

PRESENTAN AMICUS CURIAE

Excelentísima Corte:

Raquel Asensio, por derecho propio y en representación del Grupo Justicia y Género del Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP); **Diana Maffia**, por derecho propio y en representación del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género de UBA; **Monique Altschul**, en representación de Fundación de Mujeres en Igualdad, **Mariana Romero**, en representación del Área Salud Economía y Sociedad del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), **Silvia Chejter**, en representación del Centro de Encuentro Cultura y Mujer; **María Elena Barbagelata**, en representación del Centro de Estudios Carolina Muzzilli; **María Luisa Storani**, en representación de la Comisión de la Mujer de la Fundación Sergio Karakachoff; Haydee Birgin, en representación de Equipo Latinoamericano de Justicia y Género; y **Mabel Bianco**, en representación de la Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer; **Alica Kaplan**, en representación del Centro de la Mujer de San Fernando, **Cecilia Lipszyc**, en representación de la Asociación de Especialistas Univeritarias en Estudios de la Mujer; con el patrocinio letrado de la Dra. Romina Faerman, T. 68, F 82, CPACF, en el caso caratulado “**RIQUELME LUJAN M. o NN PERSONA POR NACER s/ DENUNCIA**”, que tramita ante V.S., constituyendo domicilio procesal en la Calle 5 N° 1561 de la Ciudad de La Plata, nos presentamos en dichos autos, y a V.S. decimos:

1. OBJETO

Que venimos a presentar un escrito de “amicus curiae” para exponer nuestra visión respecto a la protección del derecho a la vida en los tratados internacionales de derechos humanos, el alcance de esta normativa y su correlación con el cumplimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA PRESENTACIÓN DEL INSTITUTO DEL AMICUS CURIAE

1. Introducción

En nuestra práctica jurídica se encuentra aceptado e incorporado el instituto del *Amicus Curiae*, de conformidad con los antecedentes existentes

en el derecho comparado y en el derecho internacional de derechos humanos. Mediante estas presentaciones, terceros ajenos a una disputa judicial se acercan al tribunal competente a fin de admita su intervención en el litigio con el único objeto de expresar sus opiniones en torno a la materia jurídica de que se trate. El tercero debe poseer un interés justificado en la resolución del pleito.

Esta institución no es ni más ni menos que la forma procesal que se otorga como garantía a derechos constitucionales tan fundamentales. Entre otros, podemos destacar el derecho a peticionar ante las autoridades receptado en el artículo 14 de la Constitución Nacional. Con mayor detalle, el artículo XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –de jerarquía constitucional- dispone que “(t)oda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”.

Es importante tener en cuenta que la presentación no produce perjuicio alguno a las partes, ya que el presentante se limita a manifestar su opinión por escrito. Si los argumentos esgrimidos favorecen a alguna de ellas, nada impide la presentación de otros asistentes con argumentos distintos. Tampoco tiene entidad para demorar o entorpecer el proceso, desde que los jueces no deben expedirse sobre todos los argumentos traídos por el presentante.

Por el contrario, Krislov afirma que este instrumento constituye una “valiosa función subsidiaria mediante la introducción de variaciones sutiles del principal argumento o alegaciones emotivas o aún cuestionables que pueden traducirse en una decisión exitosa pero que son demasiado peligrosa como para ser propuestas por el principal litigante” (The amicus curiae brief: from friendship to advocacy” Yale Law J. T 72 pag. 721).

En cuanto al principio *iura novit curia*, cabe destacar que no constituye un obstáculo para la viabilidad de la presente propuesta, toda vez que este principio no puede ser visto como una descripción de un estado de cosas, ni tomado como presunción que no admita prueba en contrario. Es difícil sostener que el juez conoce efectivamente todo el derecho. Sobre todo, esta afirmación resulta excesiva en lo referente a la interpretación de los tratados internacionales toda vez que no existe norma alguna que obligue la publicación de los casos y de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de ninguno de los organismos del sistema internacional de protección de derechos humanos.

Se trata entonces de una disposición procesal conforme a la cual el

juez puede apartarse del principio dispositivo en materia de fundamentación normativa y sostener una decisión invocando normas jurídicas o argumentos que no fueron mencionados por las partes. No se refiere al conocimiento efectivo del derecho por parte de los jueces sino a la posibilidad de acudir a normas distintas a las alegadas por las partes (Martín Abregú y Christian Courtis, ob. cit.).

