

PREFACIO

¿Existe una necesidad legal de que los gobiernos del mundo, y en especial el de nuestro país, deban liberalizar sus leyes reguladoras del aborto?

Un número de académicos y activistas nacionales de nuestro país sugieren que sí, al punto de afirmar que nuestro país se encuentra en una situación de flagrante violación a sus compromisos de respeto a los derechos humanos por no permitir el aborto indiscriminado en nuestro territorio. Así lo sugiere, por ejemplo, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales en su informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013, lanzado durante el mes de octubre de ese año.

Los autores del informe al que nos referimos sostienen, como otros antes que ellos, que la inexistencia de un régimen legal que permita la realización de aborto en forma libre, o al menos bajo ciertas hipótesis, trae como consecuencia la violación de ciertos derechos que ellos identifican como el derecho a la libertad, a la autonomía y la privacidad, así como el derecho de no ser sometidos a tratos crueles e inhumanos. Lo que cabe destacar –y este es el punto de este artículo- es que su pretensión no se apoya en la existencia de ningún tratado internacional ratificado por Chile y actualmente vigente, sino que en la interpretación que se ha realizado de ellos mediante comentarios, conclusiones, observaciones y reinterpretaciones no vinculantes de las convenciones por parte de distintos organismos monitores de tratados de las Naciones Unidas o por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Estas líneas argumentativas forman parte de un actuar coordinado de parte de un amplio grupo de organizaciones activistas que atacan no sólo la existencia misma de los no nacidos, sino que merman el genuino entendimiento de los derechos humanos, la soberanía nacional y las relaciones internacionales.

El objetivo del presente informe es responder y desmitificar estas pretensiones, con el fin de profundizar el entendimiento de académicos, congresistas, autoridades y el público en general respecto de esta importante cuestión legal sobre la cuál depende el futuro del respeto a la vida humana en nuestro país.

Agradecemos especialmente a Piero Tozzi, investigador del C-FAM, por permitirnos usar su trabajo como base para el presente informe, al encontrarnos unidos en la tarea de promover un entendimiento de los derechos humanos que sea genuinamente respetuoso de la dignidad humana.

INTRODUCCIÓN

“No existe un derecho al aborto generalmente aceptado en el derecho internacional de los derechos humanos.” Amnistía Internacional, en “Mujeres, Violencia y Salud,” febrero 18 de 2005.¹

“Derogar las normas legales del...Código Penal del Distrito Federal [que liberalizaron el aborto] traerá como resultado una violación de las obligaciones de México en torno al derecho internacional de los derechos humanos.” Informe de Amnistía Internacional para la Corte Suprema de México, en marzo de 2008.²

En años recientes, los partidarios del aborto han buscado avanzar la idea de que un “derecho” al aborto, basado en las normas del derecho internacional de los derechos humanos, existe, y que las naciones soberanas debieran, en consecuencia, enmendar sus legislaciones nacionales para permitir el ejercicio de este derecho. Al aseverar que este derecho existe ante diversos foros – comités de monitoreo de tratados de las Naciones Unidas, tribunales constitucionales nacional y legislaturas de los distintos estados miembros- los partidarios del aborto se han encontrado tanto con éxitos como rechazos.

La mayoría de los comités de monitoreo de tratados de la ONU no solo suscriben a la noción de que el acceso al aborto es una parte integral del paradigma moderno de los derechos humanos, sino que activamente participan en su promoción. El historial a nivel de tribunales constitucionales en cambio ha sido mixto, mientras que un creciente número de legislaturas nacionales y locales, principalmente en América, han rechazado la idea de encontrarse obligados a reconocer el pretendido derecho, y por el contrario, han robustecido sus protecciones a la vida humana no nacida en sus legislaciones domésticas.

Ahora bien, si asumimos a fin de argumentar que tal derecho –y la correspondiente obligación de los estados partes a reconocer y garantizarlo- existen, ¿De dónde se deriva este? Ya que se pretende su reconocimiento o existencia en base al derecho internacional de los derechos humanos, ¿Cuál o cuáles fuentes le entregan su validez y eficacia?

Tal vez la versión más acabada y desarrollado del argumento que sostiene el acceso al aborto como un derecho humano -expuesto en parte en el último informe de la UDP- corresponde a un artículo publicado en el año 2008 en la revista de *Human Rights Law Review* de Oxford por Christina Zampas y Jamie M. Gher, abogadas afiliadas a un estudio de abogados de litigación pública

¹Declaración de Amnistía Internacional respecto de si “el derecho al aborto” existe en el derecho internacional, realizado en forma previa a la decisión de dicha organización de abandonar su neutralidad sobre la cuestión del aborto a contar del año 2007. Disponible en <http://www.amnesty.org/en/library/asset/ACT77/001/2005/en/f6925f5e-d53a-11dd-8a23-d58a49c0d652/act770012005en.pdf>. Página 22. Traducción desde el inglés por los autores.

²“Postura de Amnistía Internacional sobre la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007, y su acumulada 147/2007, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación,” párrafo 4. Corresponde a la declaración hecha por Amnistía Internacional con posterioridad a su decisión del año 2007 de abogar por derechos abortivos, en contradicción a su anterior evaluación sobre si el presunto “derecho al aborto” existía en el derecho internacional.

denominado el Centro por los Derechos Reproductivos (*Center for Reproductive Rights*)³.

La fuente de tales derechos es imprecisa, y los autores admiten que, en gran medida, no es posible encontrarlos en los tratados internacionales vinculantes, con la única excepción de un tratado de carácter regional, correspondiente a la Convención de la Unión Africana relativa al Protocolo de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos y sobre los Derechos de las Mujeres en África, conocido como el “Protocolo Maputo”. De acuerdo a las autores, el Protocolo Maputo es *“el único instrumento vinculante de derechos humanos que explícitamente se refiere al aborto como un derecho humano.”*

En cambio, el derecho al aborto es uno que existe sólo por inferencia a partir de una serie de instrumentos internacionales articulados como interpretaciones de tratados, realizados por miembros de comités de monitoreo de tratados de las Naciones Unidas.

