

# LA CORTE SUPREMA DE ARGENTINA: DECIDIENDO EN CONTRA DE LA IGUALDAD DE LAS MUJERES

*Fiorella Melzi\**

## Introducción

En varios países de Latinoamérica entre los que se encuentran México, Colombia, Ecuador, Chile, Argentina, y recientemente Perú, la fabricación y distribución de la píldora de anticoncepción de emergencia, también conocida como la píldora del día siguiente o la píldora del día después, ha sido y continúa siendo legalmente cuestionada.<sup>1</sup> Fuera de Latinoamérica, uno de los casos jurídicos más significativos en relación con este

---

\* El presente artículo ha sido publicado con el título “The Supreme Court of Argentina: Ruling Against Women’s Equality” en la Revista “Journal of Law & Equality”. En (2005) 4 Journal of Law & Equality 261. La traducción fue realizada por la autora. La autora agradece el apoyo del Programa Internacional sobre Derecho en Salud Sexual y Reproductiva de la Universidad de Toronto.

<sup>1</sup> En Colombia ver: Carlos Humberto Gómez Arámbula (Exp. No 88119), los demandantes buscaban declarar la nulidad de la Resolución 266285 del Instituto Nacional para la Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), organismo adscrito al Ministerio de la Protección Social Ministerio, que aprobó la píldora de anticoncepción de emergencia *Postinor 2*; Juan Carlos Barrera v Profamilia, una acción en contra de la ONG Profamilia por la distribución del anticonceptivo de emergencia conteniendo Levonorgestrel y en contra de laboratorios farmacéuticos que producen medicamentos que contienen Levonorgestrel. En Ecuador, revisar Fundación Provida y Dejemos Huellas, una acción de Amparo en contra del Ministerio de Salud Pública en donde se solicitó que la Corte declare la nulidad de una resolución emitida por el Ministerio de Salud que autorizó la venta pública de un anticonceptivo de emergencia aduciendo ser abortivo por contener Levonorgestrel. Este caso fue postergado hasta los nuevos jueces del Tribunal Constitucional que sean elegidos. En México, Serrano Limon, Provida, sacerdotes católicos y otros, presentaron una acción de Amparo en contra de la inclusión de la AOE, del condón femenino y de los métodos hormonales subdérmicos en la Norma de Planificación Familiar NOM 005-SSA2-1993. En Argentina, la ONG Portal de Belén, presentó una acción constitucional ante la Corte de Apelación de Córdoba en contra del Ministerio de Salud solicitando que revoque la autorización para la fabricación y distribución de la píldora de anticoncepción de emergencia *Imediat*. La ONG 25 de Marzo recientemente presentó una acción constitucional en contra de *todos* los anticonceptivos bajo el supuesto que son abortivos. Este caso está pendiente de sentencia. En Chile, la píldora de anticoncepción de emergencia *Postinal*, que contiene 0.75 gramos de Levonorgestrel, fue legalmente cuestionada a través de un Recurso de Protección por las ONGs Investigación, Formación y Estudio sobre la mujer (ISFEM), Centro Internacional para la vida humana; Movimiento Mundial de Madres; Frente por la vida y acción solidaria; Movimiento nacional por la vida Aniü-Küyen, y Centro Juvenil Ages. En otro caso, Juicio de Nulidad de Derecho Público, la ONG Centro Juvenil Ages presentó una demanda en contra del Instituto de Salud Pública en Chile solicitando la declaración de nulidad de un acto administrativo que autorizó la distribución de la píldora de anticoncepción de emergencia *Postinor 2*. En Perú, la ONG Acción de Lucha Anticorrupción “Sin Componenda” presentó una demanda de acción de amparo en contra del Ministerio de Salud, para que éste se abstenga de iniciar la distribución de la anticoncepción oral de emergencia (AOE) en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios afines a nivel nacional que se consideren como puntos de distribución pública para la entrega gratuita de dicha píldora, (exp.4426-05)

tema es el caso *Smeaton v. The Secretary of State for Health*<sup>2</sup> del Reino Unido, en el año 2002.

Por un lado, el argumento principal utilizado por los demandantes en contra de la anticoncepción de emergencia es que la vida comienza desde el momento de la fertilización y que cualquier interferencia con el óvulo fertilizado convierte a la píldora en abortiva. Los demandantes equiparan la fertilización del óvulo con el momento de la “concepción,” un término reconocido en la legislación de muchos de estos países<sup>3</sup> así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>4</sup> Por el otro lado, el argumento principal de las y los defensores de la anticoncepción oral de emergencia (AOE) se centra en que la AOE es un método seguro y efectivo que previene el embarazo si es utilizado dentro de las 72 horas después una relación sexual sin protección.<sup>5</sup> Un número significativo de estudios ha demostrado que la anticoncepción de emergencia es altamente efectiva en la disminución de los embarazos no deseados después de una relación sexual sin protección evitando así la necesidad de recurrir a abortos terapéuticos.<sup>6</sup> La píldora de anticoncepción de emergencia previene la ovulación (el desprendimiento del óvulo), la fertilización (la unión del espermatozoide con el óvulo) y/o la implantación (fijación del óvulo fecundado en la pared uterina).<sup>7</sup> Este último

---

<sup>2</sup> “*R v. The Secretary of State for Health*” [2002] EWHC 610 (Admin).

<sup>3</sup> Por ejemplo, el artículo 76 del Código Civil Chileno establece que “De la época del nacimiento se colige la de la concepción.” El artículo 70 del Código Civil Argentino establece que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”.

<sup>4</sup> Esta protección está incluida en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos es parte del sistema de derechos humanos de la OEA. Por tanto, sólo estados de la OEA pueden pertenecer a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>5</sup> La anticoncepción de emergencia es un término que describe el uso de métodos anticonceptivos para prevenir un embarazo después de una relación sexual sin protección, que incluye pero no se limita al uso de píldoras científicamente diseñadas para este fin. Éstas han sido disponibles desde comienzo de los años 70. El método más común ha sido el régimen del “Yuzpe” llamado así por el Dr. Yuzpe, que consiste en anticonceptivos orales combinados que contienen levonorgestrel y etinil-estradiol. Una dosis debe ser tomada dentro de las 72 horas después de una relación sexual sin protección y la otra dosis 12 horas después. La píldora de anticoncepción de emergencia es otro método de anticoncepción de emergencia. La píldora contiene una alta dosis de progestina que contiene 0.75 mg de Levonorgestrel. Para este método, una dosis debe ser tomada dentro de las 72 horas de una relación sexual sin protección y la otra 12 horas después. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, la píldora de Levonorgestrel es tan efectiva como el régimen Yuzpe y tiene menos efectos secundarios.

<sup>6</sup> Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) Comité para los Aspectos Jurídicos de Reproducción Humana y Salud de las Mujeres, “Guidelines in emergency contraception” (2002) 77 Int. Gynecol. Obstet. 174

<sup>7</sup> OMS. Comunicado en Anticoncepción de Emergencia. *Fact Sheet No. 244* (junio 2000)

mecanismo de acción constituye el elemento de controversia ya que se alega que es abortivo.

Algunos de estos casos han sido llevados a juicio a través de procedimientos regulares de confrontación en donde dos partes presentan evidencia ante un tribunal, mientras otros casos han sido presentados como acciones o revisiones de constitucionalidad. La acción constitucional o la revisión constitucional, también llamada en algunas jurisdicciones amparo o recurso de protección, es un procedimiento establecido en las constituciones de la mayoría de los países de Latinoamérica que permite al demandante la impugnación de una regulación o dispositivo legal que viola un derecho constitucional. De comprobarse que la regulación viola un derecho constitucional, la corte debe ordenar de inmediato dejar sin efecto la regulación. Debido a la naturaleza de este procedimiento legal, la única parte presente en el caso es el demandante quien alega la supuesta violación del derecho. La corte sólo considera la evidencia presentada por el demandante junto con la regulación materia de impugnación. Este tipo de procedimiento no permite la presentación de evidencia por otras partes interesadas que no sean el demandante, a no ser que la tramitación de juicios constitucionales prevea la participación de terceros perjudicados o intervinientes ajenos al juicio en la figura de *amicus curiae*. Por lo tanto, este tipo de procedimiento preocupa en relación a la igualdad en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, ya que los servicios de salud que sólo necesitan las mujeres pueden ser prohibidos sin ninguna consideración a las consecuencias para la salud de la mujer y para sus derechos. Un procedimiento más idóneo para cuestionar las políticas de anticoncepción de emergencia sería un procedimiento regular como el proceso de conocimiento, en donde se aseguraría que tanto los demandantes como los demandados y otras partes interesadas, puedan presentar evidencia para su debida confrontación y análisis.

