

**INDÍGENAS NO NACIDOS:
¿LOS PROTEGE EL PACTO DE SAN JOSÉ?**

Lic. Álvaro Paul Díaz^()*

Abogado chileno

(Recibido 30/05/11; aceptado 30/11/11)

(*) E-mail: alvaropauldiaz@com

Actualmente reside en Dublín, Irlanda.

Teléfonos: 353-857706987; Fax 353-16761137

RESUMEN

En el reciente caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, la Corte Interamericana se vio enfrentada al tema del estatus del no nacido, pero decidió no pronunciarse sobre este asunto. Este artículo, como reacción a dicha decisión, busca interpretar el Pacto de San José, desentrañando el sentido de la norma que dispone que el derecho a la vida deberá protegerse, “en general, a partir del momento de la concepción.”

Palabras clave: Convención Americana de Derechos Humanos, Vida, No Nacido, Concepción, Corte Interamericana.

ABSTRACT

In the recent Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay case, the Inter-American Court was faced with the matter of the unborn child's status. However, the Court avoided issuing a decision in this regard. As a reaction, this article purports to interpret the American Convention on Human Rights, elucidating the meaning of the norm stating that the right to life shall be protected, “in general, from the moment of conception.”

Key words: American Convention on Human Rights, Life, Unborn, Conception, Inter-American Court.

SUMARIO

1. Cuestiones generales sobre el caso Xákmok
2. Interpretando el artículo 4.1 en relación al no nacido
 - 2.1. Interpretación textual del tratado a la luz de su contexto, objeto y fin
 - 2.2. Método de interpretación complementario: Trabajos preparatorios
 - 2.3. Interpretaciones evolutiva y pro homine
3. Alcance de la frase “en general”
 - 3.1. Tres posibles interpretaciones del texto de la Convención
 - 3.2. Interpretación más convincente

Conclusiones

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Los preámbulos de la Declaración y de la Convención sobre los Derechos del Niño se refieren a la protección, cuidado y debida protección legal del niño “tanto antes como después del nacimiento”. Estos no son los únicos instrumentos que tratan de “niño” al ser humano antes del parto: también lo ha hecho alguna legislación y fallos domésticos, así como sentencias de tribunales internacionales. La calificación del no nacido como “niño” es una acción que tiene importantes consecuencias, como puede ser el reconocerlo como sujeto de derechos. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), tiene en su artículo 4.1 una peculiar norma sobre el derecho a la vida, que provee: “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.” Esta norma no trata de niño al *nasciturus*, pero utiliza un lenguaje que puede tener consecuencias igualmente importantes.

La citada Convención ha encargado la interpretación de sus normas, principalmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ésta ha dictado cerca de ciento treinta sentencias de fondo sobre muy diversos temas, pero hasta ahora no ha interpretado el artículo 4.1 en materia del no nacido. Ello, a pesar de que los peticionarios del reciente caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay hicieron una solicitud en el tema del *nasciturus*.

Este estudio describirá qué sucedió en el caso Xákmok; dará una interpretación de qué es lo que quiere decir el ambiguo artículo 4.1 de la CADH, y determinará cuál habría sido la decisión correcta en el caso Xákmok. Como conclusión, se afirmará que, no obstante la CADH podría ser interpretada como compatible con cierta legislación que autorice excepcionalmente el aborto, ella declara la calidad de persona del *nasciturus*, por lo que la Corte debiera haber concedido las reparaciones solicitadas en el caso Xákmok.

La importancia actual de este ensayo es patente si se tiene en consideración el reciente informe elaborado por la Comisión Interamericana, que consideró que la prohibición jurisprudencial de la fecundación *in vitro* en Costa Rica habría violado los derechos a fundar una familia y a la privacidad.