Por su parte, en el documento denominado “Una Corte para la democracia” -elaborado por distintas organizaciones no gubernamentales-, se señaló la necesidad de incluir más voces en los procesos judiciales en los cuales se discuten cuestiones que exceden el interés de las partes. En este documento se sostiene que “En numerosos casos, las cuestiones en debate no conciernen solamente a las partes involucradas en el proceso, sino que la decisión de la Corte puede afectar el interés público. Por ello, el debate hacia el interior del proceso que busca ‘hacer justicia’ en el caso particular, debe ser lo más amplio y participativo posible, de modo de aportar al juez la mayor cantidad de perspectivas y argumentos para que forme su convicción. Un proceso que restrinja la participación a las partes directamente involucradas debilita el debate interno del juicio” (participaron en la elaboración del documento citado la Asociación por los Derechos Civiles, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Fundación Poder Ciudadano, la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y la Unión de Usuarios y Consumidores). Si bien es cierto que recomendación se refiere a la actuación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no menos cierto es que las razones allí esgrimidas son aplicables a otros tribunales como lo es la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Existen antecedentes internacionales sobre la admisión de *amicus curiae* que deberán ser tenidos en cuenta en este caso.

Así, en el ámbito internacional, las Cortes Europea e Interamericana admiten *amicus* tanto en el ejercicio de sus respectivas funciones consultivas como en el caso de ejercicio de su función jurisdiccional.

En efecto, el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que “el Presidente podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el Agente.”

Esta disposición es de suma importancia en el caso, toda vez que en este caso en el que se interpone el presente el *amicus* se discute la aplicación de la Convención Americana y el alcance de sus normas. Por ello,

todo vez que es posible intervenir en proceso posterior que podría generarse ante la Corte Interamericana sobre el alcance de esta norma, sería razonable poder emitir opinión sobre este aspecto en el ámbito local. La Corte debería escuchar todas las voces antes de tomar la decisión, sobre todo teniendo en cuenta que el Estado puede incumplir obligaciones internacionales si realiza una incorrecta interpretación de esta normativa.

2. Antecedentes nacionales

2. 1. Antecedentes jurisprudenciales

Desde hace varios que algunas organizaciones de derechos humanos de reconocido prestigio en la República Argentina e inclusive organizaciones internacionales han desarrollado la práctica de intervenir en procesos judiciales de carácter penal, en calidad de amigos del tribunal, cuando se debatían asuntos individuales o colectivos que involucraban un justificado interés de parte de las organizaciones no gubernamentales en la resolución final del litigio, ya sea por su especialización en la materia (cuestiones relativas a derechos humanos) o por la trascendencia institucional (casos de corrupción).

En primer lugar, en un histórico fallo de la causa ESMA, en la que se investigan las desapariciones forzadas de personas de la producto de la última dictadura militar, la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal aceptó expresamente la presentación en calidad de *Amicus Curiae*, de las organizaciones internacionales de derechos humanos CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional) y Human Rights Watch.

Dijo el tribunal que “la intervención del ‘*Amicus Curiae*’ se considera comprendida dentro del art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los reglamentos de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Desde allí, la Cámara Federal reconoció que “la actuación del ‘*Amicus Curiae*’, limitado en principio a la esfera jurisdiccional *supra* nacional, se ha extendido a ámbitos locales con favorable acogida”. Luego expresó “las organizaciones que se presentaron actúan con reconocida idoneidad en el campo del derecho internacional de los derechos humanos”. “Finalmente, y para una adecuada interpretación del instituto, no es redundante la reiteración de que este papel sólo está reservado a organizaciones no gubernamentales que persigan un interés válido y genuino en el tema y acrediten una especialización en el mismo, en casos excepcionales y de la magnitud presente”. (Cam. Fed. Crim. Correc.Fed., en

pleno, causa N° 761 "Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada", rta. 18/05/1995, reg. 5/95.).

Otro caso fue el hábeas corpus colectivo iniciado por el Director del CELS, que también fue acompañado por múltiples presentaciones de *Amicus Curiae* de organizaciones de derechos humanos nacionales e internacionales (Comisión Nacional de Juristas, Human Rights Watch, Organización Mundial contra la Tortura, Asociación por los Derechos Civiles, Clínica Jurídica de Interés Público de Córdoba, la Asociación Civil El Agora, Asociación Civil Casa del Liberado de Córdoba, Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal). Todas ellas fueron admitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 03/05/2005, "Verbitsky, Horacio", Sup.Const 2005, julio, 32)

Por otro lado, existen precedente en los cuales se admitió la intervención de *Amicus Curiae* en causas de carácter individual en las que se debatían cuestiones de interés público. Por ejemplo, en un caso en el que se decidían materias trascendentales sobre libertad de expresión e inviolabilidad de fuentes periodísticas, la Cámara del Crimen admitió la presentación de dos asociaciones de defensa de periodistas. En la resolución judicial, la Cámara afirmó:

"En punto a la presentación del memorial que como "amicus curiae" han efectuado ante este tribunal Horacio Verbitsky, Secretario de "Periodistas-Asociación para la defensa del Periodismo Independiente", y José Insaurralde, Secretario General de la "Federación Argentina de Trabajadores de Prensa", los suscriptos adelantan que proveerán favorablemente a su actuación en esta queja.

