No
<i>Santa Lucía</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No	No
<i>Surinam</i>	Sí	No	No	No	No	No	No
<i>Trinidad y Tobago</i>	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
<i>Uruguay</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí (12 semanas)
<i>Venezuela</i>	Sí	No	No	No	No	No	No

Estados del Consejo de Europa

País	Riesgo de vida de la madre	Salud física	Salud mental	Violación	Inviabilidad de la vida extrauterina del feto	Factores socio-económicos	A solicitud
<i>Albania</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Alemania</i>	Sí	Sí #	Sí #	Sí *	Sí *	Sí *	Sí *
<i>Andorra</i>	Sí	No	No	No	No	No	No
<i>Armenia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí *
<i>Austria</i>	Sí	Sí	Sí	Sí *	Sí	Sí *	Sí *
<i>Azerbaiyán</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí *
<i>Bélgica</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Bosnia y Herzegovina</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Bulgaria</i>	Sí	Sí #	Sí *	Sí *	Sí	Sí *	Sí *
<i>Croacia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Chipre</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No
<i>Dinamarca</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Eslovaquia</i>	Sí #	Sí #	Sí *	Sí #	Sí #	Sí *	Sí *
<i>Eslovenia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>España</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Restring.
<i>Estonia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Finlandia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí #	Sí #	Sí #	No
<i>Francia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí *	Sí	Sí *	Sí *
<i>Georgia</i>	Sí #	Sí #	Sí #	Sí #	Sí #	Sí #	Sí *
<i>Grecia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Hungría</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí

<i>Islandia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	No
<i>Irlanda</i>	Sí	No	No	No	No	No	No
<i>Italia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí *	Sí	Sí *	Sí *
<i>Letonia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Liechtenstein</i>	Sí	Sí	Sí	No	No	No	No
<i>Lituania</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Luxemburgo</i>	Restring.	Restring.	Restring.	Restring.	Restring.	Restring.	No
<i>Macedonia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Malta</i>	No	No	No	No	No	No	No
<i>Moldavia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí *
<i>Mónaco</i>	Sí +	No	No	Sí	Sí	No	No
<i>Montenegro</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Noruega</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Países Bajos</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí #
<i>Polonia</i>	Sí	Sí	Sí *	Sí *	Sí *	No	No
<i>Portugal</i>	Sí	Sí	Sí	Sí *	Sí #	Sí	Sí
<i>Reino Unido</i>	Sí	Sí #	Sí #	Sí	Sí	Sí #	No
<i>República Checa</i>	Sí #	Sí #	Sí *	Sí *	Sí #	Sí *	Sí *
<i>Rumania</i>	Sí	Sí	Sí	Sí *	Sí	Sí *	Sí *
<i>Rusia</i>	Sí #	Sí #	Sí #	Sí #	Sí #	Sí #	Sí *
<i>San Marino</i>	Sí +	No	No	No	No	No	No
<i>Serbia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Suecia</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Suiza</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí *	Sí *
<i>Turquía</i>	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Ucrania</i>	Sí #	Sí #	Sí #	Sí #	Sí #	Sí #	Sí *

Leyenda:

Sí = Legal.

No = Ilegal.

Varía = La legislación cambia de acuerdo a la región o Estado.

Restring. = Restringido, es decir legal pero sujeto a importantes restricciones.

* = Legal solo durante 1.º trimestre (fecha exacta puede variar).

= Legal solo durante 1.º y 2.º trimestre (fecha exacta puede variar).

+ = Legalmente no se menciona si el aborto para salvar la vida de la gestante está permitido, pero según los principios generales de la legislación criminal está permitido solo en caso de que sea estrictamente necesario.

? = Información no está disponible o la norma al respecto es ambigua.

(Fuente: Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, 2014, *Abortion Policies and Reproductive Rights Around the World*, pp.22-26)