1. CUESTIONES GENERALES SOBRE EL CASO XÁKMOK

El caso Xákmok se refiere principalmente a los derechos de propiedad colectiva de un pueblo originario en el Paraguay. Los recurrentes de este caso sostenían que ellos habían reclamado la propiedad de sus tierras ancestrales en conformidad con la legislación paraguaya, pero sin mayores resultados. Ellos también afirmaban que, como consecuencia de esta falta del reconocimiento del derecho a sus tierras ancestrales, se vieron forzados a vivir en un lugar desprovisto de los medios necesarios para su subsistencia, lo que los dejó en un estado de tal precariedad, que afectó sus condiciones generales de vida y, en particular, su salud. Por ello, decenas de integrantes de esta Comunidad murieron. Entre los fallecidos se encuentran dos no nacidos.

Al decidir este caso, la Corte afirmó que el Estado había quebrantado su obligación de reconocer la propiedad de la Comunidad. Además, la Corte consideró que el derecho a la vida no es sólo fuente de obligaciones negativas, sino que también obligaciones positivas dirigidas a proteger y preservar este derecho. En consecuencia, después de dar por probado que el Estado estaba en conocimiento de la existencia de un peligro para la vida de los miembros de esta comunidad indígena, y que no habría hecho uso de las medidas necesarias y razonables para hacer frente a esta situación, falló en contra del Estado. Al momento de determinar qué muertes eran responsabilidad de Paraguay, la Corte distinguió entre los distintos casos. Al referirse a la situación de los no nacidos, sostuvo lo siguiente: “la Corte nota que los representantes y la Comisión no han presentado argumentos en relación con la presunta violación del derecho a la vida de ‘no natos’, por lo que, ante la falta de fundamentación, el Tribunal carece de elementos de juicio para determinar la responsabilidad del Estado respecto a dichos casos.”

2. INTERPRETANDO EL ARTÍCULO 4.1 EN RELACIÓN AL NO NACIDO

En variadas ocasiones la Corte Interamericana ha usado las reglas fijadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) como guía en su interpretación del Pacto de San José. Por ello este estudio utilizará los principios establecidos en la CVDT. Sin perjuicio de lo anterior, este trabajo también se referirá a las posibilidades de interpretación de la CADH en un sentido evolutivo y *pro homine*.

Como cuestión previa, conviene hacer presente que, aunque la Corte no se ha pronunciado sobre el no nacido o el aborto, la Comisión Interamericana sí lo ha hecho. El primer pronunciamiento de la Comisión fue efectuado en el caso “Baby Boy” Vs. Estados Unidos, donde este organismo sólo aplicó la Declaración Americana, no la Convención. El segundo es el caso de Paulina Ramírez contra México, donde la Comisión no se pronunció sobre si el aborto era o no permisible de acuerdo a la Convención, sino sobre la legitimidad de las restricciones que se habrían interpuesto a la práctica de un aborto legal según la normativa de Baja California. Por último, en el caso sobre la fecundación *in vitro* en Costa Rica, la Comisión no tuvo que decidir sobre el tema del aborto directo. Así, ninguno de estos pronunciamientos trata en forma general el estatuto del no nacido ante la CADH. Además, debe recordarse que la Corte ha contrariado en numerosas oportunidades las interpretaciones que la Comisión ha hecho de la CADH.

2.1. Interpretación textual del tratado a la luz de su contexto, objeto y fin

Lo primero que debe hacer una interpretación que siga las reglas de la Convención de Viena es analizar el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. La interpretación que haga este estudio no juzgará el contenido del artículo 4.1 de la Convención, sino que sólo expondrá su alcance y significado. El primer paso para hacerlo será analizar detalladamente la norma respectiva, que está compuesta por tres oraciones:

1ra: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”;

2da: “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”, y

3ra: “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Atendido que el objeto de este trabajo es analizar el artículo 4.1 en relación al no nacido, se pondrá especial atención a la segunda oración, que se refiere especialmente al momento de la concepción. Ella está fragmentada por la expresión “en general”. Sin este elemento intercalado la oración dispondría: Este derecho estará protegido por la

ley y a partir del momento de la concepción. Tal redacción, sin la frase “en general”, fue propuesta por los tres proyectos en los que se basó la Convención Americana (Gral. Sec. OAS, 236, 280 & 298). Atendida la complejidad que presenta la frase “en general”, el estudio de la segunda oración será dividido en dos etapas. Por un lado se analizará tal oración sin la frase “en general”, para así entender a qué se le está haciendo dicha salvedad. Después se analizará el sentido de la oración con la referida frase.