Este tribunal ha aceptado anteriormente colaboraciones de esa índole (C.C.C. Fed. en pleno, causa N° 761 "Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada", rta. 18/05/1995, reg. 5/95). Como posible standard para su incorporación se estableció **que las presentaciones debían ser realizadas por organizaciones no gubernamentales que persiguieran un interés válido y genuino en el tema y, además, acreditaran una especialización en él. También se afirmó la necesidad de que la materia a opinar resultara un caso de amplio interés público.** Esas exigencias se encuentran satisfechas en este caso. Así, tanto el interés y la especialización que las organizaciones antes mencionadas tienen en la cuestión discutida

en este legajo, como la trascendencia institucional del tema, se encuentran plenamente acreditados. En relación a este último aspecto, debe atenderse a las implicancias que podría acarrear cualquier decisión que aquí se adopte en el ejercicio de la libertad de prensa en caso de que, eventualmente, entre en conflicto con la actuación de la justicia.” (CNFedCrimyCorrec, Salall, 28/10/2002, “Catán, Thomas s/inc.”, LL-2003-B-267)

El mismo tribunal ratificó posteriormente esta doctrina al reconocer como “amicus curiae” a la asociación “Periodistas –Asociación para la Defensa del Periodismo Independiente- y a la “Federación Argentina de Trabajadores de Prensa” en la causa “Incidente de Thomas Catán”, resuelta el 28/10/2002 (J.A. 2003-II-660). En dicha oportunidad, el tribunal fundó la admisibilidad de la mencionada presentación en el hecho de que, a diferencia de otras causas en que el tribunal no había aceptado la presentación de tales memoriales, en el caso no se planteaba la necesidad de “... armonizar la colaboración del amicus curiae con el derecho de defensa del imputado...”. Ello era así, según la Cámara, en razón de que lo debatido en el caso escapaba a “... cuestiones vinculadas a la atribución de responsabilidad de alguna persona. Por ello resulta inaplicable en este contexto la necesidad de contar con el asentimiento del imputado, que ha fundado el rechazo de este tipo de presentaciones en las causas recién citadas” (considerando 2º). Otros tribunales federales también han aceptado la intervención en el proceso de los “amicus curiae” (ver, para una reseña de dicha jurisprudencia, el artículo de Víctor Bazán, “El amicus curiae, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de interpositio legislatoris para su admisibilidad”, publicado en J.A. 2003-II-997, especialmente punto VI).

También la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal ha aceptado este tipo de presentaciones (a pesar de no existir una regulación procesal específica al respecto) en el expediente n° 2813, caratulado “Felicetti, Roberto”, en el que admitió la presentación en carácter de amicus curiae del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), del Movimiento Ecuménico de los Derechos Humanos (MEDH), y de Abuelas de Plaza de Mayo y Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora, quienes fundaron su participación en las normas constitucionales de referencia, con más razón debe admitirse esta intervención cuando el fundamento constitucional de esta participación ha sido reconocido por el Máximo Tribunal.

Por cierto que el argumento decisivo para fundar la procedencia formal del presente memorial es lo resuelto por la Corte Suprema de la Nación en la causa “Provincia de San Luis v. Estado Nacional y otros”, del 5/3/2003 (J.A. 2003-I-188), en donde se señaló que “... la Corte, en el ámbito de la propuesta conciliatoria en la que estaba ocupada, consideró conveniente oír a las asociaciones bancarias involucradas, viabilizando así la intención de esas entidades de no mantenerse ajenas a un conflicto generalizado que ya había sido expresada en la causa M.12 XXXVIII `Ministerio de Economía y Banco Central de la República Argentina s/ apelación contra medidas cautelares’. En consecuencia citó a una nueva audiencia y convocó a la Asociación de Bancos Argentinos –ABA-, a la Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina –ABAPRA- y a las partes en este proceso para que concurrieran a ese acto...” (considerando 7º, voto de los jueces Moliné O’Connor y López; en el mismo sentido se expresaron los restantes magistrados intervinientes en la causa).

Por su parte, en el caso “Curel, Gastón y otros en Mansilla Cuello, Enrique y otros c. Municipalidad de Mendoza”, la Sala I de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza declaró recientemente la admisibilidad de un escrito de “amicus curiae” presentado, entre otros, por la “Asamblea Permanente de Derechos Humanos”. En el voto de la jueza Kemmelmajer de Carlucci, se desarrollan interesantes consideraciones acerca de los orígenes y finalidad de la citada institución que a continuación se transcriben parcialmente:

“En una concepción amplia, el amicus curiae es la persona que interviene en un proceso para asistir al tribunal dando información sobre cuestiones de hecho o de derecho (Montoya, Mario D., ‘Amicus Curiae. Amigo de la Corte y casos’, test, LA LEY, 1992-D, 1225); se trata de un medio procesal adecuado para suministrar a los jueces la mayor cantidad posible de elementos de juicio para dictar una sentencia justa.