En Latinoamérica se han presentado diversos procedimientos legales cuestionando la constitucionalidad de la anticoncepción de emergencia con resultados variados en relación a su acceso para la mujer. En 2001, la Corte Suprema de Chile prohibió la distribución de la píldora de anticoncepción de emergencia *Postinal* a través

de un recurso de protección.<sup>8</sup> En 2002, mediante una acción constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina prohibió la fabricación y distribución de la píldora de anticoncepción de emergencia *Imediat*.<sup>9</sup> En Colombia sin embargo, cuando los demandantes presentaron una acción de Tutela (amparo) que buscaba la anulación de la resolución que aprobaba la AOE *Postinor 2*, la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal, la declaró improcedente por cuanto no era el recurso adecuado para impugnar actos de carácter general.<sup>10</sup> En México, una demanda de amparo que cuestionó la inclusión de la AOE en la Norma Oficial Mexicana de Servicios de Planificación Familiar fue desestimada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el 2005.<sup>11</sup> En noviembre de 2005, la Corte Suprema de Chile rechazó un recurso de casación presentado por el grupo Centro Juvenil AGES.<sup>12</sup> Este grupo había presentado una demanda en contra del Instituto de Salud Pública de Chile, solicitando a la Corte que declare nulo un acto administrativo que autorizó la distribución de la AOE *Postinor 2*. La Corte Suprema ratificó la decisión de la 9na. Corte de Apelación de Chile que había rechazado el caso aduciendo que el Instituto de Salud Pública de Chile era la entidad facultada para resolver el tema de acuerdo con la ley. En la actualidad, hay decisiones pendientes en relación a la autorización y venta pública de la AOE en Ecuador,<sup>13</sup> Argentina,<sup>14</sup> México,<sup>15</sup> Colombia<sup>16</sup> y Perú.

La restricción en la venta, distribución o fabricación de la AOE ignora las necesidades particulares de las mujeres en salud. Esto es bastante problemático ya que el

---

<sup>8</sup> Recurso de Protección, rol C.S. 2186-2001, “*Sara Philippi Izquierdo y otros con Laboratorio Chile S.A. y otros*,” 30 agosto 2001 (Corte Suprema de Chile) [*Philippi v. Lab. Chile*].

<sup>9</sup> Recurso de Amparo, p. 709. XXXVI, “*Portal de Belén – Asociación sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo*,” 5 marzo 2002 (Corte Suprema de Justicia de Argentina). [*P. de Belén v. Min. Salud*].

<sup>10</sup> Acción de Tutela, “*Juan Carlos Barrera con Profamilia y Laboratorios Schering, Wyeth, HRA Pharma, Leiras, Gedeon Richter*” Exp. 17.806 Oct. 2004 (Corte Suprema de Justicia – Sala Penal).

<sup>11</sup> Juicio de Amparo, No. 216/2004, “*Jorge Serrano Limón, Provida y otros sacerdotes católicos vs. Secretaría de Salud*,” 27 oct. 2005 (Suprema Corte de Justicia de la Nación)

<sup>12</sup> Juicio de Nulidad de Derecho Público, rol No. 5.839-02 “*Centro Juvenil Ages con Instituto de Salud Pública de Chile*,” 28 Nov. 2005 (Corte Suprema de Chile)

<sup>13</sup> Proceso No. 0014/05/RA, la decisión está pendiente hasta que los nuevos miembros del Tribunal Constitucional de Ecuador sean elegidos.

<sup>14</sup> Recurso de Amparo, “*Fundación 25 de Marzo c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación*,” Online: Fundación 25 de Marzo <http://www.fundacion25demarzo.com.ar/contenidos.htm>

<sup>15</sup> Este caso que ha sido presentado por Serrano Limón está siendo revisado por el Tribunal Colegiado (Exp. No. 37/2005) después de que el Juzgado de Distrito rechazó la demanda de amparo por considerar que no existía interés jurídico.

<sup>16</sup> Demanda de Nulidad de Resolución No. 266285, Exp. No. 8119, “*Carlos Humberto Gómez Arambula con Profamilia*”.

acceso a la AOE es crucial en cualquier esfuerzo, sea de salud pública o de derechos humanos para reducir el número de abortos inseguros en Latinoamérica, muchos de los cuales se realizan para terminar embarazos no deseados producto de la violación sexual.<sup>17</sup>

Este artículo se centrará en el caso *Imediat* que fue resuelto en 2002 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en donde la legalidad para fabricar, distribuir y vender la AOE fue cuestionada.<sup>18</sup> Este artículo revisará el análisis jurídico de la decisión de la Corte Suprema de otorgar al no nacido una protección absoluta a su derecho a la vida y de excluir equivocadamente la debida protección constitucional a las mujeres. Asimismo, la Corte no fundamentó su decisión en evidencia cierta que pudiera, para fines jurídicos, determinar por qué el no nacido debería ser considerado un bien jurídico, es decir, un objeto que puede ser sujeto de protección jurídica desde la fertilización. La Corte, para otorgarle protección al no nacido desde la fertilización, fundamentó su decisión en conocimientos biológicos, filosóficos y religiosos en lugar de sostener sus argumentos en bases jurídicas. Por todas estas razones, la Corte no aplicó el derecho de manera apropiada a los hechos. Estos puntos se discutirán más adelante.

Para sustentar su decisión, la Corte Suprema de Argentina utilizó selectivamente los tratados internacionales de derechos humanos que el Estado argentino ha ratificado. Mediante enmienda de 1994 a la Constitución Argentina, los tratados que Argentina ha ratificado forman parte de la Constitución. En consecuencia, Argentina está obligada a cumplir con los tratados de derechos humanos que forman parte de su derecho nacional así como está obligada a cumplir con los tratados bajo el Derecho Internacional. La Corte en el caso *Imediat* amparó su decisión en la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>19</sup> y en la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>20</sup> La Corte omitió sin embargo, hacer mención de las obligaciones del Estado argentino contenidas en la

---

<sup>17</sup> Revisar “La Anticoncepción de Emergencia en el Contexto de Salud, Género y los Derechos Sexuales y Reproductivos. Online: Centro Latinoamericano de Anticoncepción de Emergencia <http://www.clae.info/Ficha%20numero1.pdf>

<sup>18</sup> *P. de Belén v. Min. Salud*, *supra* nota 9.

<sup>19</sup> Organización de Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 noviembre 1969, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 (entró en vigor en julio 1978, ratificada por Argentina 1984). Disponible en español: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

<sup>20</sup> NU, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 12 diciembre 1989, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 167, U.N. Doc. A/44/49 (entró en vigor en setiembre 1990, ratificada por Argentina 1990). Disponible en español: [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm)

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW),<sup>21</sup> así como de sus obligaciones de proteger y respetar los derechos de las mujeres consagrados en otros tratados internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos<sup>22</sup> y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>23</sup> Mas aún, la Corte actuó de manera selectiva al utilizar disposiciones específicas contenidas en estas convenciones, refiriéndose solo a algunos derechos como la protección al derecho a la vida, e ignorando otros.

La decisión de la Corte devino en ineficaz al caso en particular porque la AOE *Imediat* ya había sido retirada del mercado. Sin embargo, esta decisión marcó un precedente jurídico al considerar al no nacido como objeto de mayor protección jurídica que las mujeres.

Esta decisión refleja además una tendencia en el razonamiento de varias cortes/tribunales en Latinoamérica como en Chile, Argentina y otras, en casos sobre AOE, en donde los derechos e intereses de las mujeres fueron excluidos del análisis jurídico efectuado por las cortes. Estas decisiones socavan las posibilidades de las mujeres de alcanzar la igualdad al restringir el acceso a servicios de salud reproductiva que sólo ellas necesitan.

El artículo está organizado del siguiente modo. La Sección I resume los argumentos utilizados por la Corte Suprema de Argentina para otorgarle protección absoluta a los derechos del no nacido. En la Sección II, cuestiono el razonamiento de la Corte de prohibir la distribución, fabricación y venta de la AOE por sus supuestos efectos abortivos. Más aún, sostengo que la Corte no hizo determinaciones de acuerdo a derecho por no haber dictaminado el caso en base a evidencia cierta. En la Sección III, analizo el

---

<sup>21</sup> NU, *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, 18 diciembre 1979, 34 UN GAOR Suppl. (No. 21) (A/34/46) at 193, UN. Doc. A/Res/34/180 (entró en vigor en diciembre 1981, ratificada por Argentina 1985) [CEDAW].

<sup>22</sup> NU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 19 diciembre 1966, GA Res.2200 (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 52, UN Doc. A/6316 (entró en vigor marzo 1976, ratificada por Argentina 1986).

<sup>23</sup> NU, *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*, 16 diciembre 1966, GA Res.2200 (XXI), 21 UN GAOR Supp. (No. 16) at 49, UN Doc. A/6316 (entró en vigor en enero 1976, ratificada por Argentina 1986).

nivel de protección jurídica que debería otorgársele a la vida del no nacido, la misma que no debería equipararse con la protección jurídica que disfrutaban las personas nacidas vivas. La Sección IV examina cómo la protección al derecho a la vida contenida en los tratados internacionales de derechos humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño debió haber sido analizada. Finalmente, la Sección V esboza cómo la Corte debería haber fallado el presente caso en concordancia con los derechos de las mujeres, incluyendo el derecho a la igualdad en el acceso de servicios de atención en salud reproductiva que sólo ellas necesitan. Además, esta Sección sostiene que el principio de autonomía individual debió ser la principal consideración para esta Corte, y aborda cómo la Corte debió fallar en un caso como éste, en donde la Corte tendría que haber realizado un balance entre dos intereses constitucionales.