El sujeto de la segunda oración es “este derecho”. La palabra “este” remite al lector al derecho referido en la primera oración, es decir, al derecho al respeto de la vida. Atendido que esta oración está construida en una voz pasiva, hay una acción que es ejercida en el sujeto “este derecho”: la “protección”. Como puede apreciarse, esta segunda oración no expande ni restringe el derecho a la vida, sino que sólo establece una obligación de protección. Las expresiones “por la ley” y “a partir del momento de la concepción” están calificando la acción de protección, buscando que el amparo otorgado al derecho a la vida tenga, al menos, esas dos características. Un aspecto importante de este mandato de proteger la vida desde la fecundación, es que se basa en el entendimiento de que el derecho a la vida ya existe en dicho instante, pues de otro modo no habría nada que proteger.

Además, la Convención no sólo declara que el no nacido tiene el derecho a la vida, sino que también reconoce su personalidad. En efecto, la segunda oración del artículo 4.1 extrae la idea del derecho a la vida del nasciturus a partir de la primera oración, que declara que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. El artículo 4.1 no admite otra interpretación en este sentido: la primera oración se refiere al derecho de toda persona a que se respete su vida, y la segunda establece la obligación de proteger “este derecho” a partir del momento de la concepción. En otras palabras, la segunda oración se basa en la premisa de que el derecho a la vida de las personas incluye a quienes se encuentran en la etapa intrauterina. Cualquier intento por restringir el alcance del concepto “persona” sería contrario al lenguaje usado por el artículo 4.1.

Las afirmaciones anteriores encuentran también apoyo en otras normas de la CADH, que exhibe una tendencia general en el sentido ya analizado. Por ejemplo, el artículo 1.2 establece que “[p]ara los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, cuestión que refuerza la personalidad del no nacido, ya que no es fácil sostener que

un feto no pertenezca a la especie humana. Otra norma es la establecida en el artículo 4.5, que prohíbe la aplicación de la pena capital a mujeres embarazadas. Esta regla no fue establecida en beneficio de la madre, cuyos derechos más básicos son llevados a término al aplicársele tal pena, sino que en favor del niño en desarrollo.

El análisis previo aún no ha incluido un estudio de la frase “en general”, que debe ser interpretada. Su sentido literal es simplemente que la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción admite ciertas excepciones. En otras palabras, la CADH entiende que existen situaciones que pueden oponer obstáculos a la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción. Sin embargo, aunque estos óbices pueden impedir la protección del no nacido, en ningún caso lo hacen perder su calidad de persona. Esto no admite dudas, ya que el elemento “en general” fue intercalado en la oración relacionada con la protección del derecho a la vida, no en la que reconoce su personalidad. Desafortunadamente, la extensión de la frase “en general” no fue definida en la Convención, y por eso será analizada más adelante en este trabajo.

La CVDT exige que las interpretaciones textuales estén de acuerdo con el contexto, objeto y fin de un tratado, y la interpretación previa cumple con este requisito. En efecto, es entendible que una Convención sobre garantías básicas busque proteger la vida humana como tal, con independencia de su nivel de desarrollo. Frente a esto, alguien podría argumentar que esta interpretación se opone a la protección de otros derechos relacionados con el aborto, como el derecho a la privacidad, pero esta interpretación no tiene fundamento en el texto de la Convención, cuya explícita mención a la vida desde la concepción no podría verse menoscabada por una construcción interpretativa discutible. Incluso más, la frase “en general” manifiesta la posición tomada por la Convención en un posible choque entre el derecho a la vida y otros –como la privacidad–, pues señala que, aunque en ciertos momentos pueden permitirse interferencias con la protección de la vida, ello sólo podría suceder en situaciones excepcionales.

La postura de la Convención frente al derecho a la vida puede ser considerada como un valor guía de este sistema regional, ya que refleja la especial importancia que las legislaciones nacionales conceden al no nacido en América. En efecto, numerosas Constituciones políticas latino-americanas protegen la vida desde el momento de la concepción.