“Cueto Rúa enseña que en el mundo anglosajón, donde la figura ha tenido gran desarrollo, la práctica actual tiene un significado distinto al tradicional. Ya no se trata de ilustrar el juez como amigo del tribunal sino de auspiciar, apoyar o promover la causa de uno de los litigantes. En la actualidad no se le exige neutralidad. Sí se espera, en cambio, una inteligente contribución sobre los problemas planteados por el caso, sobre su repercusión respecto de terceros y demás integrantes de la comunidad, aún a sabiendas de que el amicus es el amicus del actor o del demandado (Cueto Rúa, Julio

C., 'Acerca del amicus curiae', LA LEY, 1988-D, 721; conf. Bazán, Víctor, 'El amicus curiae, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de interpositio legislatoris para su admisibilidad', JA, 2003-II-997; del mismo autor, 'A propósito de la viabilidad del amicus curiae pese a la inexistencia de previsión legal que lo instaure', Rev. de D. Administrativo, año 15, 2003, p. 215; Pagés Lloveras, Roberto, 'E amicus curiae', JA, 2004-I-803).

"Por mi parte, pienso que el amicus curiae puede ser útil para el tribunal en todos aquellos casos en los que, como el planteado en este expediente, el tema constitucional planteado excede el mero interés de las partes y configura materia socialmente sensible" (Sola, Juan V., 'Control judicial de constitucionalidad', Bs. As., Ed. A. Perrot, 2001, p. 304)" (sentencia del 3.2.2006, publicada en LL Gran Cuyo 2006 –abril- 326; la cursiva ha sido agregada).

2.2. Antecedentes reglamentarios

A su vez, en nuestro ordenamiento interno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sancionó la Acordada 28/04. En ella, destacó la importancia del amicus curiae como instrumento de participación ciudadana en la administración de justicia.

En la Acordada mencionada, la Corte afirmó "que como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, el Tribunal considera apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como Amigos del Tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto."

La Corte agregó "que, en efecto, en el marco de las controversias cuya resolución por esta Corte genere un interés que trascienda al de las partes y se proyecte sobre la comunidad o ciertos sectores o grupos de ella, a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático, debe imperar un principio hermenéutico amplio y de apertura frente a instituciones, figuras o metodologías que, por su naturaleza, responden al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el Preámbulo de

la Constitución Nacional, entendido como valor no sólo individual sino también colectivo.“

Por estas razones, la Corte Suprema de la Nación dispuso “Autorizar la intervención de Amigos del Tribunal“. Como es claro, este es un antecedente sumamente importante sobre la admisión de este instituto en nuestro ordenamiento jurídico y bastan los fundamentos de la citada Acordada para destacar la relevancia de esta decisión .

Por su parte, la ley sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos, N° 24.488 prevé el instituto que aquí se propicia. Establece su artículo 7 que “En el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter "amigo del tribunal".

Por su parte, la Ley 402 de la Ciudad de Buenos Aires también regula la intervención de asistentes oficiosos ante el Tribunal Superior.

3.1. Conclusión

Tanto la jurisprudencia como las diferentes reglamentaciones señalan tres requisitos para la admisión de presentaciones en calidad de amigos del tribunal. En primer lugar, que sean realizadas por organizaciones no gubernamentales con interés en la materia que se discute. En segundo estadio, que acrediten poseer experiencia en ese tema. Por último, que el caso resulte de amplio interés público.

No existen dudas de que las organizaciones que firman el presente amicus curiae cuentan con especial interés y gran experiencia en la materia que se discute en estas actuaciones.

El Grupo Justicia y Género del Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas tiene por objeto la intervención en problemáticas, análisis e investigaciones dirigidas a la incorporación de la perspectiva de género en el servicio de administración de justicia y los procesos de reformas al sistema. Asimismo, colaborar y comprometerse activamente con movimientos políticos, sociales e intelectuales con el objetivo de construir sociedades más justas, libres y participativas.

El objeto del Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género de UBA, es el fortalecer las capacidades ciudadanas de las mujeres, así como generar espacios de reflexión y diálogo acerca de los aportes, las limitaciones y las dificultades de las teorías sobre identidad, género y

representaciones sociales, promoviendo el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos como puerta de acceso a otros derechos. Además, valora la contribución de la actividad académica, de instituciones públicas y de ONGs a los procesos de transformación de las relaciones de género.

Una de las finalidades de la Asociación de Especialistas Universitarias en Estudios de la Mujer, es la defensa de los derechos de las mujeres.

La Fundación de Mujeres en Igualdad, procura desarrollar estrategias para el empoderamiento de las mujeres a través de coaliciones y alianzas, del entrenamiento cualitativo de mujeres políticas y de la instalación en la sociedad de los temas de género. Asimismo, interviene en litigios de casos de interés público relacionados con los derechos de las mujeres (en este sentido, cabe destacar que fue la actora en el conocido caso "FREDDO", sobre discriminación laboral, entre otros).