## **I. LA ACCION DE AMPARO EN ARGENTINA EN CONTRA DE LA PILDORA DE ANTICONCEPCION DE EMERGENCIA “IMEDIAT”**

En el 2001, la asociación civil sin fines de lucro “Portal de Belén” presentó una acción de amparo ante la Corte de Apelación de Córdoba en contra del Ministerio de Salud y Acción Social solicitando que se revoque la autorización para la fabricación, distribución y comercialización de la píldora de anticoncepción de emergencia *Imediat*. La asociación alegó que la píldora era abortiva aduciendo que prevenía la anidación del embrión en el endometrio y por tanto se producía “la muerte, por aborto, de un ser humano ya concebido.”<sup>24</sup>

La acción de amparo llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en el año 2002.<sup>25</sup> La Corte Suprema argumentó la necesidad de precisar el momento de la concepción.<sup>26</sup> La Corte determinó que la vida humana tiene lugar en la

---

<sup>24</sup> Recurso de Amparo, p. 709. XXXVI, “Portal de Belén – Asociación sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo,” 5 marzo 2002 (Procurador General de la Nación), p.1

<sup>25</sup> *P. de Belén v Min. Salud*, *supra* nota 9.

<sup>26</sup> En el recurso de protección en contra de la píldora de anticoncepción de emergencia “Postinal” en Chile presentado por la ONGs “Investigación, Formación y Estudio sobre la mujer (ISFEM); “Centro Internacional para la vida humana”; “Movimiento Mundial de Madres”; “Frente por la vida y acción solidaria”; “Movimiento nacional por la vida “Aniü-Küyen” y “Centro Juvenil Ages,” la Corte Suprema de

fecundación con la unión de los dos gametos y que desde ese momento existe un ser humano.<sup>27</sup> Siguiendo ese razonamiento, la Corte Suprema señaló que uno de los mecanismos de acción de la AOE “*Imediat*”, que modifica el tejido endometrial y por tanto inhibe la implantación,<sup>28</sup> “constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior.”<sup>29</sup>

La Corte basó su decisión en las disposiciones jurídicas establecidas en el Código Civil Argentino con relación al término “concepción”. La Corte estableció que el Código Civil coincide con las normas superiores que protegen la vida del no nacido desde la concepción.<sup>30</sup> La Corte también notó que el Código Civil Argentino establece la existencia de las personas desde la concepción.<sup>31</sup> Mas aún, la Corte concluyó que “todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo.”<sup>32</sup> En este orden de ideas, la Corte estableció que como el derecho fundamental a la vida estaba en juego, la protección constitucional debía ser concedida. Es así que, en marzo 2002, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Ministerio Nacional de Salud y Acción Social y a la Administración Nacional de Medicamentos y Técnica Médica que deje sin efecto la mencionada autorización, prohibiéndose así la fabricación, distribución y comercialización de la píldora *Imediat*.<sup>33</sup>

Al igual que la Corte Suprema de Chile en el caso “*Postinal*”,<sup>34</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina a lo largo de su razonamiento, otorgó un peso

---

Chile también se sintió inclinada a determinar el momento desde cuando la existencia de un ser humano puede o debe ser legítima y jurídicamente reconocida.

<sup>27</sup> Entre los autores mencionados, la Corte citó: Jean Rostand, quien sostiene que un ser humano existe una vez que el óvulo es fertilizado y desde ese momento el ser humano está “completo;” B. Carlson, quien sostiene que el embarazo comienza con la unión de un óvulo y el espermatozoide; y T.W. Sadler, quienes sostiene que el desarrollo de un individuo comienza en la fertilización. *P. de Belén v Min. Salud, supra* nota 9, para. 5-6.

<sup>28</sup> *Ibid.* para. 9.

<sup>29</sup> *Ibid.* para. 10.

<sup>30</sup> Refiriéndose a la Constitución Argentina y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

<sup>31</sup> Artículo 63 del Código Civil Argentino.

<sup>32</sup> El razonamiento de la Corte es particularmente problemático porque estableció que todo método anticonceptivo que prevenga la implantación debería ser considerado abortivo. Tal razonamiento abrió la puerta a la posibilidad de cuestionar a nivel jurídico la disponibilidad de todos los métodos anticonceptivos. Esto es exactamente lo que pasó. Una acción de amparo fue presentada en 2003 por la ONG “25 de Marzo” en contra de todos los anticonceptivos en Argentina bajo el supuesto que todos los anticonceptivos son abortivos. *P. de Belén v. Min. Salud, supra* nota 9.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Philippi v. Lab. Chile, supra* nota 8.

significativo a la disposición sobre el derecho a la vida contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.<sup>35</sup>

Para la Corte Suprema de Argentina el derecho a la vida reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege la vida de la persona humana “a partir del momento de la concepción.” La Corte no hizo mención de las palabras “en general”, que son parte de una lectura integral de este artículo. Comprender el significado de la frase “en general” es esencial ya que deja abierta la posibilidad para permitir el aborto.<sup>36</sup> Esto significa que el derecho a la vida del no nacido no es absoluto y que tiene un límite, que es el que no interfiera de manera directa con los derechos de las mujeres.

La Corte también fundamentó su decisión en el artículo 6(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que “los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.”<sup>37</sup> La Corte Suprema interpretó dicha disposición como la protección del niño desde la concepción señalando que “todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida.”<sup>38</sup>

Es importante señalar que este proceso judicial tuvo dos opiniones disidentes en relación al procedimiento judicial utilizado (amparo). Ambas opiniones consideraron que el procedimiento judicial utilizado no era el idóneo para analizar el caso. Los jueces Carlos Fayt y Gustavo A. Bossert basaron su disenso en consideraciones procedimentales.<sup>39</sup> Los jueces Augusto Cesar Belluscio y Enrique Santiago Petracchi coincidieron en que el procedimiento elegido no era el más adecuado. Ellos argumentaron además que no se contaba con evidencia suficiente como para obtener certeza en el caso

---

<sup>35</sup> *Supra* nota 19.

<sup>36</sup> Ver la discusión en la Sección IV.

<sup>37</sup> *Supra* nota 20, art. 6.1.

<sup>38</sup> *P. de Belén v Min. Salud*, *supra* nota 9, para. 14

<sup>39</sup> Opinión disidente de Carlos Fayt y Gustavo A. Bossert.

por lo que lo aconsejable era esperar un juicio contencioso para presentar mayores pruebas.<sup>40</sup>

## II. EL RAZONAMIENTO DE LA CORTE Y LA FALTA DE EVIDENCIA EN LA DECISIÓN

La Corte Suprema de Justicia interpretó el término “concepción”, término utilizado en la legislación nacional argentina y en tratados internacionales y regionales, como “fertilización”. Esta interpretación es bastante discutible.

La Corte tenía abierta la posibilidad de interpretar el término “concepción” porque, en la legislación nacional argentina, el artículo 70 del Código Civil Argentino establece que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”.<sup>41</sup> Asimismo, el artículo 63 del Código Civil establece que “son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”.<sup>42</sup> Sin embargo, ninguna de las disposiciones jurídicas existentes en la legislación argentina define el significado del término “concepción”. Mas aún, el momento preciso en el que se aplica la protección jurídica no se encuentra articulada ni en la Constitución Argentina ni en ningún documento internacional de derechos humanos.

Esta decisión genera dos problemas, uno en relación al razonamiento y el otro en relación a la prueba. En primer lugar, el razonamiento de la Corte es erróneo porque la Corte substituyó el razonamiento jurídico por razonamiento científico. La referencia a la ciencia *per se* no es el problema, sino el desprendimiento de conclusiones jurídicas que se basan en hechos científicos sin considerar la certeza de la evidencia científica. La utilización de la evidencia por parte de la Corte Suprema de Argentina en el caso *Imediat* fue selectiva y arbitraria. Al equiparar “concepción” con fertilización, la Corte priorizó interpretaciones biológicas, filosóficas y religiosas particulares sobre el inicio de la vida humana por encima de argumentos jurídicos. La Corte fundamentó su decisión sobre

---

<sup>40</sup> Opinión disidente de Augusto Cesar Belluscio y Enrique Santiago Petracchi.

<sup>41</sup> Artículo 70 del Código Civil Argentino.

<sup>42</sup> Artículo 63 del Código Civil Argentino.

evidencia presentada por los demandantes sin cuestionar siquiera su confiabilidad en términos de aplicación del derecho.

En contraposición a este razonamiento, en el caso *Smeaton v. The Secretary of State for Health*<sup>43</sup> en el Reino Unido en 2002, el Juez Munby señaló la importancia de aplicar el derecho de manera objetiva. En este caso, el demandante John Smeaton en representación de la Sociedad para la Protección de los Niños No Nacidos, cuestionó la legalidad en la prescripción y suministro de la AOE argumentando que la AOE era abortiva y por tanto se tipificaba el delito criminal bajo las secciones 58 y/o 59 del *Offences against the Person Act* [Ley de Delitos contra la Persona], de 1861.<sup>44</sup> Al distinguir entre determinaciones teológicas, médicas y jurídicas el Juez Munby sostuvo que:

Así como en el caso de la muerte como en el caso de la vida (y también en el caso de la maternidad), el concepto puede significar una cosa para un hombre médico o biólogo, otra cosa para un teólogo o ético, otra cosa para un filósofo y otra cosa para un abogado. Yo soy competente solamente en materias jurídicas.<sup>45</sup>

Esta distinción entre preguntas de ciencia y religión y preguntas de derecho es particularmente pertinente en el área de la salud sexual y reproductiva de las mujeres. Dicha distinción debe ser observada para asegurar que se otorgue igual protección jurídica a las necesidades en salud de las mujeres. Es acertado amparar una decisión en hechos científicos siempre y cuando la Corte resuelva finalmente en base a argumentos jurídicos como ocurrió en el caso *Smeaton*. De lo contrario, se violentaría el principio que establece que las decisiones jurídicas deben estar sustentadas en argumentos jurídicos basados en evidencia que proporcione certeza.