Asimismo, esta preocupación también se observa en la legislación de aquellos países que prohíben toda norma de aborto directo (Chile, El Salvador, Honduras y Nicaragua), y en la jurisprudencia constitucional de Costa Rica, que prohíbe la fecundación in vitro. Incluso más, no parece ser una coincidencia que, mientras todos los Estados recién nombrados son parte de la Convención, la mayoría de los Estados con leyes liberales de aborto no lo son (v. gr. Canadá, EE.UU., Guyana y Cuba).

Con algunas excepciones, la doctrina está consciente de este sentido del artículo 4.1 de la Convención. Algunos de los juristas que entienden que la Convención protege la vida del no nacido son Monroy Cabra (p. 36), Cançado Trindade (Tanner, 177), Rodríguez Rescia (p. 11), Pasqualucci (p. 341). Además, algunas autoridades gubernamentales también han adoptado esta posición.

Si el intérprete considerara que la Convención no buscó declarar y proteger el derecho a la vida desde el momento de la fecundación, la referencia que el Pacto hace a la concepción acabaría siendo inútil. Esto estaría en contra del principio interpretativo básico de que las disposiciones de una norma deben ser entendidas de un modo en que tengan efecto. Por ello, debe entenderse que el texto de la Convención, entendido a la luz de su contexto, objeto y fin, es claro en que el no nacido es titular del derecho a la vida, a pesar de que pueda haber ciertas excepciones a su protección. La extensión de estas excepciones a la protección del derecho a la vida serán tratadas más adelante en este trabajo. La siguiente sección se dedicará, a pesar del principio *in claris not fit interpretatio*, a considerar otros procedimientos interpretativos, como el recurso a los trabajos preparatorios de la CADH, los que a veces han sido mal entendidos al interpretar el sentido del artículo 4.1.

2.2. Método de interpretación complementario: Trabajos preparatorios

A pesar de que los trabajos preparatorios son sólo un método complementario de interpretación según la Convención de Viena (Art. 32), varias de las elucidaciones del artículo 4.1 de la CADH se han basado principalmente en ellos (Cf. Shelton, 314). Sin embargo, incluso este método complementario de interpretación apoya claramente el hecho de que el recién concebido es considerado una persona en el sistema interamericano.

Según se afirmó recientemente, los tres proyectos originales de la Convención proponían la aprobación de una oración que dispusiera: *“Este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción”*. Sin embargo, cuando la Comisión recibió estos proyectos e hizo su propuesta, “trató de suavizar el rigor del principio consagrado en el Proyecto y por esto propuso intercalar las palabras ‘en general’” (Gral. Sec. OAS, 192). Sin embargo, consideró que *“por razones de principio era fundamental”* mantener la referencia a la concepción (Gral. Sec. OAS, 98. El destacado es nuestro).

Esta redacción propuesta por la Comisión fue entendida como reconociéndole personalidad al no nacido –con todas sus consecuencias–. Es por ello que Brasil propuso suprimir la frase “y, en general, a partir del momento de la concepción”. Este Estado argumentó que, a pesar de que el Código Civil protegía los derechos del no nacido desde el momento de la concepción, su Código Penal permitía la práctica de abortos cuando un embarazo amenazara la vida de la madre o hubiera sido el resultado de “estupro” (Sec. Gral. OEA, 121).

La propuesta de Brasil fue apoyada por los Estados Unidos. Por su parte, República Dominicana propuso copiar la disposición del derecho a la vida del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que no hace referencia al momento de la concepción, lo que habría tenido los mismos efectos prácticos que suprimir la disputada frase. Según la República Dominicana, el motivo por el cual propuso suprimir esta frase fue el fortalecimiento de “conceptos universales de los derechos humanos” (Sec. Gral. OEA, 57). Ecuador, por su parte, tenía la opinión contraria, ya que proponía la eliminación de la frase “en general”, protegiendo así la vida desde la concepción en toda circunstancia (Sec. Gral. OEA, 160). La propuesta de Brasil fue fuertemente opuesta por Venezuela, que argumentó que las leyes internas no podían ser usadas para decidir sobre derechos civiles y políticos a nivel universal; que la Convención no podía hacer concesiones en relación a la existencia de la vida desde el momento de la concepción, y que sería inaceptable que la Convención no estableciera un principio como éste (Sec. Gral. OEA, 159 & 160).

