

DERECHOS HUMANOS, AUTONOMÍA Y ABORTO: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

CLAUDIO NASH ROJAS*
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE
cnash@derecho.uchile.cl

RESUMEN: Esta ponencia busca desarrollar el argumento de que la actual interpretación de la libertad personal como autonomía, permite concluir que todas las mujeres tienen un igual derecho de acceso al aborto en condiciones seguridad y que cualquier restricción a este derecho debe ser justificada por el Estado cumpliendo con los requisitos de toda restricción de derechos humanos.

Palabras claves: *derechos humanos, autonomía, aborto, restricción de derechos humanos.*

HUMAN RIGHTS, AUTONOMY AND ABORTION: A VIEW FROM THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

ABSTRACT: This paper seeks to develop the argument that the actual interpretation of personal freedom as autonomy permits the conclusion that all women have the right of equal access to a secure abortion and any restrictions on this right must be justified by the State meeting the requirements of all restrictions on human rights.

Keywords: *human rights, autonomy, abortion, permitted restriction of human rights.*

1. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, quiero agradecer la invitación. En esta Facultad son muchos más los momentos de desagrado que uno vive, pero actividades como esta, justifican que uno insista en permanecer en este espacio; esto es lo que hace que la Universidad de

* Doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Profesor en la facultad de Derecho de la misma casa de estudios.

Chile sea relevante en nuestra sociedad y que valga la pena dedicarle la vida. Por ello, muchas gracias a los organizadores.

En segundo lugar, me parece que la única forma que tengo de conseguir que ustedes se queden aquí los próximos veinte minutos es intentando una argumentación que los provoque. Por ello, les anticipo que, al menos durante algunos minutos, me situaré a la “izquierda” de nuestra moderadora, la presidenta de la FECH Melissa Sepúlveda, en el sentido que creo que desde la lógica de los DDHH se puede hacer un argumento “pro-aborto”, y eso es lo que pretendo plantear, a ver si podemos construir desde lo que ha dicho la propia Corte Interamericana (en adelante Corte IDH) sobre autonomía personal, algunas argumentaciones que apunten en este sentido.

De esta forma, frente al problema de la legitimidad o ilegitimidad del aborto desde una perspectiva de derechos humanos, pretendo sostener la tesis de que es posible construir un argumento sobre la legitimidad del aborto como una expresión del derecho a la autonomía personal, que traslada la carga de la prueba de la necesidad de un límite a este derecho al Estado, solo en la medida que pueda justificar su restricción como cualquier otra restricción de derechos humanos en una sociedad democrática.

Para lograr demostrar esta tesis, propongo centrarnos en los siguientes elementos: rol de autonomía en la teoría de los derechos humanos y su impacto en el discurso sobre aborto; la libertad –entendida como autonomía– en el sistema interamericano de derechos humanos; obligaciones del estado respecto del derecho de autonomía; los posibles límites a la autonomía; y, finalmente, algunas conclusiones.

2. ROL DE LA AUTONOMÍA EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EN EL DEBATE SOBRE ABORTO

Para guiar esta ponencia me parece que hay una pregunta fundamental que debemos tener presente ¿cuál es la función que cumple la libertad, entendida como autonomía, en la posición que adoptemos sobre la legitimidad del aborto?

El planteamiento que les propongo, va dirigido a desarrollar el rol legitimador que cumple la libertad en la teoría de los derechos humanos, particularmente, si miramos desde el sistema internacional de derechos humanos. A partir de aquello esta ponencia se centrará en los siguientes aspectos:

1. La forma en que ha ido evolucionando el rol de la autonomía, en tanto principio estructurante de los sistemas normativos de derechos humanos, particularmente, en el sistema interamericano; y,

2. Las consecuencias de dotar de un contenido fuerte a la autonomía como derecho humano y los límites que pueden imponerse a su pleno ejercicio.