Primero y por sobre todo, este se puede inferir del derecho a la vida y a la salud, reconocidos en numerosos tratados, bajo la aceptación necesaria de que la falta del acceso al aborto es una amenaza a la vida y salud de las mujeres.⁴ *“En adición al derecho a la vida y a la salud”*, señalan Zampas y Gher, *“el derecho de las mujeres al aborto se ve respaldado por una amplia constelación de derechos humanos que lo apoyan, como los derechos a la privacidad, libertad, integridad física y la no discriminación. De hecho, es la evolución de las interpretaciones de los derechos humanos y aplicaciones, surgidos de una creciente sofisticación, empoderamiento de la mujer y cambios de los tiempos los que le han dado fuerza al derecho humano de las mujeres al aborto.”*

El movimiento hacia el reconocimiento global del aborto como un derecho humano adquirió *“momentum”*, de acuerdo a los autores, en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo que tuvo lugar en El Cairo en 1994, y en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer organizada por la ONU en Beijing al año siguiente. Aunque Zampas y Gher conceden que los documentos resultantes de ambas conferencias son *“no vinculantes,”* ellas sin embargo *“tocan el derecho de las mujeres al aborto, y por lo mismo proveen un apoyo adicional a la noción de que los derechos reproductivos de la mujer son derechos*

³ Christina Zampas & Jamie M. Gher, “abortion as a Human Right – International and Regional Standards,” 8 Hum. Rts. L. Rev. 249, 252 (2008).

⁴ Al respecto, ver el trabajo de Elard Koch, John Thorp, Miguel Bravo, Sebastián Gatica, Camila X. Romero, Hernán Aguilera e Ivonne Ahlers, titulado *“Nivel de educación de la mujer, servicios de salud materna, legislación de aborto y mortalidad materna: un experimento natural en Chile desde 1957 a 2007”* en que se realiza una refutación clara y categórica de esto, demostrando en el caso chileno como es que la penalización del aborto ha traído como consecuencia una disminución de la tasa de mortandad materna, en vez de aumentarla como comúnmente se sostiene. Los autores señalan: *“Después de 1989, Chile es reconocido como uno de los países con las leyes de aborto más restrictivas del mundo y ha sido criticado a causa de las supuestas posibles consecuencias perjudiciales sobre la salud materna. Sin embargo, el presente estudio proporciona evidencia contraintuitiva sugiriendo que penalizar el aborto no es necesariamente equivalente a promocionar el aborto inseguro, especialmente en términos de morbilidad y mortalidad materna. La prohibición del aborto en Chile en 1989 no provocó un aumento de la RMM en este país. Por el contrario, después de la prohibición del aborto, la RMM disminuyó desde 41,3 hasta 12,7 por cada 100.000 nacidos vivos –una disminución de 69,2% en catorce años. Excluyendo el embarazo ectópico, el riesgo absoluto de muerte por aborto no especificado es uno en dos millones de mujeres en edad fértil.”*

humanos.” El documento del Cairo, por ejemplo, aunque “*no llama explícitamente a la legalización del aborto a nivel mundial*”, confirma que “*dónde el aborto ya es legal, el procedimiento debiera ser accesible y seguro.*” Documentos de “*consenso internacional*” como los producidos en Cairo y Beijing, “*son persuasivos e indicativos del creciente apoyo de la comunidad mundial por los derechos reproductivos de la mujer, y a menudo son utilizados para apoyar reformas legislativas y de políticas públicas, así como para la interpretación del derecho nacional e internacional.*”

Más allá de estos instrumentos se encuentran las “*interpretaciones y jurisprudencia*” de los comités de monitoreo de los tratados – los “comentarios generales” y “observaciones finales” – que pretenden instruir a las naciones que han accedido a los múltiples tratados de las Naciones Unidas para que liberalicen el aborto en sus países a fin de ponerlos en línea con los estándares promovidos por dichos organismos. De acuerdo a los autores, aún cuando estos comités no son “*órganos judiciales y sus observaciones finales no son legalmente vinculantes, la cualidad cada vez más expansiva de sus observaciones sobre el tema de los derechos reproductivos tienen un enorme potencial para influir en las leyes y políticas nacionales. Cuando son vistas y analizadas como un conjunto, los comentarios generales y observaciones finales de los comités pueden ser considerados como una forma de jurisprudencia u obras colectivas que guían el desarrollo y la aplicación de los derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional.*”

Pero este argumento repetido tan a menudo y con tanta convicción de que el derecho al aborto existe en base a normas emergentes o en proceso de evolución ¿Es base suficiente para concluir que las naciones soberanas tienen que cambiar sus leyes que protegen a los no nacidos y permitir el aborto?

Este artículo examina el fundamento de la pretensión que se ha descrito en los párrafos anteriores –de que el derecho al aborto existe en la legislación internacional– y concluye que esta carece de fundamento jurídico, y que los estados, y en especial Chile, se encuentran justificados en mantener sus defensas a la vida pre-natal.

I. EL RESPETO POR EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA, ESTABLECIDO EN LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, SIGNIFICA QUE LOS PAÍSES SON LIBRES PARA PROTEGER LA VIDA HUMANA ANTES DE SU NACIMIENTO

El reconocimiento de la igualdad soberana de todos sus miembros es el principio organizativo sobre el cuál se construye la ONU, tal y como se señala en la Carta de las Naciones Unidas: “*La Organización esta basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.*”⁵ El respeto por este principio de la igualdad en soberanía no sólo resguarda la integridad territorial de todos los estados miembros, sino que también es una salvaguarda para asegurar que las

⁵ Carta de las Naciones Unidas. Artículo 2.1

tradiciones y normas culturales de un pueblo que se gobierna a sí mismo no serán avasallados por los afanes imperialistas de extranjeros que intentan imponer valores foráneos.