El Área Salud Economía y Sociedad del Centro de Estudios de Estado y Sociedad, tiene por objetivos, la investigación social en sistemas, políticas y programas de salud, focalizándose especialmente en el campo de la salud y los derechos sexuales y reproductivos, y la contribución al avance del conocimiento científico, al fortalecimiento del debate público informado y al diseño, implementación y evaluación de políticas públicas que promuevan la equidad social y de género. El Área forma parte de la red de colaboración de la Organización Mundial de la Salud.

El Centro de Encuentro Cultura y Mujer se orienta a la elaboración y profundización de conocimientos, diagnóstico y estrategias de intervención que contribuyan a la equidad de género, al cambio social, a la política sexual y control social. Tiene una larga trayectoria en la atención, asesoramiento y acompañamiento a víctimas de violaciones; ha tenido a cargo la capacitación de equipos de atención a víctimas de violaciones tanto de ONGs como equipos hospitalarios (Hospital Álvarez, Pirovano, Muñiz, centros de referencia en la atención a víctimas en la actualidad); a la Brigada especializada de la Policía Federal, entre otros.

Las metas del Centro de Estudios Carolina Muzzilli son, entre otras, promover, difundir y garantizar los derechos humanos de las mujeres.

La Comisión de la mujer Fundación Sergio Karakachoff, se dedica a analizar e la problemática nacional con el fin de elaborar políticas públicas, que garanticen la igualdad de oportunidades en el marco de una sociedad pluralista, inclusiva, participativa y democrática.

Desde el Centro de la Mujer de San Fernando, se promueve: difundir, defender, garantizar y empoderar los derechos de las mujeres y, brindar

servicios de Defensoría de los derechos de las mujeres mediante la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos.

El objetivo de Fundación para Estudio e Investigación de la Mujer promueve el enfoque de la salud integral de la mujer. Promueve la defensa y difusión de los derechos de las mujeres en el país. Para ello brinda asesoramiento legal y capacita a las mujeres sobre el acceso a la justicia. Realiza estudios sobre la salud sexual y reproductiva y los derechos respectivos, así como las leyes que los garantizan. Además, difunde estudios sobre necesidades, actitudes y expectativas de mujeres y adolescentes frente a su salud y prácticas sexuales y reproductivas. Esta Fundación ha promovido presentaciones legales en defensa de los derechos de las mujeres, especialmente de los sectores más populares y/o como mayores limitaciones de nuestra sociedad.

La Casa de la Mujer Azucena Villaflor de La Plata, es una agrupación feminista autónoma que tiene como objetivo la lucha por los derechos humanos de las mujeres y que, en particular, ha puesto énfasis, en la lucha por el derecho humano a no sufrir la violencia y a decidir sobre su cuerpo y apoya toda campaña por la legalización del aborto.

Por otra parte, como se desarrollará a continuación, tampoco existen dudas acerca de que se encuentra en debate una cuestión de interés público toda vez que en este caso se discute el alcance de la protección de la vida desde el momento de concepción y de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

4.1. Procedencia temporal

El expedito trámite que ha venido teniendo esta causa –y la urgencia que la situación conlleva- convierten a ésta en la oportunidad procesal indicada para la presentación de este escrito. En la Acordada de la Corte Suprema, que establece la institución del *amicus curiae* se dispone en su artículo 1º que el escrito debe interponerse dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para sentencia. Es decir, aún tomando como parámetro analógico los plazos allí previstos, puede concluirse que este plazo es adecuado para el cumplimiento de los objetivos de esta institución procedimental.

3. FUNDAMENTOS

Como es sabido, el derecho a la vida está protegido por nuestra Constitución Nacional y por numerosos tratados de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional. En el caso en análisis se discute el alcance de este derecho, en particular, la protección de la vida desde el momento de la concepción.

Como primera medida debemos señalar que, tal como se verá a continuación, el derecho a la vida no está protegido de manera absoluta desde el momento de la concepción y menos aún que de la mencionada protección del derecho a la vida deba inferirse como única consecuencia normativa necesaria una política de criminalización del aborto.

Sin perjuicio de ello, es importante tener en cuenta que la discusión sobre la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción no puede desligarse del debate sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

En este caso, más particularmente, no se debe resolver la protección del feto sin contraponer a ello el derecho de la mujer a practicar un aborto en los términos del artículo 86 del Código Penal. No puede ser viable en este contexto la pretensión de la protección del feto cuando está claramente desplazada en algunos casos específicos como los contemplados en la normativa mencionada, pues esta es una decisión que ya ha tomado el legislador y que, como desarrollaremos, no violenta ningún principio constitucional.