La propuesta de Brasil y Estados Unidos fue rechazada. Asimismo, el resultado del actual artículo 4.1 tampoco es el propuesto por los proyectos originales o por Ecuador, de modo que admite excepciones a la protección del derecho a la vida, las que serán analizadas en la sección final de este trabajo. Sin embargo, el texto

actual es el mismo que fue defendido por Venezuela diciendo que “no puede haber concesiones” a la existencia del derecho a la vida desde el momento de la concepción (Sec. Gral. OEA, 160). Por ello, a pesar de que el artículo 4.1 utilice la salvedad “en general”, los trabajos preparatorios permiten al intérprete afirmar que la actual redacción es una solución más de principios que de concesiones entre los países americanos.

2.3. Interpretaciones evolutiva y *pro homine*

De lo que se ha dicho hasta el momento queda claro que el texto de la Convención considera que el no nacido es una persona a quien se le reconoce el derecho a la vida. Sin embargo, no está de más preguntarse si una interpretación evolutiva o *pro homine* –utilizadas también por la Corte– podría entender que ha cambiado esta lectura, tornando el derecho a la vida más restrictivo.

Frente a ello, debe observarse que las interpretaciones progresivas de los tratados de derechos humanos son siempre usadas para ampliar el alcance de los derechos, nunca para reducirlos, ya que las regresiones no son aceptadas por quienes favorecen las interpretaciones progresivas (Mahoney, 66). Esto es especialmente así cuando uno se enfrenta con el derecho a la vida, ya que, “[e]n razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”. Por ello, interpretaciones progresivas sólo podrían hacer más exigente el derecho al respeto de la vida.

Sin perjuicio de lo anterior, alguien podría argumentar que interpretar la Convención como compatible con legislaciones que permitan el aborto no es restringir el derecho a la vida, sino que potenciar otros derechos, como el de la privacidad o el de la integridad personal. Sin embargo, los sistemas jurídicos en los que se han invocado estos derechos para dejar sin efecto la prohibición del aborto, son sistemas en que el estatus constitucional del *nasciturus* no se encuentra establecido en forma tan clara como en la Convención, que explícitamente reconoce la personalidad desde la concepción.

Además, debe tenerse en consideración que las interpretaciones evolutivas pueden dar luces sobre el significado de ciertos términos en un determinado tratado, pero no pueden contrariar el texto del mismo. En efecto, las únicas materias que pueden ser interpretadas evoluti-

vamente, y de ese modo expandir la aplicación de un tratado a campos que no habían sido previstos, son aquellas que ya se encontraban explícita o implícitamente en el texto de un tratado (Mahoney, 66). Esta precaución debe ser tenida especialmente en cuenta en el caso del artículo 4.1, ya que se refiere al derecho a la vida, “un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos”.

Por último, las interpretaciones progresivas requieren de un motivo para ser aplicadas. En muchos casos éste será un cambio en las circunstancias, por ejemplo, por la existencia de nuevos métodos tecnológicos. Sin embargo, esta última justificación podría ser utilizada justamente para hacer más exigente la protección de la vida, pues los mayores conocimientos en materia de anticoncepción, la comprensión del ADN del embrión, y los cada vez menores peligros asociados al embarazo podrían justificar una interpretación evolutiva que potencie el derecho a la vida, haciendo más estrechas las excepciones aceptadas por la frase “en general”. Incluso, si se considerara el consenso internacional como base de un concepto evolutivo de los derechos humanos –cuestión muy discutible–, éste no podría ser usado en este caso, ya que las tendencias internacionales no son claras. Algunas legislaciones se han vuelto más liberales, como en el caso del Distrito Federal de México o Colombia, pero otras se han vuelto más estrictas, como ha sucedido en el caso de Nicaragua, El Salvador, Chile y en muchas constituciones de estados de mexicanos. Incluso en Estados Unidos podría afirmarse que la legislación se ha vuelto menos favorable al aborto.