---

<sup>43</sup> *Supra* nota 2.

<sup>44</sup> *Ibid.* para. 7: “El efecto de la Secciones 58 y 59 del *1861 ACT*, tomadas juntas con las partes relevantes del *ABORTION ACT 1967*, es que las sustancias abortivas – sustancias que pueden provocar una pérdida o aborto – pueden ser suministradas sólo si dos médicos certifican que las condiciones establecidas en el *1967 ACT* sean satisfechas. De lo contrario, el uso de tales sustancias es en principio criminal.” (traducción de la autora)

<sup>45</sup> *Ibid.* para. 56 (traducción de la autora)

Más allá del razonamiento fallido, la decisión de la Corte no consideró evidencia relevante para el caso, evidencia que señala que es científicamente imposible determinar con certeza la existencia de un óvulo fertilizado antes de su implantación en el útero. Sólo al momento de la implantación, cuando la placenta segrega la hormona hCG (gonadotropina coriónica) es que se puede detectar la presencia de la hormona y establecer la existencia de un embarazo. Un académico en Derecho Penal, José Manuel Valle ha escrito que “hasta la anidación no puede afirmarse con rotundidad la individualidad de la nueva vida”.<sup>46</sup> El argumento de Valle radica en que le toma 14 días al óvulo fertilizado el implantarse en el vientre materno y que el embarazo no se inicia hasta ese momento. Asimismo, sostiene que este proceso está cargado de muchos cambios y mutaciones cualitativas y que en promedio 50% de los óvulos fertilizados son eliminados por selección natural.<sup>47</sup> En este contexto, pues, es bastante incierto el desarrollo embrionario hasta que se produzca el embarazo.<sup>48</sup>

Dado que la presencia de un óvulo fertilizado no puede ser probada antes de la implantación, al momento de ingerir la AOE es imposible probar la existencia de dicho óvulo. Por tanto, jurídicamente hablando, no existe embarazo que abortar. En otras palabras, la existencia de la “vida” que la Corte intenta proteger no puede ser probada. En apoyo a este argumento, la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia y la Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología, coincidentemente sostienen que, científicamente hablando, el embarazo comienza con la implantación del blastocito en el útero.<sup>49</sup> Estas organizaciones definen el embarazo como sigue:

---

<sup>46</sup> G. Quinteros. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. (Pamplona: Editorial Aranzadi S.A., 1999). p.77

<sup>47</sup> En esta misma línea, ver H. Croxatto, “La píldora anticonceptiva de emergencia y la generación de un nuevo individuo. Reflexión y Liberación,” online: CLAE <<http://www.clae.info/index2.html>>. En un estudio con cien parejas fértiles que tuvieron relaciones sexuales varias veces durante un mes y en donde no utilizaron ningún tipo de método anticonceptivo, se observó que 25 mujeres salieron embarazadas en el primer mes y que 25% de las 75 restantes salieron embarazadas en el segundo mes. El mismo patrón ocurrió en los meses siguientes. La explicación para esto es que en cada mes 50% de las parejas no experimenta fertilización alguna, y de las fertilizaciones que sí ocurren, la mitad no llega a embarazo porque el producto de la fertilización es eliminado de manera espontánea.

<sup>48</sup> Quinteros, *supra* nota 46.

<sup>49</sup> FIGO. *Reporte del Comité sobre los Aspectos Éticos de la Reproducción Humana y la Salud de las Mujeres* (1999) 64 Int. J. Gynecol. Obstet. 317 pp. 317-322.

La reproducción natural humana es un proceso que involucra la producción de gametos masculinos y femeninos y su unión al momento de la fertilización. El embarazo es aquella parte del proceso que comienza con la implantación del concebido en una mujer y que termina o con el nacimiento de un niño o con un aborto.<sup>50</sup>

Asimismo, estas organizaciones definen al aborto como la terminación del embarazo. Por lo tanto, en base a todo lo anterior, la Corte debió haber equiparado el término “concepción” con implantación o embarazo.

Mas aún, la AOE no tiene efectos sobre el óvulo fecundado una vez iniciado el proceso de implantación y no puede causar un aborto si es que la mujer ya está embarazada.<sup>51</sup> No obstante, la Corte Suprema de Argentina ni siquiera mencionó la opinión de la OMS sobre la materia.

Los demandantes alegaron que la AOE actúa como abortivo. Cabe señalar que las disposiciones sobre aborto en el Código Penal Argentino no definen el aborto. Sin embargo, las disposiciones en relación a las excepciones a la penalización del aborto se refieren a un aborto practicado en una mujer “encinta”. El aborto puede ser practicado a) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; b) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.<sup>52</sup> Las

---

<sup>50</sup> *Ibid.* (traducción de la autora)

<sup>51</sup> OMS. Comunicado en Anticoncepción de Emergencia. *Fact Sheet No. 244* (junio 2000); OMS. *Mejorando los métodos de anticoncepción de emergencia*. Progress in Reproductive Health Research, No. 51 (1999) online: OMS <[http://www.who.int/reproductive-health/hrp/progress/51/news51\\_1.en.html](http://www.who.int/reproductive-health/hrp/progress/51/news51_1.en.html)>.

<sup>52</sup> Artículo 86 del Código Penal Argentino. El Código Penal Argentino penaliza el aborto de la siguiente manera (Art. 85):

El que causare un aborto será reprimido:

1º. con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;

2º. con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevara a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

Asimismo, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare será reprimida con prisión de uno a cuatro años. La tentativa de la mujer no es punible. (Artículo 88 del Código Penal). Sin embargo, no es punible el aborto éste es practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada en dos situaciones: 1. si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. Vale destacar que en esta disposición

disposiciones del Código Penal Argentino en relación al aborto, deberían entenderse en concordancia con la definición de aborto de la OMS, es decir como la terminación de un embarazo existente.

### III. EL DERECHO A LA VIDA

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina basó su decisión en una protección absoluta al derecho a la vida del no nacido y determinó que el derecho a la vida es “el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional”.<sup>53</sup> Por su parte, con un razonamiento similar, la Corte Suprema de Chile en el caso *Postinal* antepuso el derecho a la vida sobre otros derechos humanos y sostuvo que “el derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida, no hay derecho”.<sup>54</sup>

La Corte Suprema de Argentina también basó su decisión en la legislación doméstica argentina, particularmente en las disposiciones sobre el derecho a la vida contenidas en el Código Civil. Sin embargo, la Corte no reconoció que la legislación argentina dispone de un marco de protección al no nacido distinto al de las personas vivas. Existe una protección específica al derecho a la vida del no nacido en la legislación argentina. Esto quiere decir que se hace una diferenciación entre esta protección jurídica y la disposición general sobre el derecho a la vida que las personas nacidas vivas disfrutan. Asimismo, la legislación argentina limita el disfrute de muchos derechos, incluido el derecho a heredar, a personas nacidas vivas.<sup>55</sup> Con todo lo anterior se sostiene que para la legislación argentina hay una distinción entre la vida del no nacido y la vida de las personas nacidas vivas. A estos dos intereses jurídicos se les otorga un valor diferente así como protecciones jurídicas diferentes; por lo tanto, estos intereses no deben ser equiparados.

---

el embarazo producto de una violación no estaría penado en el caso de mujeres en situación de incapacidad, pero sí es castigado para las demás mujeres.

<sup>53</sup> *P. de Belén v Min. Salud*, *supra* nota 9, para. 12.

<sup>54</sup> *Philippi v Lab. Chile*, *supra* nota 8, para. 14-15.

<sup>55</sup> El derecho a la herencia por ejemplo se adquiere únicamente cuando se puede atribuir personalidad jurídica en el nacimiento. Ver artículo 77 del Código Civil Chileno y el artículo 70 del Código Civil Argentino.

Del mismo modo, es importante señalar que las disposiciones contenidas en el derecho civil argentino no deberían ser utilizadas para analizar derechos establecidos a nivel constitucional porque los derechos constitucionales tienen mayor jerarquía. Tal como P. Laurenzo afirma:

Dado que la Constitución tiene por función el conceder legitimidad al resto del Ordenamiento Jurídico [...] no parece metodológicamente aceptable recurrir a las normas de jerarquía inferior (civiles, penales o administrativas) para precisar el sentido de las disposiciones constitucionales.<sup>56</sup>

La supremacía constitucional manda que las disposiciones constitucionales son superiores, y no deben ser contradichas por ninguna otra ley o regulación.

Además de realizar una interpretación errónea de la legislación argentina con relación al alcance de la protección del derecho a la vida del no nacido, la Corte Suprema se centró de manera exclusiva en el derecho a la vida del no nacido. La Corte ignoró completamente el derecho a la vida de la mujer, así como el hecho de que este derecho está continuamente comprometido en el área de la salud sexual y reproductiva. El aborto inseguro es una de las principales causas de mortalidad materna en Latinoamérica. En Argentina por ejemplo, con una población aproximada de 39 millones de habitantes, un estimado de 500,000 a 700,000 abortos ilegales ocurren cada año. La magnitud de este fenómeno puede ser entendida comparando esta figura con los 700,000 nacimientos por año que ocurren en Argentina.<sup>57</sup> Más problemático es que el 30 por ciento de las muertes maternas son atribuidas a abortos ilegales.<sup>58</sup> Esta situación sugiere que la penalización del aborto no detiene a las mujeres que recurren a procedimientos ilegales de aborto – que por lo general se realizan en condiciones sanitarias muy pobres y algunas veces son auto-inducidos – de arriesgar sus vidas con la finalidad de terminar un embarazo no deseado.