Me parece que este es el tema de fondo que Chile debe comenzar a discutir: si hay o no argumentos para construir un derecho de las mujeres a interrumpir el embarazo y hacerlo desde la lógica de que lo que hay tras esa decisión es un ejercicio de derechos. La discusión sobre la despenalización en ciertos casos extremos (violación o riesgo salud madre), me parece insuficiente y algo obvia; al efecto, basta leer lo que le vienen diciendo los órganos internacionales de derechos humanos a Chile desde hace años. Asimismo, me parece que es el enfoque de derechos la forma correcta de tratar el tema del aborto en Chile y no hacerlo desde el control de población, ni desde la salud pública; este es un debate de derechos humanos y esto tiene consecuencias en estos otros ámbitos como los referidos previamente. En este caso, el orden de los factores sí altera el resultado.

El sistema de derechos humanos hoy nos entrega nuevos y buenos argumentos, tal vez distintos a los que hubiese planteado hace algunos pocos años, para construir una idea robusta de autonomía que sirva como punto de partida para el debate sobre aborto en Chile. Los últimos años se ha ido ampliando y profundizando la idea de autonomía como principio estructurante del sistema de DDHH. Veamos en qué ha consistido este proceso.

3. LIBERTAD –ENTENDIDA COMO AUTONOMIA– EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Hay un aspecto en que es particularmente relevante el principio de la libertad y es su expresión como principio estructurante del sistema de derechos humanos. De ahí que les propongo formularnos una pregunta que guíe nuestras reflexiones, ¿sobre qué bases se sustentan los derechos humanos garantizados internacionalmente que dan validez a las decisiones colectivas? La respuesta, más obvia, es que se sustentan en la idea de dignidad del ser humano.

En efecto, se ha señalado que estos acuerdos en el ámbito internacional se sustentan bajo el concepto de dignidad, un principio indeterminado, que sienta las bases en materia de derechos humanos, ya que estos son, básicamente, aquellos derechos y libertades que permiten el pleno ejercicio de la dignidad del ser humano en un momento histórico determinado. Probablemente una definición así de amplia tendría un amplio consenso, pero si cada uno de nosotros tuviera que definir en qué consiste esa dignidad base del acuerdo, existirían una infinidad de respuestas e ideas diversas sobre lo que entendemos

por dignidad. Resulta necesario, entonces, dotar de cierto contenido concreto a la idea de dignidad y es ahí donde aparece el principio de libertad, entendiendo esta, como autonomía individual.

Los principios básicos que dan expresión concreta al valor de la dignidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) son la libertad y la igualdad. Se establece entonces, la igualdad y la libertad como principios estructurantes para desarrollar el proceso de codificación de los derechos humanos. En la lógica de Rawls, más allá de los que cada uno piense acerca de qué es el ser humano, parece haber un cierto consenso, en que el Estado debe tratar a los individuos como si fueran libres e iguales.

Todo sistema codificado –como el internacional– opera bajo la lógica de la sistematicidad, es decir, que cualquier decisión que se tome en el ámbito de las políticas públicas, en el ámbito normativo, en la interpretación/implementación de normas, en las decisiones judiciales u otras, tiene que ser capaz de explicar cómo dicha decisión es coherente con el respeto y la plena vigencia de los principios estructurantes del sistema. Sólo en la medida que se dé eficacia a estos principios estaremos dando cumplimiento al valor de la dignidad, que es el presupuesto sobre el cual cualquier decisión de la autoridad obtiene legitimidad.

Para dotar de contenido cierto al principio de libertad, me parece muy ilustrativo el desarrollo que ha tenido en esta materia la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Atendido el tiempo que tengo, me centraré en dos cuestiones:

1. Cómo se ha ido ampliando el derecho de libertad que se encuentra consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹; y,

¹ Artículo 7 Derecho a la Libertad Personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido.

2. Cómo se ha utilizado el artículo 11 convencional², relativo a la vida privada para dotar de contenido al principio de autonomía individual.