La soberanía es, por tanto, un concepto más amplio que la mera personalidad jurídica de una nación-estado *westfaliana*. Pues, aunque ciertamente es inclusiva de la legítima expresión de la nación-estado (soberana) en el escenario mundial, igualmente representa la voluntad de un pueblo (soberano) respecto de quien sus autoridades son responsables y cuya dignidad humana y derechos se encuentran anclados en un orden moral natural y objetivo que es común y vinculante respecto de todos.

II. EL PRETENDIDO DERECHO AL ABORTO NO EXISTE NI EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS TRATADOS NI EN LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Sin embargo, las naciones soberanas se encuentran facultadas para acceder, en forma libre y voluntaria, a restricciones de su propia soberanía, al contraer obligaciones bajo el derecho internacional. En todas aquellas materias en las cuales no se ha renunciado expresamente al ejercicio de la soberanía, los estados permanecen libres para gobernarse a sí mismos como mejor les parezca. Nuevamente, esto es también un principio reconocido explícitamente por la Carta de las Naciones Unidas que señala que “*Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados...*”⁶

Los Estados se encuentran regidos de acuerdo al derecho internacional en la medida que los términos de un tratado internacional, voluntariamente aceptado y ratificado, así los obliguen, o bien, en cuanto a que una nación soberana ha aceptado ciertas normas como constitutivas de una costumbre internacional.⁷ Y el pretendido derecho al aborto no existe ni en los tratados internacionales ni como parte de la costumbre internacional.

TRATADOS INTERNACIONAL COMO FUENTE DEL DERECHO

En la medida de que un Estado soberano ha otorgado su consentimiento de forma libre y espontánea a los términos de un tratado, luego de haberse negociado este de buena fe, y siendo ratificado debidamente por parte de su Congreso Nacional -como lo exige la Constitución Política de la República de Chile- entonces se han contraído las obligaciones que se señalan en dicho tratado. Este es el principio que en doctrina conocemos como el *pacta sunt servanda*.

⁶ Carta de las Naciones Unidas, Artículo 2.7

⁷ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38, disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>

De acuerdo a las normas establecidas para la interpretación de los tratados, es en el texto de estos donde hemos de mirar primeramente para determinar su sentido y alcance, es decir, debemos atender a su tenor literal. Conforme a lo acordado mediante la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al **sentido corriente** que haya de atribuirse a los términos del tratado **en el contexto de estos** y teniendo en cuenta **su objeto y fin.***”⁸ En otras palabras, el tenor literal y la voluntad de las partes, reflejada en la elección de los términos utilizados en el tratado, son los elementos por los cuales hemos de determinar el sentido y alcance del mismo.

No existe ni un solo tratado de las Naciones Unidas –ni de la Organización de los Estados Americanos– que contenga la palabra “aborto”, ni es posible que un “derecho al aborto” pueda ser deducido a partir del “sentido corriente” de los términos en cualquiera de ellos.⁹ En efecto, cuando tratados como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención por la Eliminación de toda forma de Discriminación en contra de la MUJER (CEDAW, según sus siglas en inglés), la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) fueron negociados, un vasto número de Estados tenían legislaciones que proscribían el aborto y su intención era dejar esas leyes intactas. La legislación interna de muchos de estos países mantuvieron su protección al no nacido o la criminalización del aborto por mucho tiempo con posterioridad a la ratificación de estos tratados, como lo ha sido en el caso chileno, y hasta hace poco, nadie osó sugerir que de alguna forma estos países habían aceptado (sin que lo tuvieran a la vista los negociadores del tratado ni los congresistas que luego los ratificaron) alterar sus legislaciones domésticas por la vía de la ratificación del tratado.

Adicionalmente, los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (la DUDH, que no es un tratado pero se le reconoce valor por su rol fundacional del sistema universal de protección) en adelante contienen normas relativas al “derecho a la vida” que pueden y debiesen interpretarse como formas de protección de la vida del no nacido.

Estos incluyen:

- a. PIDCP artículo 6.1: “*El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.*”

⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 31.1. El énfasis es nuestro.

⁹ Sólo existe un tratado regional que menciona el aborto. Se trata de la Convención de la Unión Africana relativa al Protocolo de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos y sobre los Derechos de las Mujeres en África, conocido como el Protocolo Maputo. En su artículo 14.2.c se señala que: “*Los estados partes adoptarán las medidas necesarias para...proteger los derechos reproductivos de las mujeres, autorizando el aborto médico en casos de agresión sexual, violación, incestos, y en aquellos casos en que la continuación del embarazo ponga en peligro la salud mental y física de la madre o la vida de la madre o del feto.*”

- b. PIDCP artículo 6.5: “No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, **ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.**”
- c. CDN artículo 6.1 y 6.2: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”
- d. DUDH artículo 3: “todo **individuo** tiene derecho a la vida”
- e. CADH artículo 4.1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.” El artículo 1.2 de la misma Convención señala que “para los efectos de esta Convención, **persona es todo ser humano**”.

Aplicando los principios interpretativos establecidos en la Convención de Viena, estas provisiones pueden ser leídas en forma consistente con la protección de la vida del que está por nacer, pero no con un pretendido “derecho al aborto”. Esta interpretación es sostenida, incluso, por defensores de este pretendido derecho.¹⁰

Por ejemplo, el PIDCP protege el derecho a la vida de “*cada ser humano*” lo que no excluye al que no ha nacido aun. De igual forma, mientras que el PIDCP reconoce el derecho de los países donde la pena de muerte se mantiene vigente a aplicarla sobre personas adultas que lo ameriten, ejecutar a mujeres embarazadas está tajantemente prohibido. Como toda otra mujer adulta puede ser sujeto de una pena de muerte, esta cláusula debe ser leída como un reconocimiento al valor de la vida en el vientre materno, dándole al que está por nacer un estatuto independiente al de la madre.