El Comité para la Eliminación de la discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) en su reporte de seguimiento al quinto reporte periódico de Argentina notó con

---

<sup>56</sup> P. Laurenzo, *El Aborto No Punible* (Málaga: Bosch Casa Editorial, 1990) p. 14.

<sup>57</sup> Para mayor información revisar online: Rimaweb <http://www.rimaweb.com.ar>

<sup>58</sup> Revisar el Reporte de Human Rights Watch disponible en: <http://www.hrw.org>

preocupación el alto nivel de mortalidad materna en el país.<sup>59</sup> El reporte señala que un tercio de la mortalidad materna en el país se debe a abortos inducidos. Mas aún, el reporte revela que las mujeres de pocos recursos, especialmente entre el rango de 20 y 34 años de edad, son las que enfrentan los mayores riesgos como resultado de abortos inseguros ya que debido a las restricciones legales, los procedimientos no son realizados en establecimientos de salud públicos.

A pesar de esta situación, la Corte Suprema de Argentina ignoró completamente el derecho a la vida de las mujeres y abordó el caso como uno que sólo involucra la determinación del comienzo de la vida humana para proteger la vida del no nacido. Sin embargo, el rol de un juez es determinar desde cuándo se debe otorgar protección jurídica y no el determinar desde cuándo se inicia la vida humana. En este contexto, es importante señalar que un ser humano es un concepto biológico, mientras que una persona es un término jurídico aplicado a una categoría jurídica.<sup>60</sup>

La jurisprudencia de otras jurisdicciones también ha considerado el alcance de la protección jurídica del no nacido. En un caso español ante el Tribunal Constitucional de España, decisión 53/1985, se presentó un recurso de amparo por 54 diputados en contra del texto del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal Español.<sup>61</sup> El Proyecto objeto del recurso, buscaba la inclusión de supuestos de declaración de no punibilidad del aborto. Uno de los argumentos principales presentado por los demandantes en contra del Proyecto era que el artículo 15 de la Constitución que establece que “todos tiene el derecho a la vida...” protege al no nacido.<sup>62</sup> A diferencia de la Corte Suprema de Argentina, el Tribunal Constitucional Español consideró la “vida” humana un concepto continuo: “la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y

---

<sup>59</sup> NU, Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, *Seguimiento del quinto informe periódico de Argentina*, “Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women,” 29 enero 2004, UN Doc. CEDAW/C/ARG/5/Add.1.

<sup>60</sup> “*Vo v. Francia*” (2004), Corte Europea de Derechos Humanos, Aplicación No. 53924/00, 8 de julio 2004. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/echr> para 62.

<sup>61</sup> Recurso previo de inconstitucionalidad, Ref 53/1985, Publicación BOE 19850518, BOE num. 119, Registro num. 800/1983, 11 abril 1985 (Tribunal Constitucional de España).

<sup>62</sup> *Ibid.*

sensitivamente configuración humana.”<sup>63</sup> El Tribunal Constitucional Español determinó que el *nasciturus* o no nacido no goza del derecho a la vida *strictu sensu* aún cuando el *nasciturus* “es un bien jurídico constitucionalmente protegido.”<sup>64</sup>

La Corte Europea de Derechos Humanos, en la decisión *Vo v. Francia*,<sup>65</sup> también ha considerado el momento desde cuándo surge la protección jurídica del “derecho a la vida.” En este caso, debido a una negligencia médica, la demandante quien deseaba continuar su embarazo fue obligada a someterse a un aborto terapéutico. La demandante reclamó una violación del artículo 2 de la Convención (derecho a la vida), argumentando que en los procedimientos judiciales en Francia, la conducta del médico no estaba clasificada como homicidio no intencional. Según la demandante, el término *everyone* (toda persona o *toute personne*) del artículo 2 de la Convención debería ser interpretado de modo que incluya a todos los seres humanos y no sólo a individuos que tienen atribuida personalidad jurídica.<sup>66</sup> La Corte Europea de Derecho Humanos funcionando como Gran Cámara, sostuvo por 14 votos contra 3 que no hubo violación del artículo 2 de la Convención Europea (derecho a la vida) por parte del médico al actuar negligentemente y causarle a la mujer la pérdida de un embarazo deseado.

Si bien esta decisión fue posterior al caso *Imediat*, es muy significativo que la Corte Europea haya determinado por consenso entre los estados europeos que el no nacido puede ser humano y por tanto gozar de alguna protección.<sup>67</sup> Sin embargo, la Corte agregó que ser humano no implica necesariamente ser persona titular de todos los derechos que las personas nacidas vivas gozan bajo la Convención Europea:

A lo mejor, puede ser observado como común denominador entre los Estados que el embrión/feto pertenece a la raza humana. La potencialidad de ese ser y su capacidad de convertirse en persona – disfrutando la protección del derecho civil, mas aún, en muchos Estados

---

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Vo v Francia* (2004), Corte Europea de Derechos Humanos, Aplicación No. 53924/00, 8 de julio 2004. Disponible online: Corte Europea de Derechos Humanos <http://www.echr.coe.int/echr> *supra* nota 60.

<sup>66</sup> *Ibid.* para 47.

<sup>67</sup> *Ibid*

como Francia, en el contexto de herencia y donaciones, y también en el Reino Unido – requiere de una protección en el nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en “persona” con el “derecho a la vida” a propósito del artículo 2.<sup>68</sup>

La opinión separada del Juez Rozakis, concurriendo con los Jueces Caflish, Fischback, Lorenzen y Thomassen señaló que, aún cuando hay un derecho a la vida reconocido al no nacido, esto no significa que esta “forma de vida humana” que pertenece a la raza humana equivale al derecho a la vida que tiene un niño nacido vivo.<sup>69</sup>

Las decisiones en relación al alcance de protección jurídica que se le debe otorgar al no nacido en casos como la AOE deberían ser resueltas de esta forma. Es decir, cuando se afirma que los intereses del no nacido están en juego, éstos no deben ser considerados *ipso facto* como niños nacidos vivos sin evidencia que proporcione certeza de ello. En casos sobre la AOE, cuando las cortes consideran evidencia científica cierta, el sólo hecho de que se involucren los intereses del no nacido aún cuando no hay existencia de embarazo, es altamente cuestionable.

#### **IV. LA INTERPRETACION DE CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN RELACION CON EL DERECHO DEL NO NACIDO**

El artículo 4(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que:

Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> *Ibid.* para. 84 (traducción de la autora)

<sup>69</sup> *Ibid.* Opinión separada.

<sup>70</sup> Organización de Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 noviembre 1969, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 (entró en vigor en julio 1978, ratificada por Argentina 1984). Disponible en español: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

La Corte Suprema de Argentina interpretó literalmente el artículo 4(1) al proteger la vida del no nacido “desde el momento de la concepción.” La Corte no consideró que un derecho absoluto a la vida desde la concepción puede vulnerar la autodeterminación reproductiva de las mujeres.

La Corte no abordó la jurisprudencia existente sobre la interpretación de esta disposición a lo largo de su análisis sobre la Convención Americana. Por ejemplo, en el caso *Baby Boy*,<sup>71</sup> la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos señaló que las palabras “en general” fueron incluidas en el artículo 4(1) de la Convención Americana por mayoría para permitir el aborto.<sup>72</sup> En el caso *Baby Boy* los demandantes argumentaron que hubo una violación del artículo 1 de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre, que señala que: “Todo ser humano tiene el derecho a la vida ...”<sup>73</sup> Los demandantes se ampararon en las disposiciones de la Convención Americana señalando además que los *travaux préparatoires*<sup>74</sup> o trabajos preparatorios mostraban la intención de la Conferencia que estableció la Convención, de incluir la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción.<sup>75</sup>

La Comisión Inter-Americana concluyó que aceptar un “derecho absoluto desde el momento de la concepción” hubiera sido incompatible con la legislación de muchos Estados americanos que permitían el aborto en determinadas circunstancias.<sup>76</sup> Asimismo, estableció que las implicancias jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de

---

<sup>71</sup> “*Christian B. White y Gary K. Potter v. Estados Unidos de América*” (1981), Inter-Am.Comm.H.R No. 2141, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights: 1980-81*, OEA/Ser.L/V/II.54/doc.9/rev1[*White & Potter v. US*]. Disponible en español: <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>.

<sup>72</sup> Es importante señalar que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados también establece que “se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.” Esto es exactamente lo que la Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos realizó en el caso *Baby Boy*. La Comisión, al revisar los “trabajos preparatorios” de la Convención, determinó que las palabras “en general” en el artículo tenían la intención de permitir el aborto.

<sup>73</sup> La decisión en este caso se basó en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y no en la Convención Americana sobre Derechos Humanos porque los Estados Unidos de América no ha ratificado esta última. Por lo tanto, la interpretación de la frase “en general” tal como aparece en el artículo 4.1 de la Convención fue *obiter dicta* y no parte de la decisión.

<sup>74</sup> Cuando se discutió el borrador de la Declaración en la IX Conferencia Internacional de Estados Americanos en 1948 en Bogotá.