El primer punto tiene que ver con la ampliación de la idea de libertad, ya que la primera aproximación del sistema de protección de DDHH fue concentrarse en las afectaciones a la libertad, entendida como libertad ambulatoria. Durante sus primeros casos, jurisprudencia dictada en los finales de los ochenta y en los años noventa, la idea predominante fue analizar el derecho a la libertad personal en términos bastante limitados, como libertad ambulatoria. La profesora Cecilia Medina en su estudio sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de 2003 señalaba “En el artículo 7 de la Convención Americana, la libertad que se protege es también un aspecto de la libertad humana, pero sólo referido a la posibilidad de moverse en el espacio sin limitaciones”³.

En años recientes, este acercamiento limitado de la libertad, comienza a ampliarse. Por una cuestión de tiempo me centraré en la visión ampliada.

En el caso “*Chaparro Álvarez y Lapo Iníñiguez vs. Ecuador*”, sentencia de 21 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)⁴, la Corte plantea el siguiente argumento: el artículo 7 de la CADH, dispone que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal y esto tiene dos acepciones, una amplia y otra específica. La amplia, hace referencia a la libertad como autonomía; y la específica, es el derecho ambulatorio al cual está referido dicho artículo cuando se refiere a la legalidad y no arbitrariedad en la privación de libertad, los recursos específicos para reclamar cuando se considere violado el derecho. Cito los principales párrafos.

Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios. (Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969)

² 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. (CADH)

³ MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y Práctica*. Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003, p. 213.

⁴ Resumen del caso: Trata sobre la detención ilegal del Sr. Chaparro (chileno) y del Sr. Lapo (ecuatoriano), en Ecuador, acusados ambos de pertenecer a una organización delincuencia internacional dedicada al tráfico de narcóticos. Dicha detención sobrepasó el máximo legal permitido por el derecho interno. Además el señor Chaparro no habría contado con patrocinio letrado al momento de rendir su declaración pre-procesal y la defensa pública del señor Lapo no fue adecuada. (Nota del autor)

Párrafo 51: “El artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una *general y otra específica*. La general se encuentra en el primer numeral: ‘[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales’. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7)”.

Párrafo 52: “En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. 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. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar ‘un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre’, y el reconocimiento de que ‘sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos’. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo”.

Es clara la Corte, por tanto, en que la CADH sí permite una interpretación amplia que se acerca a la idea de autonomía y que la protección convencional no está restringida sólo a la libertad en tanto libertad física ambulatoria.

El caso “*Gelman vs. Uruguay*”, sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones)⁵ es otro hito en este desarrollo. En este conocido caso, la Corte desarrolló

⁵ Trata sobre la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde finales del año 1976, detenida en Buenos Aires, mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo. Se presume que posteriormente fue trasladada al Uruguay donde habría dado a luz a su hija, quien fuera entregada a una familia uruguaya, actos que la Comisión señala como cometidos por agentes estatales uruguayos y argentinos en el marco de la “Operación Cóndor”, sin que hasta la fecha se conozcan el paradero de María Claudia García y las circunstancias en que su desaparición tuvo lugar. Además, la Comisión alegó la supresión de la identidad y nacionalidad de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, hija de María Claudia García y Marcelo Gelman y la denegación de justicia, impunidad y, en general, el sufrimiento causado a Juan Gelman, su familia, María Macarena Gelman y los familiares de María Claudia García, como consecuencia de la falta de investigación de los hechos,

un aspecto que dice directa relación con el tema que nos convoca. En efecto, María Claudia García fue secuestrada junto a su marido durante la dictadura Argentina, al momento del secuestro ella estaba embarazada y fue obligada a mantener su embarazo y a estar con su hija para amamantarla, luego de separarla de su hija que fue entregada en adopción ilegalmente, ella fue desaparecida. En su sentencia la Corte IDH señaló dos cuestiones que me parecen relevantes:

Por una parte, la Corte reiteró algunas cuestiones que había señalado en el *caso Chaparro*, al que ya nos referimos, respecto de la libertad como autonomía. Dispone la sentencia:

Párrafo 129: “En este caso, los hechos afectaron el derecho a la libertad personal de María Macarena Gelman puesto que, adicionalmente al hecho de que la niña nació en cautiverio, su retención física por parte de agentes estatales, sin el consentimiento de sus padres, implican una afectación a su libertad, en el más amplio término del artículo 7.1 de la Convención. Este derecho implica la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia. En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad”.