De la sola lectura del lenguaje en la CDN se desprende también la protección de la vida no-nacida. El artículo primero define a un niño como “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad.*” Es decir, define un “techo,” pero no un “piso,” sobre quién es un niño. En otras palabras, lisa y llanamente nos dice que el estatuto de “niño” se adquiere incluso antes del momento del nacimiento. **Por lo demás, la CDN explícitamente reconoce al niño antes del nacimiento como una persona sujeto de derechos, acreedora de necesidades especiales y protección judicial.** El Preámbulo cita la Declaración de los Derechos del Niño y reconoce que “*cada niño, por razón de su inmadurez física y mental, necesita especial protección y cuidado, incluyendo apropiada protección legal, tanto antes como después del nacimiento*”¹¹.

COSTUMBRE INTERNACIONAL COMO FUENTE DEL DERECHO

¹⁰ Centro de Derechos Reproductivos, El Aborto Seguro y Legal es un Derecho Humano de la Mujer (Documento Informativo) (Ago. 2004) en Tabla 1, en el siguiente link: http://www.reproductiverights.org/pdf/pub_bp_safeandlegal.pdf

¹¹ Preámbulo CDN (énfasis nuestro). Si bien, el Preámbulo no es obligatorio per se, sí provee un contexto interpretativo. La Convención de Viena establece el principio de que “*El contexto... comprenderá... el texto, incluyendo su preámbulo y los anexos*”. Convención de Viena, artículo 31 (2).

La Costumbre Internacional se refiere a la práctica general y consistente de los Estados, realizada con la convicción de cumplir una obligación legal. La convicción de los Estados de que ciertas prácticas les son legalmente exigibles es conocida como *opinio iuris*, u *opinio iuris et necessitatis*¹².

Un Estado soberano puede objetar a ser constreñido por una regla de la costumbre manteniendo de forma constante que no se encuentra obligado: “*Que la regla de la costumbre internacional no es obligatoria contra cualquier Estado indicando su disenso durante el desarrollo de la regla... es una aplicación aceptada del tradicional principio de que la ley internacional depende del consentimiento de los Estados.*”¹³

Mientras que la formación de la costumbre internacional no es tan precisa como lo que resulta de un proceso de negociación, firma y ratificación de un tratado –y por esa razón, invocaciones de que algo constituye una “obligación” impuesta por costumbre internacional debe ser mirada con cuidado– ciertos actos claramente violan las normas de la costumbre internacional. Éstas incluyen la violación de “salvo conductos”, infracción al derecho de los embajadores y la piratería.¹⁴

Al respecto del aborto, simplemente no hay norma consuetudinaria, ni tampoco hay una “práctica general y consistente de los Estados.” Mientras que grupos como el Centro para los Derechos Reproductivos (CRR, en sus siglas en inglés) intentan demostrar que hay una tendencia hacia la liberalización,¹⁵ categorizando a los distintos Estados según sus leyes entre liberales y restrictivos,¹⁶ la constatación de dicha tendencia a la liberalización no genera obligaciones bajo el derecho consuetudinario. Desde un punto de vista conceptual, esa categorización de naciones según sus leyes es engañoso, puesto que, en realidad, no es más que un panorama general de las prácticas domésticas de cada país, que no logra recoger los matices de cada legislación, y no constituye una “*práctica general y consistente de los Estados, realizada con la convicción de cumplir una obligación legal.*”

Pero incluso bajo el cálculo de la CRR, no se puede encontrar una práctica “general y consistente.” Para el 2013, 66 de los países del mundo prohíben todo tipo de aborto o sólo lo permitían para salvar la vida de la madre, y otros 59 también lo permiten para preservar la salud física de la madre. Otras naciones imponen varios grados de limitación a esta práctica, con sólo 61 de las 196 naciones del mundo cayendo en la categoría que la CRR califica como permisivas

¹² Lee A. Casey and David B. Rivkin, Jr. “Ley Internacional y la Nación-Estado en la ONU: Una Guía para las Políticas Públicas Norteamericanas”, *Backgrounder* Fundación Heritage en página 7 (Ago. 18, 2006).

¹³ Ver, *Sosa con Álvarez-Machain*, 542 US 692 (2004). Ver también Jeremy Rabkin, El Caso sobre la Soberanía (AEI) (la costumbre internacional está asociada a la “ley de las naciones”, término utilizado durante la redacción de la Constitución de los Estados Unidos).

¹⁴ Ver, *Sosa con Álvarez-Machain*, 542 US 692 (2004). Ver también Jeremy Rabkin, El Caso sobre la Soberanía (AEI) (la costumbre internacional está asociada a la “ley de las naciones”, término utilizado durante la redacción de la Constitución de los Estados Unidos).

¹⁵ Ver, por ejemplo, Reed Boland y Laura Katzive, “Developments in Laws on Induced Abortion: 1998-2007”, página 34 *International Family Planning Perspectives* 110 (Sept. 2008). Laura Katzive se desempeñó como Sub-Directora del departamento jurídico del *Centro por los Derechos Reproductivos*.

¹⁶ Ver http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/AbortionMap_Factsheet_2013.pdf

del aborto “sin restricción en cuanto a la razón.” Asimismo, los promotores globales del aborto tienden a desconocer tendencias contrarias a sus intereses, que demuestran que los países están rechazando la cultura del aborto en favor a proteger la vida de la criatura en el vientre materno. Tal es el caso de la adopción de una nueva constitución por la República Dominicana en el año 2010, en que explícitamente se protege la vida “*desde la concepción hasta la muerte;*”¹⁷ la de Hungría del año 2011, que señala en su artículo 2º que “*la dignidad humana será inviolable. Todo ser humano tendrá derecho a la vida y a la dignidad humana; la vida fetal y embrionaria estará sujeta a protección desde el momento de la concepción;*”¹⁸ o la de Kenya, del 2010, que en su artículo 26 señala que “*toda persona tiene derecho a la vida. La vida de la persona comienza en la concepción.*”¹⁹ De forma similar, el Congreso de los Estados Unidos de América prohibió el llamado “*aborto de nacimiento parcial,*” lo que fue refrendado por la Corte Suprema del mismo país.