Por otra parte, algo similar sucede con el principio *pro homine*. Éste es usado para extender un derecho, pero nunca para restringirlo. Por tanto, no podría usarse para restringir la protección al derecho a la vida. Además, si con esta interpretación se buscara potenciar otros derechos, como el derecho a la privacidad, ello no podría hacerse en contra del texto expreso de la Convención. La misma Corte Interamericana ha señalado que “el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”. Por último, este principio podría usarse para afirmar que el sistema interamericano no permite ningún tipo de abuso en contra de la persona, concepto que incluye al no nacido. En efecto, este argumento fue utilizado por el Tribunal Constitucional de Chile para favorecer al *nasciturus*.

3. ALCANCE DE LA FRASE “EN GENERAL”

Este estudio ha mostrado la intención de la Convención de reconocer personalidad al ser humano desde el momento de la concepción, y de requerir al Estado que proteja, como regla general, la vida del feto desde tal momento. Hasta ahora este trabajo no ha interpretado cuál es el significado de la expresión “en general”, cuestión que se hará a continuación.

3.1. Tres posibles interpretaciones del texto de la Convención

El texto de la Convención es claro al autorizar la desprotección de la vida sólo en circunstancias excepcionales, de modo que la regla general debiera ser la protección. No obstante ello, la existencia de una excepción a derecho a la vida del inocente parece filosóficamente incoherente con el espíritu de la Convención. Sin embargo, no lo será si tal excepción es interpretada a la luz de otras normas de la CADH.

Ni la Convención ni los trabajos preparatorios dejaron muchas pistas claras para resolver cuáles son las excepciones al derecho a la vida permitidas. En todo caso, cualquier interpretación que se haga al artículo 4.1 deberá excluir lecturas que tornen inútil la frase “en general, a partir del momento de la concepción”. En consecuencia, no se deberán tomar en cuenta interpretaciones que olviden la existencia de la frase “en general”, que refleja que la protección del derecho a la vida del no nacido no es absoluta. Tampoco son aceptables aquellas interpretaciones que priven de contenido a la generalidad de la protección desde el momento de la concepción, pues la Convención busca que la protección de la vida del nasciturus sea la regla general, prohibiendo el aborto libre. En consecuencia, parece haber sólo tres posibles lecturas de las excepciones referidas en el término “en general”.

Las primeras dos lecturas se basan en que los redactores de la Convención no quisieron aceptar la propuesta de los Estados Unidos y Brasil, cuyas legislaciones de la época aceptaban casos muy limitados de aborto. Este rechazo significaría que las naciones americanas no querían permitir, precisamente, las excepciones al derecho a la vida autorizadas por tales Estados.

La primera de estas dos interpretaciones es de Rita Joseph. Ella, a falta de antecedentes para interpretar el artículo 4.1 de la CADH en

los trabajos preparatorios respectivos, se basa en los del PIDCP. Ella nota que durante la elaboración del PIDCP, uno de los Estados presentó una indicación para insertar una referencia a la concepción, y analiza los motivos que llevaron a su rechazo. Después de hacerlo, Rita Joseph considera que la expresión “en general” no fue agregada a la CADH como una solución consensuada que permitía a los Estados mantener sus leyes de aborto, sino para expresar que el derecho a la vida debe entenderse, “a grandes rasgos, desde el momento más temprano de existencia o, hablando en forma más práctica, desde el primer conocimiento que se tenga de la existencia del niño por parte de la madre, el doctor y/o el Estado” (Joseph, 225).

Atendido el rechazo de la propuesta de Brasil y los Estados Unidos, una segunda interpretación considera que la frase “en general” permitiría sólo las excepciones aceptadas en legislaciones que prohíben el aborto directo. Tales sistemas legales toleran aquellas terminaciones del embarazo que se siguen de la aplicación del principio del doble efecto. En otras palabras, permiten los abortos indirectos, aquellos que son el efecto previsto de intervenciones médicas destinadas a curar a la madre, no a dañar al nasciturus. Ejemplo de lo anterior es el caso de una mujer embarazada que requiera inmediatamente de radioterapia para enfrentar un cáncer que amenace su vida. Este tratamiento posiblemente resultará en la muerte del no nacido, pero no busca directamente dar muerte al nasciturus. Algo similar podría suceder en el caso de un embarazo ectópico.