De esta forma, se reitera que la libertad, en su interpretación amplia, otorga la posibilidad de autodeterminación y de escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia. Pero para que dicho proceso sea libre, es necesario que se den las condiciones fácticas mínimas, para dicho desarrollo de la personalidad. Es relevante el enfoque que desarrolla la Corte IDH porque no solo se entiende la libertad como autonomía respecto de la acción del Estado, sino que como un espacio protegido para decidir sobre proyectos de vida.

Por otra parte, existe otro considerando de la Corte, poco conocido y poco estudiado, pero que es muy relevante para nuestra discusión:

Párrafo 97: “El estado de embarazo en que se encontraba María Claudia García cuando fue detenida constituía la condición de particular vulnerabilidad por la cual se dio una afectación diferenciada en su caso. A su vez, en Argentina ya había sido separada de su esposo y luego trasladada al Uruguay sin conocer

juzgamiento y sanción de los responsables, en virtud de la Ley No. 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (en adelante “Ley de Caducidad”), promulgada en 1986 por el gobierno democrático del Uruguay (párrafo 2°). (Nota del autor)

el destino de aquél, lo que en sí mismo representó un acto cruel e inhumano. Posteriormente, fue retenida en un centro clandestino de detención y torturas, a saber, el SID, donde su tratamiento diferenciado respecto de otras personas detenidas –pues estuvo separada de éstas– no se dio para cumplir una obligación especial de protección a su favor, sino para lograr la finalidad de su retención ilegal, de su traslado al Uruguay y de su eventual desaparición forzada, cual era, *la instrumentalización de su cuerpo en función del nacimiento y el período de lactancia de su hija, quien fue entregada a otra familia luego de ser sustraída y sustituida su identidad. Los hechos del caso revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres.* Lo anterior es aún más grave si se considera, según fue señalado, que su caso se dio en un contexto de desapariciones de mujeres embarazadas y apropiaciones ilícitas de niños ocurridos en el marco de la Operación Cóndor” (Destacado mío).

Es central que la Corte haga presente el impacto que tiene el dominio del cuerpo como el espacio propio de dominación sobre las mujeres. El aborto es una de las manifestaciones extremas de este dominio: se obliga a la mujer a sufrir una transformación de vida a partir del control del cuerpo por parte de la sociedad y del poder del Estado. En ese sentido, es importante que la Corte IDH haya señalado explícitamente que es inaceptable que el cuerpo de la mujer sea manipulado y no se respete su derecho a la “libre maternidad”, la que a juicio de la Corte no es una cuestión que tenga un valor propio sino que es expresión “del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres”.

Por otra parte, me parece que la Corte es muy inteligente al hacerse cargo del posible argumento del trato preferencial a las mujeres secuestradas con fines de procreación. Aclara que al haberse tomado medidas para mantener con vida a la mujer e incluso al recibir un trato diferenciado por parte de las autoridades estatales, con el fin de que diera a luz y mantuviera con vida a su hija a fin de que esta fuera entregada en adopción, no se cumplió con las obligaciones del Estado respecto de la titular de derechos: María Claudia.

Finalmente, en el caso *“Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica”*, sentencia de 28 de noviembre de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)⁶, la Corte profundiza en esta idea amplia de la autonomía individual y la

⁶ Resumen del caso: Trata de las violaciones a los derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la prohibición general de practicar la Fecundación *in vitro* en Costa Rica desde el año 2000, luego de una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país. Entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la

vincula con el derecho a la protección de la vida privada consagrada en el art. 11 convencional. La Corte dictaminó lo siguiente:

Párrafo 142: “El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que 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. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. *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. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.* Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones” (Destacado mío).