III. INTENTOS DE FABRICAR UN “DERECHO AL ABORTO” DONDE ÉSTE NO EXISTE

A mediados de los '90, tanto en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994, en el Cairo, y en la Cuarta Conferencia Internacional sobre las Mujeres que tuvo lugar el año siguiente en Beijing, hubo un esfuerzo por parte de los países del Norte para sostener que existe un “derecho al aborto,” y como tal, debiese incorporarse a los documentos resultantes de ambas conferencias. Este intento fue derrotado por el esfuerzo concertado de una coalición global de países, que incluían muchos de América Latina y del mundo islámico.

LO QUE LAS DECLARACIONES DEL CAIRO Y DE BEIJING DICEN SOBRE EL ABORTO

Como resultado de este esfuerzo, ninguno de los documentos resultantes del Cairo o de Beijing –el Programa de Acción de El Cairo (“Programa de Acción CIPD”) y la Plataforma de Acción de Beijing de 1995 (“Plataforma de Beijing”)– contienen un “derecho” al aborto. De hecho, incluso si lo incluyesen, ninguno de ellos constituye un tratado, por lo que los mal llamados “derechos” no serían derecho internacional vinculante; tal como están las cosas, ninguna de las dos declaraciones crea nuevos derechos.²⁰

Sobre el aborto, el documento de Cairo señala que “*los gobiernos deben tomar los pasos apropiados para asistir a las mujeres a evitar el aborto, lo que en ningún caso debe ser promovido como método de planificación familiar.*”²¹ Mientras que

¹⁷ Ver Piero A. Tozzi and Paola Ocejo, *UNICEF Calls for Legal Abortion in Dominican Republic, C-FAM Friday Fax*, abril 23, 2009, disponible en: <http://www.lifesitenews.com/news/unicef-calls-for-legal-abortion-in-dominican-republic>

¹⁸ https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf

¹⁹ https://www.constituteproject.org/constitution/Kenya_2010.pdf

²⁰ Véase, por ejemplo, el Programa de Acción de la CIPD, párrafo 1.15.

²¹ *Ibid.*, párrafo 7.24.

el Programa de Acción CIPD menciona que “*donde el aborto no sea contrario a la ley, debe ser seguro,*” afirma al mismo tiempo que “*Cualquier medida o cambio relacionado con el aborto en un sistema de salud sólo puede ser determinado a nivel local o nacional, de acuerdo al proceso legislativo nacional.*”²²

Como ha evidenciado la Profesora Mary Ann Glendon, autoridad mundialmente reconocida en la materia, en vez de tratar al aborto como un “derecho” que debiese ser celebrado y protegido, como lo sería la libertad de expresión o de religión, los documentos de Cairo señalan que los gobiernos deben intentar “*reducir el recurso al aborto,*” “*eliminar la necesidad del aborto*” y avanzar en ayudar a las mujeres a “*evitar abortos.*”²³ Se entiende que, si el aborto fuese un “derecho” como la libertad de expresión, los redactores los documentos de Cairo no llamarían a los Estados a “reducir” y “eliminar” el mismo.²⁴

El documento de Beijing repite el mismo lenguaje que el de Cairo en lo que concierne al aborto, incluida la frase de que cualquier cambio a las leyes de aborto en un país “*sólo puede ser determinada a nivel nacional o local, de acuerdo al proceso legislativo nacional.*”²⁵

Esto último es un importante reconocimiento al principio de soberanía proclamado en la Carta de las Naciones Unidas –“*Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados*”– y sirve para contradecir toda manifestación en contrario, hecha por los proponentes del aborto.

EL INTENTO DE CREAR “DERECHOS POR SUBTERFUGIO” USANDO LOS COMITÉS DE MONITOREO DE LOS TRATADOS DE LAS NACIONES UNIDAS

A pesar del lenguaje utilizado en ambos documentos, ha habido un esfuerzo posterior por parte de los partidarios del aborto de sostener (1) que el Programa de Acción CIPD y la Plataforma de Beijing demuestran un emergente consenso entre las naciones que el derecho a terminar con una vida intra-uterina existe y (2) que el resultado de los documentos de ambas conferencias debiese ser elevado a un estatuto más alto que el otorgado por el derecho internacional.

Como llegó a fraguarse este intento es detallado en un artículo de los académicos del C-FAM, Douglas Sylva y Susan Yoshihara, titulado “*Derechos por*

²² *Ibíd.*, párrafo 8.25.

²³ *Ibíd.*, párrafo 8.25.

²⁴ Mary Ann Glendon, “*What Happened at Beijing,*” *First Things* (Ene. 1996), (“Uno no diría jamás respecto de un importante derecho como la libertad de expresión, por ejemplo, que el gobierno debiera de reducirlo, eliminar la necesidad por el mismo, o ayudar a evitar su repetición”). Disponible en: <http://www.firstthings.com/article/2007/09/005-what-happened-at-beijing-35>

²⁵ Plataforma de Beijing, párrafo 106, letra k)

*Subterfugio: El rol del Cuerpo de Tratados de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos en la Campaña Internacional por un Derecho al Aborto.*²⁶

En resumen, lo que ocurrió tras el fracaso de avanzar en el reconocimiento de un “derecho” al aborto en el Cairo y Beijing es que ciertas agencias de las Naciones Unidas –el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA en sus siglas en inglés), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas y la División para el Avance de la Mujer de las Naciones Unidas– convocaron a una cita denominada “*Roundtable of Human Rights Treaty Bodies on Human Rights Approaches to Women’s Health, with a Focus on Sexual and Reproductive Health and Rights*” en diciembre de 1996, en la localidad de Glen Cove, Long Island, NY. Ahí se reunieron junto a muchos otros “accionistas” del movimiento pro-aborto, incluyendo múltiples organizaciones de la sociedad civil (ONG’s) y los relatores especial de las Naciones Unidas.²⁷