<sup>75</sup> *White & Potter v. US*, *supra* note 71, para. 18.

<sup>76</sup> *Ibid.* para. 25.

la concepción" son sustancialmente diferentes a las de la cláusula más corta "desde el momento de la concepción".<sup>77</sup> La Comisión Inter-Americana explicó:

Cuando se enfrenta la cuestión del aborto, hay dos aspectos por destacar en la formulación del derecho a la vida en la Convención. En primer término la frase "en general". En las sesiones de preparación del texto en San José se reconoció que esta frase dejaba abierta la posibilidad de que los Estados Partes en una futura Convención incluyeran en su legislación nacional "los casos más diversos de aborto".<sup>78</sup>

El término "en general" fue por tanto incluido en el texto de la Convención Americana para no permitir que los derechos de las mujeres al más alto nivel posible de salud y a la igualdad fueran vulnerados por una protección absoluta a los derechos del no nacido.

La Corte Argentina, al no reconocer que el término "en general" implica que los derechos e intereses de las mujeres sean considerados, interpretó erróneamente este artículo. La interpretación de la Corte también es incompatible con el artículo 29 de la Convención al reconocerle al no nacido un derecho absoluto sin considerar cómo los derechos de las mujeres pueden resultar lesionados o vulnerados. Según este artículo, ninguna disposición en la Convención puede ser interpretada en una manera que suprima el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

Los errores en la interpretación de la Corte dan señal de una falla mayor al interpretar el objeto y fin de la Convención Americana. Cuando se interpretan tratados de derechos humanos, es esencial otorgarle pleno efecto al objeto y fin, a la vez que se mantiene consistencia con el significado ordinario de las palabras así como de otras secciones del texto.<sup>79</sup> De lo contrario, las palabras pueden ser utilizadas fuera de contexto

---

<sup>77</sup> *Ibid.* para 30 y para 18 (d) (e). Cabe señalar que las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos de América, México, Perú, Uruguay y Venezuela levantaron el problema que el aceptar un concepto absoluto del derecho a la vida desde el momento de la concepción entraría en conflicto con la legislación vigente que permite el aborto.

<sup>78</sup> *Ibid.* para 14(c)

<sup>79</sup> Para una discusión sobre los principios que deben guiar la interpretación de tratados, revisar Rebecca Cook, "Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women" (1990) 30 *Va. J. of Int'l Law* 643 at 660.

y el objeto y fin del tratado alterado. El resultado infortunado sería interpretaciones de los tratados de derechos humanos que simplemente refuerzan el *status quo* y frustran el cambio que los tratados están destinados a promover.

El objeto y fin de la Convención Americana es consolidar un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales. El tratado busca asegurar que todas las personas del Continente Americano puedan ejercer libre y plenamente todos los derechos y libertades sin discriminación.<sup>80</sup> Al negarle a las mujeres el acceso a servicios de salud seguros como la AOE, la Corte contravino este objeto y fin y vulneró los derechos de las mujeres a la vida,<sup>81</sup> a la integridad física, mental y moral,<sup>82</sup> a la libertad y seguridad de la persona,<sup>83</sup> a la privacidad,<sup>84</sup> a la libertad de conciencia<sup>85</sup> y pensamiento,<sup>86</sup> y a la igualdad ante la ley.<sup>87</sup>

Las consideraciones de la Corte sobre las obligaciones de Argentina bajo la Convención sobre los Derechos del Niño revelan una interpretación igualmente equivocada en relación a los derechos del no nacido. El noveno párrafo del Preámbulo de la Convención, al referirse a la Declaración de los Derechos del Niño establece que:

El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.<sup>88</sup>

Al definir el término “niño”, el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría

---

<sup>80</sup> Organización de Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 noviembre 1969, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 (entró en vigor en julio 1978, ratificada por Argentina 1984), preámbulo. Disponible en español: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>.

<sup>81</sup> *Ibid.* art. 14

<sup>82</sup> *Ibid.* art. 5

<sup>83</sup> *Ibid.* art.7

<sup>84</sup> *Ibid.* art. 11

<sup>85</sup> *Ibid.* art. 12

<sup>86</sup> *Ibid.* art. 13

<sup>87</sup> *Ibid.* art. 24

<sup>88</sup> NU, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 12 diciembre 1989, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 167, U.N. Doc. A/44/49 (entró en vigor en setiembre 1990, ratificada por Argentina 1990). Noveno párrafo del preámbulo. Disponible en español: [http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc\\_sp.htm](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm)

de edad.” El artículo 6 (1) de la Convención especifica que “los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.”<sup>89</sup>

La percepción sobre si la Convención sobre los Derechos del Niño protege el derecho del no nacido es bastante cuestionada. Ninguna de las declaraciones previas que reconocieron los derechos del niño, incluyendo las Declaraciones de 1924 y 1959, establecieron alguna protección explícita para el no nacido; mejor dicho, la protección era otorgada al “niño”.<sup>90</sup> Al revisar los trabajos preparatorios de la Convención sobre los Derechos del Niño, queda claro que no estaba pensado incluir la protección del no nacido. La razón principal para esta exclusión era que tal protección hubiera entrado en conflicto con la legislación nacional de muchos países que permitían el aborto. Asimismo, la Convención aspiraba a una aceptación generalizada que hubiera sido comprometida si tal protección hubiese sido extendida al no nacido.<sup>91</sup>

Con relación al preámbulo, algunas personas podrían argüir que si la protección del niño se extiende hasta antes de su nacimiento, esta protección debería extenderse desde el momento de la concepción y, por lo tanto, protege el derecho a la vida del no nacido. El problema para esta interpretación es que existe muy poco sustento jurídico en la Convención que insinúe que el no nacido tenga protección jurídica desde el momento de la concepción. El razonamiento de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) al evaluar el peso general de los preámbulos en relación al peso que se le debe otorgar al Preámbulo de la Carta de Naciones Unidas, sostuvo que es instructiva. En los casos de África Suroeste (2da fase) de 1966, la CIJ notó que “el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas constituye la base política y moral de las disposiciones jurídicas” que están incluidas en el texto.<sup>92</sup> Sin embargo, “tales consideraciones no son, en sí mismas, reglas de derecho”.<sup>93</sup> Por analogía, queda claro que la interpretación de la Corte Suprema de

---

<sup>89</sup> El estado Argentino al firmar la Convención sobre los Derechos del Niño declaró en relación al artículo 1 de la Convención, que el artículo debe ser interpretado para que un niño signifique todo ser humano desde la concepción hasta la edad de 18 años. Sin embargo, esta declaración no fue reiterada al momento de ratificar la Convención. Revisar online: <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/11.htm#reservations>

<sup>90</sup> P. Alston, “The Unborn Child and Abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child” (1990) 12 Hum. Rts. Q. 156.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> *Ibid.* p. 169.

<sup>93</sup> *Ibid.*

Argentina sobre la Convención sobre los Derechos del Niño amplía de manera excesiva el límite de los artículos 1 y 6 de la Convención al permitir que la referencia al preámbulo sobre la vida antes del nacimiento triunfe sobre todos los otros derechos o intereses en conflicto. Yo propongo, en cambio, que cualquier referencia a los intereses de los no nacidos debe ser entendida únicamente como la obligación de los Estados de proporcionar protección al feto a través de medidas apropiadas para garantizar a las mujeres un adecuado cuidado pre-natal y servicios generales de salud, incluso seguridad social, así como también la obligación de proporcionar educación en cómo criar a un niño.

## **V. FUERA DEL ANALISIS: LA PERSPECTIVA DE LA MUJER**

El aspecto más problemático del análisis de la Corte fue una completa omisión de las dimensiones de género inherentes en un caso sobre servicios de salud reproductiva que únicamente necesitan las mujeres. La Corte erró al ignorar las necesidades en salud de las mujeres, la jurisprudencia internacional y regional emergente en el tema, así como las obligaciones jurídicas de Argentina de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las mujeres. Esta sección se centra en tres temas principales en derechos humanos que debieron ser analizados por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, a saber, el derecho de las mujeres a la igualdad; a la autonomía, a la libertad y la privacidad; y el balance de derechos entre los derechos de las mujeres y los derechos del no nacido.

### **El Derecho a la Igualdad**

La Corte Suprema de Argentina utilizó selectivamente los tratados internacionales de derechos humanos. En su análisis de derechos, la Corte debió recurrir a la CEDAW como parte de la Constitución Argentina, sobre todo teniendo en cuenta que este caso se centraba en las necesidades de las mujeres en salud y, por ende, en su bienestar general, igualdad y capacidad para participar como ciudadanas efectivas. El Comité de la CEDAW en su Recomendación General 25 explicó que el objeto y fin general de la Convención es:

La eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer con miras a lograr la igualdad *de jure* y *de facto* entre el hombre y la mujer en el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de ambos.<sup>94</sup>

El hecho de que las mujeres no puedan acceder a distintos métodos anticonceptivos por prohibiciones legales u otras restricciones es discriminatorio en contra de las mujeres porque restringe la accesibilidad a servicios de salud que sólo ellas necesitan. En este sentido, el Comité CEDAW en su Recomendación General 24 sobre la Mujer y la Salud estableció que:

Las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria.<sup>95</sup>

Esta Recomendación General se basa en el texto mismo del tratado que requiere que el Estado Argentino asegure que las mujeres no sean discriminadas en el sector salud, lo que incluye la capacidad de acceder a servicios de salud reproductiva como la AOE. El artículo 12(1) de la CEDAW establece que los Estados Partes:

Adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> NU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 25: Medidas Especiales de Carácter Temporal, 2004, UN Doc. CEDAW/C/2004/I/WP.1/Rev.1. online: [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf)

<sup>95</sup> NU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 24: La Mujer y la Salud, 1999, UN GAOR, UN Doc. No. A/54/38/ Rev.1. para 11. online: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom24>

<sup>96</sup> NU, *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, 18 diciembre 1979, 34 UN GAOR Suppl. (No. 21) (A/34/46) at 193, UN. Doc. A/Res/34/180 (entró en vigor en diciembre 1981, ratificada por Argentina 1985). Art. 12.1.