Este párrafo resalta el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger entre las opciones o circunstancias que le den sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones y lo establece explícitamente como principio estructurante del sistema convencional de derechos humanos.

Más adelante, en el mismo caso, agrega:

Párrafo 143: “El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. 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. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo

posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres. (Nota del autor)

decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, 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”.

Como vemos, la Corte mantiene la idea de autonomía, pero ahora bajo el ámbito de la protección de la vida privada y el reconocimiento del derecho a determinar la propia vida como expresión de la dignidad humana. El énfasis está puesto aquí en la proyección y desarrollo de la personalidad, tanto en la visión que tienen los individuos de sí mismos, como de su relación con el medio y la forma en que se insertan en éste y las percepciones que otros puedan hacerse del sujeto. Es evidentemente, una mirada enriquecida de la libertad, entendida esta como autonomía.

Podemos desprender, en consecuencia, que la relación que hay entre la privacidad del artículo 11 y la libertad del artículo 7 es, precisamente, un entendimiento amplio de la autonomía personal con proyecciones a distintos niveles y una consecuencia de las obligaciones del Estado, acorde con dicha visión.

Como podemos ver de este breve resumen de casos recientes, la Corte Interamericana ha construido una interpretación sólida y robusta sobre la autonomía, entendiendo que la libertad y el derecho a la vida privada, dejan de ser entendidos como la protección del individuo frente a esta intervención ilegítima del Estado o de otro poder, y se pone énfasis en la idea de elección libre de los proyectos de vida y la posibilidad real de desarrollarlos; por tanto, el Estado no solo debe respetarlos, sino que debe garantizar la realización de estos proyectos.

Este contenido amplio y profundo de la idea de libertad es la base a partir de la cual se deben interpretar las distintas expresiones de dicho principio como presupuesto de las decisiones colectivas en una sociedad democrática sustentada en derechos humanos reconocidos internacionalmente.

Si uno toma este conjunto de casos y los mira de una manera coherente, lo que uno debe concluir es que hoy la interpretación sobre el contenido y el alcance de la libertad es un contenido y alcance robusto, y la autonomía en este sentido robusto no sólo debe ser entendida como tradicionalmente se hacía “*mire yo soy libre de determinar lo que pasa o deja de pasar con mi cuerpo...*” sino que la autonomía entendida como aquella expresión de una concepción integral, relacionada con lo que sucede en el propio cuerpo y también que el proyecto de vida que está asociado a las decisiones que la mujer toma o deja de

tomar de tomar respecto de lo que sucede con su cuerpo, y en este caso, la decisión que toman de la continuidad o no de su embarazo.

En este sentido, el punto de partida para la discusión sobre aborto debe ser esta concepción fuerte de autonomía porque ella mueve la línea del debate, nos obliga a partir desde la lógica del ejercicio de los derechos. Lo que hay aquí es un derecho a determinar la continuidad o no del embarazo. Si vamos a tomarnos en serio este derecho, el Estado debe respetar y garantizar y no incurrir en ninguna discriminación a su respecto; y por tanto, es clave entonces el deber de garantía de los derechos humanos, toda vez que el Estado debe organizar el aparato de poder público para permitir el pleno goce y ejercicio de este derecho.

4. OBLIGACIONES DEL ESTADO RESPECTO DEL DERECHO DE AUTONOMÍA

Si reconocemos el derecho a la autonomía como un derecho humano, a su respecto se aplican todas y cada una de las obligaciones generales que debe adoptar el Estado: respeto, garantía y no discriminación.

Me parece que aquí es central el deber de garantía, ya que, según lo viene diciendo la Corte desde sus primeras sentencias contenciosas, implica “organizar todo el aparato de poder público del Estado para permitir el pleno goce y ejercicio”, en este caso, del derecho a la autonomía individual. Esto implica: medidas preventivas, protección, reacción ante su violación, reparación y cooperación internacional.