El objetivo declarado de esta reunión era la persecución de la “*responsabilidad legal de los gobiernos por su olvido o violación de los derechos sexuales y reproductivos,*” esto es, el aborto, de acuerdo con el informe publicado bajo el auspicio de dicha instancia (“Roundtable Report”). Dichos “derechos,” de acuerdo a los partícipes, se encontraban ya insertos dentro de otros derechos humanos previamente reconocidos: “*Una aproximación al problema (la legalización del aborto) basada en los derechos humanos comienza desde la premisa de que los derechos sexuales y reproductivos son integrantes de los derechos humanos reconocidos– en particular al derecho a la vida, libertad y seguridad personal, y a los más altos niveles de salud posibles.*”²⁸

He aquí la trampa discursiva, pues, incluso bajo los términos planteados precedentemente, no existe el derecho al aborto dentro del derecho internacional de los derechos humanos. ¿Cómo construir entonces el “derecho al aborto” en un contexto de silencio de los tratados e inexistencia de costumbre reconocida como derecho?

La respuesta que le dieron a esta pregunta es impresionante por su audacia, y ofensiva por su falta de respeto a los derechos soberanos de las naciones en cuanto guardianes de sus propias culturas y tradiciones como pueblo, capaces de auto determinarse. Se acordó que los tratados de derechos humanos existentes simplemente serían reinterpretados para incluir el derecho al aborto, aún contra el silencio de los mismos sobre esta materia.²⁹

Aún más, los documentos emanados desde Cairo y Beijing serían reinterpretados no sólo como reconociendo el derecho al aborto, sino que elevándolos a nivel de normas vinculantes para los Estados: “*los documentos de las conferencias de las Naciones Unidas (desde Cairo hasta Beijing) habían identificado nuevas*

²⁶ Douglas Sylva y Susan Yoshihara, “*Rights by Stealth: The Role of UN Human Rights Treaty Bodies in the Campaign for an International Right to Abortion*”, disponible en: <http://c-fam.org/images/WhitePapers/Rights.By.Stealth.pdf>

²⁷ *Ibid.*, páginas 5-6.

²⁸ *Ibid.*, página 7, citando el “Roundtable Report” en su página 6.

²⁹ *Ibid.*, página 7.

dimensiones para la interpretación e implementación de los tratados de derechos humanos, particularmente al clarificar la interrelación entre los derechos humanos y los derechos de las mujeres y su pertinencia a la salud sexual y reproductiva.”³⁰

El medio escogido para lograr esto serían los organismos monitores de tratados de las Naciones Unidas, encargados de supervisar la implementación de los mismos. Los tratados internacionales más relevantes contemplan disposiciones que crean “organismos monitores de tratados,” también conocidos como “comités de cumplimiento.” Al convertirse en Estados partes de un tratado o convención, los Estados acceden a elaborar informes periódicos en torno a su cumplimiento, recibir recomendaciones acerca de su mejoría, y permitir que el comité monitoree su progreso general. Sin embargo, los Estados no aceptan de ninguna forma que los miembros de dichos comités reescriban sus legislaciones nacionales.

COMITÉS DE CUMPLIMIENTO, ORGANIZACIONES PRO-ABORTO Y LA CRUZADA EN CONTRA DE LOS NO NACIDOS Y LA SOBERANÍA NACIONAL

A consecuencia de lo anterior, por el hecho de participar en el proceso de revisión de cumplimiento de los tratados, las naciones soberanas se encuentran hoy bajo fuego por la existencia de normas constitucionales y legales que protegen la vida humana desde la concepción.

Algunos de estos comités de cumplimiento se han mostrado especialmente proclives a empujar la agenda de legalización. En particular, (1) el Comité de Derechos Humanos, surgido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); (2) el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de vigilar la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); y (3) el comité encargado de velar por la implementación de la convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación en Contra de la Mujer (o CEDAW según sus siglas en inglés). Al hacer esto, estos comités se exceden de su mandato y ponen en tela de juicio la legitimidad de todo el sistema de tratados internacionales.

Así, Chile es uno de muchos países que han sido, y son hasta hoy, hostigados por parte de los comités de monitoreo de las Naciones Unidas por su defensa jurídica de la vida:

- Durante el año 2004, el comité de monitoreo del PIDESC señaló, en sus observaciones conclusivas dirigidas a Chile, que *“se debía revisar su legislación y despenalizar el aborto en casos de aborto terapéutico y cuando el embarazo sea el resultado de incesto o violación.”³¹*
- Dos años más tarde, el comité de monitoreo del CEDAW manifestó su preocupación sobre el hecho de que *“el aborto, en toda circunstancia, sea un*

³⁰ *Ibíd.*, página 10, citando el “Roundtable Report” en su página 6.

³¹ 33ª Sesión del CDESC; Documento ONU E/C.12/1/Add.105, en relación a Chile; en párrafo 53.

delito penal bajo la legislación chilena” y exigió que el país “adopte medidas concretas para ampliar el acceso a la salud para las mujeres, en particular respecto de salud sexual y reproductiva.”³²