Una tercera forma de interpretar la Convención es prestando atención sólo al texto del Pacto, y no al hecho de que la propuesta de Brasil y los Estados Unidos fue rechazada. Esta posición vería en la redacción actual del artículo 4.1, un acuerdo político entre los Estados que autorizaban el aborto en ciertos casos y aquellos que no lo hacían. Como consecuencia, tal interpretación consideraría que la CADH es compatible con legislaciones que permitan el aborto en forma excepcional, como sucede con embarazos que constituyen un peligro real para la vida de la madre, o que son el resultado de una violación. Éstos fueron los casos descritos por el delegado de Brasil al momento de oponerse a la norma correspondiente.

Como puede observarse, aunque se adoptara la interpretación más liberal posible de entre aquellas compatibles con el texto de la CADH, ella no permitiría situaciones como la del caso Xákmok, donde habría sido la negligencia del Estado la que provocó la muerte de los niños no nacidos.

3.2. Interpretación más convincente

Las tres interpretaciones recién expuestas podrían ser consideradas compatibles con el texto del artículo 4.1 de la CADH considerado aisladamente. Sin embargo, la segunda solución parece ser la más convincente a la luz de la CADH considerada como un todo. La primera razón por la cual esta interpretación es más convincente, es porque tiene en consideración, junto con la lectura de Rita Joseph, que la propuesta de Brasil y los Estados Unidos fue rechazada, un hecho frente al que la tercera interpretación parece estar ciega. Sin embargo, entre las dos lecturas que tienen en cuenta este hecho, la primera no parece muy convincente, porque se basa principalmente en los trabajos preparatorios de una convención de derechos humanos distinta.

La segunda interpretación es también más plausible que la tercera atendida la distinción entre protección y respeto que se consagra en las primeras oraciones del artículo 4.1. Estos conceptos suelen ir de la mano, pero la Convención establece que habrá casos en los que el derecho a la vida puede ser respetado, pero sin estar protegido, ya que la Convención admite excepciones a la protección de la vida, pero no a su respeto. No es fácil entender cómo es posible respetar un derecho sin protegerlo, pero este enigma se resuelve al adoptar la interpretación según la cual la Convención autorizaría sólo abortos indirectos. Ella permite que haya momentos en los cuales la vida del concebido no se proteja –pues no se impedirá que la madre se someta a tratamientos curativos necesarios y proporcionales que puedan acarrear indirectamente la muerte del no nacido–, pero se respete –ya que las acciones que acarreen la muerte del nasciturus no habrán estado dirigidas en su contra–.

La segunda interpretación también parece ser más convincente por estar de acuerdo con el derecho a la igual protección de la ley, establecido en el artículo 24, que exige considerar que el derecho a la vida del nasciturus y de su madre coexisten en igualdad de condiciones. Una interpretación que permita acciones destinadas a acabar directamente con la vida del no nacido, incluso si ellas son realizadas después de equilibrar sus intereses con los de su madre iría en contra de lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención –especialmente si el nasciturus es abortado por ser discapacitado–. Sólo una acción que no vaya directamente en contra de la vida del no nacido sería admisible como excepción a la protección de la vida según el artículo 4.1.

En consecuencia, la interpretación que permite desproteger la vida del no nacido sólo cuando sea afectada como resultado no querido de un tratamiento médico destinado a salvar la vida de la madre parece ser la más convincente. Las razones de ello emanan principalmente del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos considerada como un todo.

CONCLUSIONES

El caso *Xákmok Kásek* fue el primero en el cual la Corte fue enfrentada directamente con el tema del no nacido. Sin embargo, el Tribunal Interamericano decidió no embarcarse en este tema, probablemente por su naturaleza tan controversial. Esta actitud es lamentable, atendido que es necesario aclarar la disposición de la Convención que protege la vida, “en general, a partir del momento de la concepción”. Para resolver este caso la Corte debiera haber notado que la Convención declara que el no nacido es persona y tiene derecho a la vida, sin perjuicio de que ésta no siempre se proteja.