En materia de derechos sexuales y reproductivos, particularmente en materia de aborto, es importante que el Estado garantice el ejercicio íntegro del derecho. De ahí se debiera concluir que si el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida, a la integridad personal, a la autonomía y a la privacidad de las mujeres, se debieran garantizar abortos seguros, plenamente informados y con un acceso en condiciones de igualdad. Este último punto, referido a la igualdad lo quiero resaltar, ya que es deber del Estado crear condiciones de acceso seguro al aborto de todas las mujeres y se debe evitar que solo aquellas con recursos económicos puedan hacerlo. Asimismo, se debe evitar que por cuestiones culturales se retrase la información o derechamente se desinforme a las mujeres de sus derechos sobre la base de prejuicios sobre el rol asignado a las mujeres respecto de la maternidad como una imposición social. En ambos casos estamos ante claros ejemplos de discriminación en el goce y ejercicio del derecho a la autonomía personal.

El punto donde puede haber algún debate es si hay límites respecto de este derecho expresado en esas condiciones. Aquí es donde la discusión se conecta con los enfoques tradicionales para tratar este tema de aborto. Si hay derechos en conflicto, cuáles y respecto de quiénes; si hay otros intereses estatales involucrados; cuál es el rol del derecho penal respecto de los derechos humanos en juego, entre otros.

5. LOS POSIBLES LÍMITES A LA AUTONOMÍA

Antes de entrar a desarrollar los argumentos sobre los elementos que deben concurrir para legitimar una afectación al derecho a la libertad personal de las mujeres, me parece pertinente hacer algunas referencias al derecho a la vida. En el debate público tiende a plantearse el tema del derecho a la vida del feto. Si bien este es un debate que debe darse dentro de la cuestión relativa a los objetivos legítimos de una restricción de derechos, prefiero despejar algunos mitos que se plantean sobre los alcances del derecho a la vida en el sistema de derechos humanos. Me referiré en concreto a algunas cuestiones que surgen del art. 4 de la CADH que al efecto dispone:

“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*”.

En el caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*”, al que ya me he referido, la Corte señaló sobre este tema:

“264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”.

Más recientemente, en un asunto relativo a medidas provisionales, donde se planteó derechamente el debate sobre aborto terapéutico (B. en relación El Salvador (29 de mayo 2013), la Corte señaló:

“17. Por todo lo anterior, la Corte Interamericana considera que se han dado todos los requisitos para adoptar las medidas provisionales a favor de la señora B. en el presente asunto. Por tanto, la Corte dispone que el Estado adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el personal médico tratante de la señora B. pueda adoptar, sin interferencia, las medidas médicas que consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B. Al respecto, el Estado deberá adoptar las providencias necesarias para que la señora B. sea atendida por médicos de su elección”.

En este sentido, la historia de la norma y su aplicación práctica han sido claras: el artículo 4 de la CADH buscó hacer compatibles las legislaciones nacionales que permitían el aborto con la Convención. Por tanto, no existe una prohibición convencional del aborto.

En el mismo sentido, el derecho a la vida no es un derecho absoluto. De hecho, en su propia conceptualización, lo que se prohíbe es la privación arbitraria de la vida. De esta forma, lo relevante, aún reconocimiento una especie de derecho del embrión/feto, este no podría ser absoluto ni menos una derecho que triunfe en todo caso de conflicto con los derechos de las mujeres. En el caso *“Artavia Murillo y Otros...”*, varias veces citado en esta ponencia, se señala:

“259. En consecuencia, no es 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. Por el contrario, esta visión niega 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. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada ‘protección más amplia’ en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.

Ahora podemos volver a la pregunta sobre los límites a una interpretación robusta de la libertad en tanto autonomía. Si uno considera que hay un argumento fuerte de autonomía, los argumentos para limitar dicho derecho tienen que ser lo suficientemente claros y contundentes para superar un escrutinio estricto que justifique afectar legítimamente un derecho estructural del sistema de derechos humanos.