- Luego, en el año 2007, el Comité de Derechos Humanos de la ONU presionó a Chile, al calificar su legislación como “*indebidamente restrictiva*” y ordenó a nuestro país “*enmendar sus leyes relativas al aborto.*”³³
- Durante el año 2006, y en el caso de El Salvador –país cuya Constitución también protege la vida desde el momento de la concepción³⁴- el comité de monitoreo del PIDESC apuntó sus dardos a él, haciendo notar “*su preocupación... por la ilegalidad del aborto en toda circunstancia*” y urgiendo al estado a “*reformar su legislación relativa al aborto y considerar excepciones a la prohibición general del aborto, en casos de aborto terapéutico y de embarazos resultantes de violación o incesto.*”³⁵
- En el año 2004, el Comité de Derechos Humanos disparó en contra del derecho a la libertad de conciencia –un derecho reconocido explícitamente por la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁶ y por el PIDCP³⁷- al expresar su “*profunda preocupación acerca de las restrictivas leyes vinculadas al aborto en Polonia... la inaccesibilidad del aborto en la práctica incluso cuando la ley lo permite, por ejemplo en los casos de embarazado como resultado de violación, y por la falta de información sobre el uso de la clausula de objeción de conciencia por parte de los facultativos médicos que se rehúsan a practicar el aborto.*” El CDH prosiguió señalando que Polonia debiera “*liberalizar su legislación y práctica respecto del aborto*” y “*proporcionarle información adicional respecto del uso de la clausula de objeción de conciencia por parte de los médicos.*”³⁸

Además de estar sujetos a esta intimidación durante los exámenes periódicos universales y ante los distintos comités de monitoreo, los países que protegen la vida antes del nacimiento y que se han hecho parte de los distintos “protocolos opcionales” que existen en vinculación a muchos de estos tratados, pueden encontrarse envueltos en procesos contenciosos cuasi jurisdiccionales. Sin embargo, estos no son vinculantes ni son conocidos por tribunales imparciales, sino que por los mismos miembros de los comités de cumplimiento. Esto fue lo que sucedió en el caso de Karen Noelia Llantoy Huamán con Perú, que fue llevado ante el comité por una alianza de ONG’s pro aborto en contra de la República del Perú.³⁹

Si bien el CDH señala que no pretendió exigir al Perú cambiar su legislación protectora de la vida del no nacido, sí consideró que el país se encontraba en

³² Informe anual 2006 del Comité del CEDAW respecto de Chile, párrafos 19-20.

³³ 89ª Sesión del Comité de Derechos Humanos; documento ONU CCPR/C/CHL/CO/5 en relación a Chile; párrafo 8.

³⁴ Constitución Política de la República de El Salvador de 1983, artículo 1 (“*Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.*”).

³⁵ 37ª Sesión del CDESC; documento ONU E/C.12/SLV/CO/2 en relación con El Salvador; párrafos 25 y 44.

³⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, artículo 18 (proclamando la libertad de conciencia)

³⁷ Artículo 18.1 de la Pacto Internacional de Derechos de Derechos Civiles y Políticos.

³⁸ 82ª Sesión del Comité de Derechos Humanos; documento ONU CCPR/CO/82/POL/Rev.1 en relación a Polonia; párrafo 8.

³⁹ *Karen Noelia Llantoy Huamán v. Perú*, ante el Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 1153/2003, Oct. 24, 2005, documento ONU CCPR/C/85/D/1153/2003 (22 noviembre 2005), disponible en <http://www.lum.edu/humanrts/undocs/1153-2003.html>.

violación de ciertos derechos humanos al no proveer un acceso efectivo al aborto en los casos que el Comité consideró que éste era legal bajo la legislación peruana vigente. Esta distinción es cuestionable. El aborto se encuentra generalmente criminalizado en Perú, con la excepción de aquellos casos en que el embarazo genuinamente pone en peligro la vida o salud de la madre. No está permitido en casos en que la razón por la que se procura el aborto es la discapacidad del niño no nacido. El caso de Huamán con Perú involucraba a una madre cuyo bebé fue diagnosticado dentro del útero con anencefalia. Uno de los médicos tratantes recomendó el aborto, pero el hospital público en que se atendía declinó realizarlo, pues el embarazo ya se encontraba en un estado avanzado y el caso no cumplía con los criterios legales que lo harían permisible bajo la ley vigente. La vida de la madre no se encontraba amenazada en forma alguna por el embarazo y ella dio a luz y amamantó a su hijo, quien vivió por 4 días antes de finalmente morir por razones naturales.⁴⁰

El procedimiento llevado a cabo ilustra la sinergia de retroalimentación mutua que se genera entre las diversas ONG's y los comités de monitoreo. El caso fue levantado por las organizaciones no gubernamentales para avanzar una determinada agenda, valiéndose de un comité de monitoreo alineado con su posición, el cual concluyó la existencia de una violación de derechos humanos bajo un tratado -el PIDCP- que no hace mención alguna del aborto.

Adicionalmente a la actividad frente a los comités de las Naciones Unidas, los partidarios del aborto han levantado casos similares dentro de las jurisdicciones domesticas de distintos Estados, utilizando como argumento para sostener sus pretensiones que los estándares internacionales de derechos humanos requieren que los mismos liberalicen sus leyes sobre el aborto. Así fue como se logró convencer al Tribunal Constitucional de Colombia, en 2006, de liberalizar parcialmente el aborto en su país, apoyándose en parte sobre las declaraciones hechas por los comités de monitoreo como el del CEDAW para sostener que la modificación a la legislación penal era requerida.⁴¹ Aún cuando es concebible que un tribunal doméstico llegue a esa decisión por su cuenta, en lo que al derecho internacional de los derechos humanos refiere no existe norma o costumbre alguna que sea razón para que un tribunal nacional llegue a dicha conclusión.

IV. REIVINDICANDO LA SOBERANÍA: EL DERECHO DE LOS ESTADOS A DEFENDER LA VIDA HUMANA ANTES DEL NACIMIENTO Y LA RESTAURACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO A NIVEL INTERNACIONAL

¿Qué se puede hacer entonces ante estos argumentos falaces por parte de países que se encuentran bajo presión para enmendar sus leyes o constituciones que protegen la vida humana desde la concepción? La respuesta es que debemos reafirmar sin miramientos nuestro derecho soberano como pueblo de adoptar y

⁴⁰ Comunicación Nº 1153/2003, Oct. 24, 2005, documento ONU CCPR/C/85/D/1153/2003 (22 noviembre 2005), disponible en <http://wwwl.umn.edu/humanrts/undocs/1153-2003.html>.