Asimismo, el artículo 16 de la CEDAW enfatiza la importancia del derecho de la mujer a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos, y a tener acceso a información, educación y a los medios para ejercer estos derechos. Más aún, el Estado argentino acordó:

Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.<sup>97</sup>

La Corte Suprema de Argentina contravino lo establecido en el artículo 16 de la CEDAW, al discriminar en contra de las mujeres en una decisión que afecta directamente su salud.

Restringir el acceso a determinados o a todos los métodos anticonceptivos deniega una efectiva auto-determinación reproductiva a las mujeres y vulnera su capacidad para participar como ciudadanas efectivas. En palabras de Rebecca Cook: “la falta de igualdad de las mujeres... en leyes que les deniegan auto-determinación reproductiva es percibida cada vez más como una violación no sólo de la igualdad humana pero de ciudadanía plena.”<sup>98</sup>

La Corte Suprema de Argentina, sin embargo, no consideró que su decisión vulneraría la igualdad de las mujeres y su capacidad para ejercer ciudadanía plena dada las consecuencias de un embarazo no deseado, particularmente en el contexto latinoamericano. La Corte erró al no considerar y ni siquiera perturbarse por el impacto discriminatorio que su decisión tendría sobre las mujeres. En la realidad, las consecuencias de esta decisión serán que el número de abortos inseguros y el índice de mortalidad materna continuarán en aumento en Argentina. La decisión limita las opciones disponibles para que las mujeres puedan evitar embarazos no deseados. De acuerdo con el Comité de la CEDAW en su Recomendación General 19, los Estados Partes deben asegurar “que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control

---

<sup>97</sup> *Ibid.* art. 2c

<sup>98</sup> R. J. Cook & B. M. Dickens, “Human Rights Dynamics of Abortion Law Reform” (2003) 25 Hum. Rts. Q. 1 p. 43.

de la natalidad.”<sup>99</sup> Tal como el Secretario de Estado determinó en el caso *Smeaton*: “existen abrumadoras razones de peso por las cuales es mejor proporcionarle a las mujeres anticoncepción de emergencia que ponerlas en una situación en la que puedan necesitar recurrir al aborto.”<sup>100</sup>

Esto es más problemático en las mujeres con pocos recursos económicos que dependen del Estado. Esta es la situación de muchas mujeres en Argentina donde más del 50% de la población vive bajo el nivel de la línea de pobreza.<sup>101</sup> Como Rachel Roth ha señalado, “lo que es tan problemático sobre reclamos de derechos fetales es que hacen que la mujer cargue con todos los costos en lugar de distribuirlos más uniformemente a través de la sociedad.”<sup>102</sup> Son las mujeres quienes muchas veces crían a sus hijos e hijas sin el apoyo de sus familias o del Estado. En palabras de Susan Baer, “los deberes y obligaciones cargan históricamente el olor de la desigualdad, desde que el deber de cuidado no fue impuesto en los hombres y limitó las opciones de las mujeres para hacer otra cosa.”<sup>103</sup> El rol de las mujeres continuará circunscrito a la crianza de los hijos e hijas hasta que las mujeres no sean consideradas como ciudadanas iguales que los hombres y los deberes de cuidar a los hijos e hijas sean compartidos de igual forma. Tal como el Comité de la CEDAW señaló en la Recomendación General 25, “la situación de la mujer no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación contra ella y de su desigualdad no se aborden de manera efectiva.”<sup>104</sup>

## **El derecho a la autonomía, a la libertad y a la privacidad**

---

<sup>99</sup> NU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 19: La violencia contra la mujer, 1992, UN GAOR, 1992, UN Doc. No. A/47/38. 1. Online:

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom19>

<sup>100</sup> *R v. The Secretary of State for Health*, *supra* nota 2, para. 76

<sup>101</sup> NU, Comisión de Derechos Humanos, *Integration of the human rights of women and the gender perspective*. Declaración escrita presentada por la Asamblea Permanente para Derechos Humanos, organización no gubernamental con especial status consultivo, 2005, UN Doc. E/CN.4/2005/NGO/250.

<sup>102</sup> R. Roth. *Making Women Pay. The Hidden Costs of Fetal Rights* (Ithaca: Cornell University Press, 2000) p. 5. (traducción de la autora)

<sup>103</sup> S. Baer, “Citizenship in Europe and the Construction of Gender by Law in the European Charter of Fundamental Rights” in K. Knop, ed., *Gender and Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2003) p. 83. (traducción de la autora)

<sup>104</sup> NU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 25: Medidas Especiales de Carácter Temporal, 2004, UN Doc. CEDAW/C/2004/I/WP.1/Rev.1. para. 10 online: [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf)

En Argentina, la capacidad de las mujeres para disfrutar del derecho a la libertad se ve a menudo violentado por el alto número de ataques sexuales en el país y, como resultado de ello, el posible riesgo de un embarazo no deseado. El contrainforme presentado por un grupo de ONGs al Comité de la CEDAW en el 2002 expresó que habrían 60,000 casos de delitos sexuales cometido cada año, pero que sólo el 10% de los casos fueron denunciados.<sup>105</sup> Si bien no hay información oficial en relación a la violencia sexual, se estima que habría un episodio de violencia de cada cinco parejas.<sup>106</sup> En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha expresado que:

Preocupa en especial al Comité la alta incidencia de casos de violencia contra mujeres, incluidas la violación y la violencia doméstica. También preocupan el acoso sexual y otras manifestaciones de discriminación en los sectores público y privado...<sup>107</sup>

El Comité de la CEDAW también ha manifestado su preocupación debido a que aún existiendo una amplia legislación para la prevención de la violencia doméstica en la Argentina, este problema se ha acentuado.<sup>108</sup>

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para) que también forma parte de la Constitución Argentina, establece que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.<sup>109</sup> Más aún, los Estados partes se comprometieron a adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia.<sup>110</sup> Asimismo, el Comité de Derechos Humanos recomendó que debería modificarse la legislación argentina “para autorizar el aborto en todos los casos de

---

<sup>105</sup> “Derechos humanos de las mujeres: Asignaturas pendientes del Estado Argentino” online: Amnesty Internacional – Argentina <[www.amnesty.org.ar/mujer/recursos/CEDAW.pdf](http://www.amnesty.org.ar/mujer/recursos/CEDAW.pdf)> Contra-Informe presentado por un grupo de ONGs al Comité de la CEDAW para la Sesión de agosto 2002.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> NU, Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre Argentina, 2000, UN DOC. CCPR/CO/70/ARG, para 15.

<sup>108</sup> NU, Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, *Seguimiento del quinto informe periódico de Argentina*, “Consideration of reports submitted by States parties under article 18 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women,” 29 enero 2004, UN Doc. CEDAW/C/ARG/5/Add.1.

<sup>109</sup> OEA, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, 6 setiembre 1994, 33 I.L.M. 1534 (entró en vigor en marzo 1995, ratificada por Argentina 1996), art. 3.

<sup>110</sup> *Ibid.*

embarazo por violación.”<sup>111</sup> En este contexto, la AOE es una solución óptima para prevenir un embarazo no deseado en los casos donde las mujeres son atacadas sexualmente.

Denegar a las mujeres en todos los casos la posibilidad de ejercer de manera efectiva su auto-determinación reproductiva es una violación de su derecho a la libertad y a la privacidad. La decisión de tener o tener hijos es un tema privado, así como la decisión de utilizar métodos anticonceptivos como la AOE que contribuye a que las mujeres logren sus metas de salud reproductiva. Por lo tanto, el Estado no debería limitar las opciones de las mujeres. Por el contrario, es el deber del Estado el respetar, proteger y garantizar los derechos de las mujeres en materia de salud.

En un caso en Argentina del año 1986, *S., J. B. c. Z. de S., A. M.*, los demandantes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de un artículo que establecía la indisolubilidad del vínculo matrimonial pero que reconocía el divorcio.<sup>112</sup> En otras palabras, la disposición significaba que una persona divorciada no se podía volver a casar. En una decisión de tres votos contra dos, la Corte Suprema de Justicia de Argentina declaró la inconstitucionalidad de dicha disposición en función al artículo 19 de la Constitución Argentina que protege la libertad individual, una libertad que deriva del principio de autonomía individual.<sup>113</sup>

El juez Petracchi amparó su decisión en el derecho a la privacidad y libertad de conciencia. El juez Petracchi caracterizó estos derechos como necesarios para asegurar que todo habitante de la Nación sea dejado a solas por el Estado. De esta manera, el orden jurídico debe asegurar la realización material del ámbito privado concerniente a la autodeterminación de la conciencia individual.<sup>114</sup> Según el Juez Petracchi, el concepto de privacidad encarna el hecho moral de que una persona pertenece a sí misma y no a los otros ni a la sociedad en su conjunto.<sup>115</sup> En este orden de ideas, el artículo 19 de la

---

<sup>111</sup> *Supra* nota 110, para 14.