3.1. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA

A partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, se suscitó una discusión respecto de si se había producido la constitucionalización del derecho a la vida desde la concepción a través de los tratados internacionales de derechos humanos y si esto implicaba que el Estado debía penalizar el aborto en todos los supuestos. No existe ningún fundamento normativo ni teórico serio para esta interpretación.

El fundamento que se pretende utilizar para justificar esta posición es el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin embargo, esta norma no tiene el pretendido alcance, como los propios organismos encargados de monitorear y aplicar la Convención ya lo han decidido.

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4.1 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".

La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos debatió la interpretación de esta norma, en un caso con cuestiones relacionadas al alcance de la mención "en general" ante una petición contra los Estados Unidos de América y el Estado de Massachusetts en el que analizó el alcance del derecho a la vida reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aclarado la definición y descripción de "derecho a la vida" que consta en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por la importancia de este análisis para el presente caso en estudio y la profundidad del mismo, transcribimos a continuación las partes pertinentes de la Resolución 23/81. ¹

"1. Los hechos básicos descritos en la petición como presuntas violaciones de los artículos I, II, VII y IX de la Declaración Americana ocurrieron el 22 de enero de 1973 (fecha de las decisiones tomadas en los casos de Roe vs. Wade y Doe vs. Bolton por la Corte Suprema de Estados Unidos), el 3 de octubre de 1973 (fecha del aborto de "Baby Boy ejecutado en el hospital Boston City) y 17 de diciembre de 1976 (fecha de la decisión final de la Corte Suprema Judicial de Massachusetts que absolvió al Dr. Edelin, autor del aborto). Los Estados Unidos de América no son Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La petición fue interpuesta el 19 de enero de 1977, antes de que la Convención entrara en vigor, lo cual ocurrió el 18 de julio de 1978.

18. La primera violación denunciada en la petición se refiere al artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: "Todo ser humano tiene derecho a la vida...". Los peticionarios admiten que la Declaración no elabora "cuándo comienza la vida", "cuándo el producto de la concepción se convierte en un ser humano" u otras cuestiones. Sin embargo, tratan de esclarecer en estas cuestiones fundamentales con dos argumentos:

a) Los trabajos preparatorios, la discusión del Proyecto de la Declaración durante la IX Conferencia Internacional de Estados Americanos en Bogotá en 1948, y el

¹ RESOLUCIÓN No. 23/81 CASO 2141 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA 6 de marzo de 1981

voto final demuestra que la intención de la conferencia fue la de proteger el derecho a la vida "desde el momento de la concepción".

b) La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, promulgada para impulsar los altos fines de la Declaración y como un corolario de ella, da una definición del derecho a la vida en el artículo 4.1: "Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.

19. *La breve historia legislativa de la Declaración no apoya el argumento de los peticionarios, como puede inferirse de las siguientes informaciones y documentos:*

a) De acuerdo con la resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (México, 1945), el Comité Jurídico Interamericano, con sede en Río de Janeiro, formuló un Proyecto de una Declaración Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre para que lo estudiara la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos (Bogotá, 1948). Ese texto preliminar sirvió a la Conferencia de base para las discusiones, juntamente con el texto preliminar de una declaración similar preparada por las Naciones Unidas en diciembre de 1947.

b) El artículo 1, sobre el derecho a la vida, del Proyecto sometido por el Comité Jurídico expresa: "Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción; al derecho a la vida de los incurables, imbéciles y dementes. La pena capital puede aplicarse únicamente en casos en que se haya prescrito por leyes pre-existentes por delitos de extrema gravedad". (Novena Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, p. 449).

c) Se formó un grupo de trabajo para que estudiara las observaciones y enmiendas introducidas por los delegados y preparara un documento aceptable. El grupo sometió, en efecto, a la sexta comisión, un nuevo texto preliminar con el título de Declaración Americana de los Derechos y Deberes

Fundamentales del Hombre, cuyo artículo I decía: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, libertad, seguridad, o integridad de su persona".

d) *Este artículo 1, completamente nuevo, y algunos cambios substanciales introducidos por el grupo de trabajo en otros artículos, han sido explicados por el mismo grupo en su informe a la comisión sexta, como un arreglo al que se llegó para **resolver los problemas suscitados por las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela, principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico***² (Actas y Documentos, Vol. 5, pp. 474-484, 513-514).

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

f) *En 1948, los Estados americanos que permitían el aborto en uno de dichos casos y, en consecuencia, hubieran sido afectados por la adopción del artículo I del Comité Jurídico, fueron: Argentina -artículo 86 n.I , 2 (casos A y B)³; Brasil - artículo 128 n I, II (A y B); Costa Rica - artículo 199 (Caso A); Cuba - artículo 443 (casos A, B. y D); Ecuador - artículo 423 n. 1, 2 (casos A y B); México - Distrito y Territorios Federales --*

² El destacado es nuestro.

³ El destacado es nuestro.