Los límites legítimos a los derechos deben cumplir con ciertos de validez:

1. Principio de legalidad
2. Objetivo legítimo
3. Medida necesaria en una sociedad democrática

Una legislación destinada a tratar del tema del aborto debiera regular estas restricciones legítimas, entendido que no estamos ante un derecho absoluto:

1. Partir de la base que existe un derecho a la autonomía de las mujeres sobre lo que ocurre con su cuerpo y por tanto, cualquier restricción que quiera imponerse a esta decisión debe estar establecida en una ley que tenga como fin regular una limitación a un derecho y no el tratamiento de la mujer como un objeto de reproducción. Por tanto, debe haber una ley que, dirigida al bien común, establezca claramente cuál es el interés social involucrado en esta materia que justifique la restricción de un derecho. La carga de la prueba no puede quedar en la mujer, como ocurre normalmente en los caso de despenalización, donde es ella quien debe acreditar que concurre una circunstancia particularmente grave que justifica violentar un derecho ajeno.
2. En este caso, como en todas las restricciones que se imponen, debe haber un objetivo legítimo. Aquí se inserta la discusión sobre si el feto es o no persona. Si bien los derechos de otros son un objetivo legítimo, en materia de aborto no es posible justificar convencionalmente que estamos ante un conflicto entre derechos, salvo que tomemos una posición de moral individual y la queramos imponer a otros, pero esto no tendría base convencional. Si no estamos ante una persona en sentido normativo, puede que haya un “interés” de la sociedad, en el caso de Chile, constitucionalizado. Tal como señala Verónica Undurraga en su tesis de doctorado “un bien jurídico objetivo de estatus constitucional”. Evidentemente, hay una suerte de “valor intrínseco” (en términos de Dworkin) del feto y de ahí que el debate el más complejo que si estuviéramos hablando de una simple “operación de apéndice”.

La propia Corte Interamericana en el caso “*Artavia Murillo y Otros...*” señaló que el artículo 4.1 hace referencia a un deber de protección “gradual e incremental” del feto, pero que bajo ninguno de los criterios de interpretación puede hablarse de un derecho absoluto. Por tanto, en caso que existiera un deber de protección a partir de la Convención, este diría relación con la ausencia de una medida arbitraria. Me parece que esto abre una puerta al debate sobre un límite para un aborto al momento que exista viabilidad del feto. Aquí estaríamos ante un límite al derecho de la mujer de disponer sobre lo que ocurre con su cuerpo y una clara

afectación a su proyecto de vida (de no ser madre) sobre la base del interés de la sociedad de que un feto con viabilidad separada de la mujer, pueda completar su ciclo de desarrollo.

Si alguno de estos argumentos nos convenciera de que estamos ante un fin legítimo, podríamos discutir sobre las medidas que puede tomar el Estado para proteger dichos intereses, en la medida que no afectan ilegítimamente el derecho de la mujer a su autonomía.

3. Las medidas restrictivas que se impongan deben relacionarse con los derechos de las mujeres y ser necesarias en una sociedad democrática, esto es, una sociedad que valora los derechos que deben ser especialmente protegidos, asumiendo que hay interés objetivo en desarrollo del embrión/feto. De ahí que una restricción basada en “etapas” parece como razonable en la legislación comparada:
 1. Restricciones que busquen garantizar su salud al momento de realizarse el aborto. Esto es, que no se hagan abortos sin las condiciones que garanticen el derecho de las mujeres a su vida y salud;
 2. Posibilidades de vida del feto, cuando estén las condiciones de viabilidad mínimas.