⁴¹ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia Rol Nº 355/2006, disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm.

mantener estas medidas como expresión de nuestra voluntad soberana y de un verdadero respeto por los derechos humanos.

Existen ya varios ejemplos de países que han tomado la iniciativa y han hecho precisamente esto. En 2007, Pakistán se encontraba bajo cuestionamiento por parte del comité de la CEDAW por su legislación protectora de los no nacidos. El representante del Estado simplemente le informó al comité que los paquistaníes consideran que el aborto es equivalente al homicidio una vez que el feto ha sido concebido y que por lo mismo no estaban dispuestos a ceder ante sus cuestionamientos.⁴² Cuando el comité de la CEDAW fustigó a Honduras por su legislación contraria al aborto, calificándolo como un “crimen”, los miembros de la delegación hondureña respondieron que el artículo 67 de la Constitución de su país le otorga idénticos derechos a los niños nacidos y no nacidos.⁴³

En caso de que la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional de un país son requeridos con argumentos basados en supuestos estándares de derecho internacional, estos asuntos debieran de resolverse de forma consistente con la propia constitución nacional, otorgándole a dichos argumentos el valor que corresponda bajo las normas constitucionales aplicables. Así ha sucedido en el extranjero recientemente. Por ejemplo, en el caso de *Medellín v. Texas*,⁴⁴ la Corte Suprema de Estados Unidos reafirmó el derecho de la nación soberana a gobernarse de conformidad con su propia constitución. Chile por su parte no se ha quedado atrás, y en reiteradas ocasiones ha reafirmado la doctrina sentada de que los tratados internacionales de derechos humanos no poseen el mismo carácter que la Constitución Política y que se someten también a esta. La oportunidad más reciente en que ello ha sucedido fue en el año 2012, en la sentencia rol 2387-12, en que el Tribunal Constitucional expresamente refrendó que los tratados, aún de derechos humanos, no son superiores ni equivalentes a nuestra Constitución.

Es más, en la medida que los Estados alzan la voz por su soberanía en la defensa de los no nacidos -en contra de las pretensiones indebidas de los comités de monitoreo, las agencias de las Naciones Unidas y las organizaciones no gubernamentales radicales- el imperio del derecho y la legitimidad del régimen jurídico internacional son fortalecidos. A la inversa, en la medida de que los Estados acceden a estas pretensiones infundadas de actores internacionales no-estatales, que se exceden de sus mandatos y de lo que el derecho exige, el imperio del derecho y el respeto por el ordenamiento jurídico internacional se verán cada vez más mermados.

Si los comités de cumplimiento y las distintas agencias internacionales insisten en exceder sus competencias, los Estados no se encontrarían injustificados en

⁴² Ver Samantha Singson, “Pakistan Tells Pro-Abortion UN Committee that “Abortion is Murder.” *Friday Fax*, mayo 31, 2007, disponible en <http://www.lifesitenews.com/news/pakistan-tells-pro-abortion-un-committee-that-abortion-is-murder>.

⁴³ Samantha Singson, *Friday Fax*, C-FAM, Vol. 10, No. 33, agosto 2, 2007, disponible en <http://c-fam.org/en/2007/6739-cedaw-tells-hondurans-that-abortion-ban-is-a-crime>

⁴⁴ Sentencia Corte Suprema de EE.UU. Rol N° 06-984, 552 U.S. __, 129 S. Ct. 360 (Mar. 25, 2008), disponible en: <http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-984a.pdf>

considerar su salida de los distintos tratados o convenciones, por medio de la denuncia de los mismos.

Esto no sería lo normal ni lo deseable, pero ciertamente existen precedentes al respecto. Así por ejemplo, los Estados Unidos de América retiraron su firma del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional durante la administración de George W. Bush. Lo mismo hizo el Estado de Canadá en 2011 al retirarse del Protocolo de Kyoto, y Trinidad y Tobago, al denunciar la Convención Americana de Derechos Humanos en 1999, por nombrar sólo algunos. Ciertamente se esperaría que esta medida no fuere necesaria con respecto de los tratados fundamentales en materia de derechos humanos, pero es una opción que puede y debe considerarse en caso de que los comités de monitoreo insistan en la reinterpretación de los tratados más allá de su texto expreso y su alcance declarado, al buscar hacer responsables a las naciones de estándares artificiosos a los cuáles jamás se ha accedido.

Muy a menudo esta falta de respeto por la soberanía nacional de los Estados se traduce en una especie de imperialismo cultural, con la imposición de un set de valores de las élites occidentales (no compartidos por todos los países de occidente) sobre las naciones reticentes.

El modus operandi que hemos descrito en estas páginas, y que se continúa desarrollando al tiempo que escribimos estas líneas, termina convirtiéndose en un factor de devaluación del ordenamiento jurídico internacional. Dado que no existe un derecho al aborto dentro del contexto del derecho internacional, los intentos de fabricar dicho derecho e imponerlo en contra de la voluntad de las naciones soberanas por medio del mal uso del sistema de tratados, con prescindencia de su texto expreso, sólo pueden resultar en el empobrecimiento del sistema y consecuencias negativas para todos los afectados.

En definitiva, y como se ha demostrado en estas páginas, no existe una obligación internacional para el Estado de Chile, ni para ningún Estado, de tener que legalizar o despenalizar el aborto como parte de los estándares internacionales de derechos humanos. Esa pretensión no es sino el deseo de agrupaciones no gubernamentales radicales que, con absoluta inobservancia del derecho internacional, buscan imponer su agenda de forma antijurídica y antidemocrática. Si hay una conclusión que sacar de todo lo que se ha expuesto es esta: **el aborto no debe ser aprobado en Chile en base a argumentos falaces que no son jurídicamente correctos y sin que exista una obligación de derechos humanos al respecto.**