Artículos 332 e. y 334 (Casos A y B); Nicaragua - artículo 399 /intento frustrado/ (caso C); Paraguay - artículo 352 (caso A); Perú - artículo 163 (caso A, para salvar la vida o la salud de la madre); Uruguay - artículo 328 n. 1-5 (casos A, B, C, y F), el aborto debe ejecutarse en los primeros tres meses de gravidez); Venezuela - artículo 435 (caso A); Estados Unidos de América -véanse las leyes estatales y precedentes;* Puerto Rico S S 266, 267 - caso A (Códigos Penales Iberoamericanos - Luis Jiménez de Asua, Editorial Andrés Bello, Caracas, 1946, Vol. I y II).

g) El 22 de abril de 1948, el nuevo artículo I de la Declaración, preparado por el grupo de trabajo, fue aprobado por la comisión sexta con un pequeño cambio de redacción en el texto español (no hubo texto inglés oficial en esta etapa) (Actas y Documentos, Vol. V, p. 510-516 y 578). Finalmente, el texto definitivo de la Declaración en cuatro lenguas: español, inglés, portugués y francés, fue aprobado en la séptima sesión plenaria de la conferencia, el 30 de abril de 1948, y el Acta Final se firmó el 2 de mayo. La única diferencia en la última versión es la supresión de la palabra "integridad" (Actas y Documentos, Vol. VI, p. 297-298; Vol. I, p. 231, 234, 236, 260 y 261).

h) En consecuencia, el Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio.

20. El segundo argumento de los peticionarios, respecto a encontrar en la Convención elementos para interpretar la Declaración, requiere también un estudio de los motivos que prevalecieron en la Conferencia de San José al adoptarse la definición del derecho a la vida.

21. La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, celebrada en Santiago de Chile en 1959, encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un Proyecto

de convención de derechos humanos que los Estados Americanos deseaban suscribir desde la Conferencia de México de 1945.

22. *El Proyecto, preparado por ese Consejo en dos semanas, fue origen de la Declaración Americana aprobada en Bogotá, pero también recibió la contribución de otras fuentes, inclusive los trabajos iniciados en las Naciones Unidas. Contiene 88 artículos, empieza con una definición del derecho a la vida (artículo 2), en la cual se volvió a introducir el concepto de que "Este derecho estará protegido por la ley desde el momento de la concepción." Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968 - Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1973, p. 67 y 237).*

23. *La Segunda Conferencia Especial de Estados Americanos (Río de Janeiro, 1965) consideró el proyecto del Consejo y otros dos textos preliminares presentados por los gobiernos de Chile y Uruguay, respectivamente, y solicitó que el Consejo de la OEA, en cooperación con la CIDH, preparase un Proyecto de Convención para presentarlo a la conferencia diplomática que habría de convocarse con este propósito.*

24. *El Consejo de la OEA, al considerar la Opinión emitida por la CIDH sobre el Proyecto de Convención preparado por el Consejo de Jurisconsultos, encomendó a la Comisión que estudiara dicho texto y elaborara otro definitivo para transmitirlo como documento de trabajo a la Conferencia de San José (Anuario, 1968, p. 73-93).*

25. *Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de "desde el momento de la concepción", con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, inter-alia, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH, volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras "en general". Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 "1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción" (Anuario, 1968, p. 321).*

26. *El relator propuso, en esta segunda oportunidad de discusión de la definición del derecho a la vida, eliminar la frase final entera "...en general, desde el momento de la concepción". Repitió el razonamiento de su opinión disidente, es decir, que se basaba en las leyes sobre aborto vigentes*

en la mayoría de los Estados americanos, con la siguiente adición: "para evitar cualquier posibilidad de conflicto con el artículo 6, párrafo 1, del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derecho Cívicos y Políticos, que establece este derecho únicamente de manera general" (Anuario 1968, p. 97).

27. Sin embargo, la mayoría de miembros de la Comisión creyeron que, por razones de principio, era fundamental formular la disposición sobre la protección del derecho a la vida en la forma recomendada al Consejo de la OEA en su Opinión (primera parte). Se decidió, por tanto, mantener el texto del párrafo 1, sin cambios (Anuario, 1968, p. 97).

28. En la conferencia diplomática que aprobó la Convención Americana, las delegaciones del Brasil y de la República Dominicana presentaron enmiendas separadas de eliminación de la frase final del párrafo 1 del artículo 3 (derecho a la vida), o sea: "en general, desde el momento de la concepción". La delegación de Estados Unidos apoyó la posición del Brasil (Conferencia Especializada Americana sobre Derechos Humanos -Actas y Documentos -Washington, D.C. 1978, (reimpresión), p. 57, 121 y 160).

29. La delegación del Ecuador apoyó, en cambio, la eliminación de las palabras "en general". Por fin, por voto de la mayoría, la conferencia adoptó el texto preliminar sometido por la CIDH y aprobado por el Consejo de la OEA el cual continúa hasta el presente como texto del artículo 4, párrafo 1, de la Convención Americana (Actas y Documentos, p. 160 y 481).