En algunos sistemas jurídicos la controversia entre el interés del no nacido y de la mujer embarazada ha sido entendida como un choque de derechos entre estos dos grupos. Sin embargo, en el sistema interamericano esta situación se encuentra ya resuelta por la misma CADH. Si se quisiera hablar en clave de equilibrios de derechos, podría decirse que la Convención ha dado un peso decisivo al derecho a la vida, cuestión que hace por considerar que “de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular.”

Sin perjuicio de lo anterior, el texto del derecho a la vida en el Pacto de San José no es absolutamente claro, ya que acepta excepciones a la protección del derecho a la vida, sin señalar explícitamente cuáles son éstas. Por ello, convendría que la Corte se pronunciara sobre esta norma. Este artículo considera que las excepciones permitidas son sólo aquellas derivadas de la aplicación del principio de doble efecto.

Sin perjuicio de lo anterior, ni siquiera la interpretación más liberal de estas excepciones a la protección de la vida –en tanto sea fiel al texto de la Convención– permitiría incluir dentro de ellas las acciones negligentes del Estado que conlleven la muerte de niños no nacidos.

Por ello, la solución del caso Xákmok en este punto era suficientemente sencilla: la Corte debiera haber otorgado la indemnización solicitada por la comunidad indígena.

BIBLIOGRAFÍA

- CORRAL TALCIANI, Hernán. *Derecho Civil y Persona Humana: Cuestiones Debatidas*, Santiago, Lexis Nexis, 2007, 244.
- DEVINE, Philip E. *The Principle of Double Effect*. *The American Journal of Jurisprudence*, 1974, 19, 44-60.
- Gral. Sec. OAS (General Secretariat of the Organization of American States), *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968 / Inter-American Yearbook on Human Rights 1968*, Washington, D.C., Secretariat of the Inter-American Commission on Human Rights, 1973, 428.
- IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), *La Actuación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité Cedaw)*, Tomo I, San José, IIDH, 2008, 818.
- JOSEPH, Rita. *Human Rights and the Unborn Child*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 350.
- KACZOR, Christopher. *Moral Absolutism and Ectopic Pregnancy*, en *Journal of Medicine and Philosophy*, 2001, 26, 61-74.
- MAHONEY, Paul. *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*. *Human Rights Law Journal*, 1990, 11, 57-88.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. Santiago, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2003, 428.
- MIRANDA MONTECINOS, Alejandro. *El Principio del Doble Efecto y Su Relevancia en el Razonamiento Jurídico*. *Revista Chilena de Derecho*, 2008, 35, 485519.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Derechos y Deberes Consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos 'Pacto de San José de Costa Rica'*, en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, D.C., Secretaría General O.E.A., 1980.
- PALACIOS ZULOAGA, Patricia. *La Aplicabilidad del Derecho a la Vida al Embrión o Feto en la Jurisprudencia Internacional*. *Anuario de Derechos Humanos*, 2005, 1, 75-80.

- PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge, C.U.P., 2003, 488.
- RAMCHARAN, B.G. *The Right to Life in International Law*. Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 355.
- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor. *Las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Guía Modelo para su Lectura y Análisis*. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, 31.
- SCHABAS, William A. *Canadian Ratification of the American Convention on Human Rights*. Netherlands Quarterly of Human Rights, 1998, 16, 315-342.
- Sec. Gral. OEA (Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos). Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos: Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, San José, Costa Rica, 7-22 de Noviembre de 1969, Washington, D.C., Secretariat of the Inter-American Commission on Human Rights, 1973, 534.
- SHELTON, Dinah. *Abortion and the Right to Life in the Inter-American System: The Case of 'Baby Boy'*. Human Rights Law Journal, 1981, 2, 309-318.
- TANNER, Lauri R. *Interview with Judge Antônio A. Cançado Trindade, Inter-American Court of Human Rights*. Annual Survey of International and Comparative Law, 2010, XVI, 165-188.