<sup>112</sup> Recurso de inconstitucionalidad. Ref “*S., J. B. c. Z. de S., A. M.*”. Publicación 1986-E, 648, 27 nov. 1986 (Corte Suprema de Argentina)

<sup>113</sup> *Ibid.* para.14

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> *Ibid.*

Constitución Argentina que establece que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados, consagra un “sistema de la libertad personal” que va más allá de la garantía de la mera privacidad.<sup>116</sup>

Otras disposiciones constitucionales contenidas en la Constitución Argentina que buscan la realización de la libertad personal del individuo son el derecho al trabajo, a la propiedad, de peticionar a las autoridades, de publicar sus ideas por la prensa y de profesar libremente su culto.<sup>117</sup> Todas estas disposiciones deben ser leídas e interpretadas en relación la una con la otra como un reflejo del objeto y fin general de la Constitución: la realización plena de la libertad del individuo.

Restringir la disponibilidad de métodos anticonceptivos impone indirectamente la maternidad a las mujeres. Es significativo mencionar que el embarazo forzado ha sido considerado trato cruel e inhumano por el Comité de Derechos Humanos en sus Observaciones Concluyentes sobre Perú en el 2000, en donde abordó la penalización del aborto.<sup>118</sup> Hasta tanto no se les permita a las mujeres ejercer libremente su auto-determinación reproductiva, las mujeres continuarán disfrutando de un derecho a la libertad incompleto.

## **Balance de derechos**

En el caso *Imediat* había dos intereses constitucionalmente protegidos – el derecho a la vida del no nacido y el derecho a la igualdad y libertad de la mujer – que debieron ser balanceados cuidadosamente. Es preocupante que la Corte ni siquiera reconoció la existencia de un conflicto de derechos. Todo el análisis se concentró en la protección del no nacido. Este razonamiento por parte de los jueces lleva a la conclusión

---

<sup>116</sup> *Ibid.* para 15.

<sup>117</sup> Artículo 14 y 14 bis de la Constitución Argentina.

<sup>118</sup> Las Observaciones Concluyentes sobre Perú establecieron lo siguiente: “Es signo de inquietud que el aborto continúe sujeto a sanciones penales, aun cuando el embarazo sea producto de una violación. El aborto clandestino continúa siendo la mayor causa de mortalidad materna en el Perú. El Comité reitera que estas disposiciones son incompatibles con los artículos 3 (igual disfrute de derechos), 6 (derecho la vida) y 7 (derecho a estar libre de tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos y degradantes) del Pacto y recomienda que se revise la ley para establecer excepciones a la prohibición y sanción del aborto.” UN, Human Rights Committee, *Concluding Observations on Peru*, 2000, UN Doc. CCPR/CO/70/PER, para. 20. online: <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>

que, jurídicamente hablando, las vidas de los no nacidos son automáticamente consideradas más valiosas que las vidas de las mujeres. Este tipo de razonamiento condujo a la Corte a excluir de su decisión los derechos de las mujeres, como si el no nacido se desarrollara en un vacío, o como si los cuerpos de las mujeres fueran únicamente el lugar físico para que el no nacido pueda crecer.

Este hecho puede explicarse a la luz de un entendimiento generalizado en muchas sociedades latinoamericanas en las que se asume de manera implícita que las mujeres sólo son “madres”. La Corte trató a las mujeres como si fueran cargadoras de bebés,<sup>119</sup> como si cuyo rol principal estuviera limitado a la reproducción. Lamentablemente, ésta no es una decisión aislada.

La Corte de primera instancia en el caso *Postinor 2* en Chile sostuvo que el declarar la anticoncepción de emergencia inconstitucional garantizaría “el derecho a la igualdad y a la salud física de la mujer.”<sup>120</sup> La Corte interpretó los derechos de las mujeres a la igualdad y a la salud física como el evitar el sufrimiento por el aborto al utilizar la AOE. Al respecto, deberíamos preguntarnos qué clase de igualdad las cortes tienen en mente cuando las inquietudes de las mujeres fueron reducidas al imaginario social que las circunscribe al rol de madres, definido, además, en forma idílica e irreal.

En lugar de otorgar una protección absoluta al no nacido, la Corte Suprema de Argentina debió haber efectuado un balance. Al balancear dos intereses constitucionales, el principio de autonomía individual debió ser la base del razonamiento de los jueces. La decisión de la mujer en relación a la utilización de la AOE es un tema privado, ya que comprende la libertad de la mujer de decidir en su esfera más privada si desea controlar su propia capacidad reproductiva. En palabras de G. Quinteros, la Corte debería tener en mente que “hay que admitir la preponderancia de la posición de la mujer en dicho

---

<sup>119</sup> R.J. Cook et al., “The legal status of emergency contraception” (2001) 75 *Int’l Journal of Gynecology and Obstetrics* p. 185.

<sup>120</sup> *Juicio de Nulidad de Derecho Publico, fs. 1424 “Centro Juvenil Ages con Instituto de Salud Publica de Chile”, 30 junio 2004 (20 Tribunal Civil de Santiago) para. 48*

conflicto... porque la vida del embrión está dependiendo de su vida; ello obliga a tener en cuenta como bien jurídico preponderante la libertad de la madre.”<sup>121</sup>

En la decisión del caso 53/1985, el Tribunal Constitucional Español ofrece una explicación excelente del porqué este balance es esencial:

Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional.

Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos (...) tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.<sup>122</sup>

En esta decisión el Tribunal Constitucional Español determinó que un juez puede excluir de la penalización algunos delitos, como por ejemplo, cuando la vida del no nacido como interés constitucionalmente protegido entra en conflicto con valores constitucionales relevantes como la vida y dignidad de la mujer.<sup>123</sup>

La Corte Argentina guardó silencio en relación a los derechos e intereses en conflicto. Su razonamiento vulneró los derechos constitucionalmente protegidos de las mujeres, al ignorarlos del análisis jurídico. Este caso demandaba una consideración rigurosa sobre el derecho de las mujeres a la autonomía individual y a la libertad; tales derechos debieron ser esenciales para proteger la capacidad de las mujeres de decidir si desean o no embarazarse.

---

<sup>121</sup> J. Bustos Ramírez. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* 2da. ed. (Barcelona: Editorial Aries S.A., 1991) p. 44

<sup>122</sup> Recurso previo de inconstitucionalidad, Ref 53/1985, Publicación BOE 19850518, BOE num. 119, Registro num. 800/1983, 11 abril 1985 (Tribunal Constitucional de España) fundamento 9.

<sup>123</sup> *Ibid.*

## CONCLUSION

Las disposiciones constitucionales argentinas reconocen una gran gama de derechos de las mujeres basados en la libertad del individuo. La indiferencia de la Corte por los asuntos de las mujeres convirtió a esos derechos constitucionalmente garantizados en insignificantes. La decisión de la Corte convirtió en superficiales y negociables las obligaciones del Estado ante la CEDAW, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados y declaraciones sobre derechos humanos. Este razonamiento no sólo deniega a las mujeres la capacidad para ejercer sus derechos como ciudadanas, sino también las discrimina al privarlas de servicios de atención en salud reproductiva que sólo las mujeres necesitan.

La Corte basó su decisión en su totalidad en la evidencia presentada por los demandantes debido a la naturaleza de la acción constitucional. Esto provocó una consideración parcial de la evidencia. Este caso demandaba un análisis más profundo y más contextual sobre los hechos. Es por ello que la Corte debió ordenar a los demandantes la presentación de este caso ante otro procedimiento en donde mayor evidencia pudiera ser presentada por las partes interesadas tal como fue sugerido en este caso por las opiniones disidentes.

Al realizar un balance de derechos constitucionales, la Corte debió reconocer que el derecho a la vida del no nacido no puede ser equiparado con los derechos que las personas humanas nacidas vivas disfrutaban. La naturaleza jurídica de la protección otorgada al no nacido no se basa en un derecho a la vida en sentido estricto, es decir, como una persona nacida viva, sino en la protección jurídica del no nacido por su forma de vida humana. Además, la Corte debió considerar la extensión de vulneración a los derechos humanos de las mujeres que esta decisión traería como consecuencia. El principio de autonomía individual reconocido en la Constitución Argentina requiere de una mayor consideración basada en la libertad de las mujeres así como en todos los otros derechos reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos, como el derecho de las mujeres a la vida y al más alto nivel posible de salud. Particularmente relevante a

este caso es el derecho de las mujeres a acceder a servicios de atención en salud como la AOE, un producto que se ha comprobado es seguro, efectivo y no abortivo.

Este caso es un ejemplo de respuesta por parte de algunos miembros del sector judicial argentino en casos que involucran mujeres pero que en el análisis son completamente excluidas. Si bien las mujeres son ciudadanas en pie de igualdad con los hombres, la aplicación del derecho permanece ciego en las circunstancias particulares que afectan a las mujeres, resultando en efectos discriminatorios basados en el género. Es de mayor preocupación que esta decisión refleje una tendencia evidente en muchos países de Latinoamérica en relación a los derechos e intereses de las mujeres. Decisiones como ésta discriminan a las mujeres y colocan mayores obstáculos en el camino de las mujeres hacia el disfrute de la igualdad.