Como vemos, una cierta evolución de la respuesta estatal basada en etapas puede tener sentido en la medida que no se altere la idea de que lo relevante en la ponderación es que estamos ante un derecho humano que debe ser respetado y garantizado sin discriminación. Medidas de protección de la mujer (prohibición de abortos pasados cierto tiempo) no pueden ser impuestas en forma paternalista por el Estado, sino que deben basarse en un ejercicio de derechos. Asimismo, el tema de la viabilidad del feto es relevante, pero siempre se debe considerar que el derecho a la autonomía no solo dice relación con lo que ocurre con el cuerpo de la mujer sino con la forma en que su proyecto de vida se ve alterado por una decisión externa.

6. CONCLUSIÓN, CON ESPECIAL REFERENCIA AL TEMA PENAL

Hemos establecido que actualmente existe una idea fuerte de autonomía individual que tiene consecuencias evidentes en la elección de un proyecto de vida por parte de las mujeres, que integra, necesariamente, su cuerpo y su plan de vida. Esa idea fuerte de autonomía, en tanto derecho humano, trae consecuencias para el Estado en materia de respeto, garantía y no discriminación. Esas obligaciones permiten sostener que las mujeres tienen el derecho a un acceso al aborto en condiciones de igualdad y seguridad.

Este derecho a la autonomía, puede ser objeto de algunas restricciones, pero ellas deben ser justificadas por el Estado, demostrando que están basadas en el principio de legalidad, que tienen un objeto o fin legítimo y que son medidas necesarias en una sociedad democrática, esto es, que son necesarias, conducentes y proporcionales.

Respecto al rol que en esto puede tener el derecho penal, me parece interesante lo que ha señalado la Corte Constitucional Colombiana:

“La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”⁷.

Claramente, una prohibición absoluta del aborto no cumple con estos requisitos, de ahí que no sea un debate especialmente interesante, aunque genere apasionadas discusiones. Esta prohibición implica suponer que estamos ante un conflicto entre derechos y que el derecho del nonato es un derecho absoluto. Ello implica gravar a las mujeres con una carga desproporcionada e irracional a través del control de su cuerpo y la figura del embarazo.

Sobre un posible rol penal, en materia de aborto se deben tener en consideración los siguientes elementos:

“El legislador puede elegir entre las distintas medidas a su alcance aquellas que considere más adecuadas para la protección de los bienes de relevancia constitucional, y que en ejercicio de tal potestad de configuración puede decidir adoptar disposiciones legislativas de carácter penal que sancionen las conductas que amenacen o vulneren el bien protegido, trátase de un valor, principio o derecho fundamental. No obstante, dicha potestad de configuración está sujeta a diversos límites constitucionales y en este sentido el principio de proporcionalidad actúa como un límite en dos direcciones. En primer lugar, la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, COLOMBIA: Sentencia C-355/06, sentencia 10 de mayo de 2006, párr. 8.1

de protección. Por otra parte, el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, la sanción penal (sic) como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana –fundamentos axiológicos de este modelo estatal– debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible⁸.

Si hay un espacio para el derecho penal en la discusión sobre aborto, debiera ser aquel de un instrumento eficaz para castigar casos de aborto no voluntario, esto es, casos de abortos forzosos, abortos no informados u otras penales que violenten el derecho de la mujer a elegir su proyecto de maternidad.

En definitiva, el desafío que nos presenta el derecho internacional de los derechos humanos es a tomarnos en serio que los derechos fundamentales están relacionados con la autogobierno, tener en claro el rol legitimador que cumple este principio y las consecuencias que tiene en todos los niveles relevantes de interpretación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

CORTE CONSTITUCIONAL, COLOMBIA: Sentencia C-355/06, sentencia 10 de mayo de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007.

_____ : Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011.

_____ : Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

_____ : Asunto B. respecto de El Salvador, resolución del 19 de agosto de 2013.

MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y Práctica*. Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003.

⁸ Sentencia C-355/06, sentencia 10 de mayo de 2006, párr. 8.5

UNDURRAGA, Verónica. *Propuesta interpretativa del mandato de protección del que está por nacer bajo la Constitución chilena en el contexto de la regulación jurídica del aborto*. Tesis (para optar al grado de doctor en derecho). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012.