30. A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase "en general, desde el momento de la concepción" no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula "en general, desde el momento de la concepción" son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta "desde el momento de la concepción", que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios."

Por todas estas razones, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolvió que "La decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos

y de la Corte Suprema Judicial de Massachusetts, así como los demás hechos establecidos en la petición, no constituyen violación de los artículos I, II, VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.”

Por lo expuesto, es claro que la Convención Americana al incorporar la noción de la protección del derecho a la vida, en general, desde el momento de la concepción, decidió no adoptar una redacción afectara las legislaciones internas que permiten el derecho al aborto, en particular, queda claro, tal como lo menciona la misma Comisión, conforme nuestro destacado que esta Convención es perfectamente compatible con disposiciones locales que despenalicen el aborto en determinados supuestos, como es el caso, el Artículo 86 del Código Penal.

Cabe destacar, en relación con la Resolución 23/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ámbito local no ha significado solamente el reconocimiento de nuevos derechos o un mayor alcance de su protección, sino que también ha implicado la incorporación de los principios del derecho internacional de derechos humanos en relación con el pleno goce y ejercicio de estos derechos y sus criterios de aplicación.

En este sentido, resulta de fundamental importancia la doctrina sostenida por la Corte Suprema en el caso "Girolodi"⁴.

En efecto, en este caso, la Corte constitucionalizó su jurisprudencia anterior en relación al carácter de guía de las decisiones internacionales que había reconocido ya en el fallo "Ekmekdjian", e interpretó la expresión *"en las condiciones de su vigencia"* otorgándole un contenido adicional al que le había dado la doctrina al limitarlo al reconocimiento del efecto de las reservas al momento de la ratificación de un tratado. Así, la Corte sostuvo en su considerando 11 *"... Que la ya recordada "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (Art. 75 inc. 22 par. 2), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la*

⁴ "Girolodi, H. s/recurso de casación", CS, sentencia del 7 de abril de 1995, en "Jurisprudencia Argentina", t. 1995-III.

competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (conf. art. 75 CN y 62 y 64 CADH y art. 2 ley 23.054)".

Por lo tanto, esta doctrina emanada de la decisión de la Comisión Interamericana es la guía interpretativa que debería regir a los fines de precisar el alcance del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el presente caso y permitir la realización del aborto, en tanto en nada violenta el tratado internacional ni principio constitucional que de él emane.

Con respecto a la Convención de los Derechos del Niño, el art.1 establece que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, sin definir desde cuando se garantiza su protección.

El gobierno argentino declaró que dicho artículo debía interpretarse en el sentido de que se trata de todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los dieciocho años.

Hay quienes sostienen que dicha declaración, entendida en los términos del artículo 75 inc. 22 que consagra la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos "en las condiciones de su vigencia" importaría una consagración constitucional de este criterio. Sin embargo, esto no es así pues es claro que la declaración interpretativa no forma parte del tratado.

En este sentido, es errónea la sentencia de la Cámara dictada en estas actuaciones que afirma respecto de la Convención de los derechos del niño, que "La República Argentina formuló una reserva al ratificar la Convención". Esta afirmación es incorrecta toda vez que los institutos de "reserva" y "declaración" son sustancialmente distintos y, por tanto, tienen consecuencias diferentes. Lo que pretende la Cámara es otorgar carácter de reserva a la declaración efectuadas por nuestro país, lo que constituye un error de suma gravedad.

Al respecto, el Presidente del Bloque Radical en la Convención Nacional Constituyente expresó:

"Por otra parte, en lo concerniente a las condiciones en que se consagra la jerarquía institucional de tratados y convenciones, se explicita que será "en las condiciones de su vigencia". Tal requisito deberá interpretarse como las condiciones de vigencia en sí del tratado y no a las condiciones de su vigencia para nuestro país.

En este sentido, las declaraciones interpretativas formuladas al ratificar los tratados no forman parte de éstos, ya que se trata de actos de naturaleza esencialmente distinta a la de las declaraciones y prescripciones incluidas en los textos de los tratados. Las declaraciones son manifestaciones unilaterales de los Estados, que no deben ser confundidas con las reservas, y que sólo tienen por objeto dar una interpretación del tratado. Su propósito no es excluir la aplicación de determinadas disposiciones o modificar sus efectos jurídicos, sino sólo atribuir una interpretación determinada en un campo de posibilidades varias de interpretación. Por lo tanto, no pueden gozar del status jurídico especial que tienen las manifestaciones de voluntad concordante de los miembros de la comunidad internacional expresada en los tratados.

Esta situación especial de las normas que han recibido el consenso de un cierto número de Estados, en un lapso prudencial, es lo que determina que otorguemos primacía a todos los tratados sobre el derecho interno...Las declaraciones interpretativas, a su vez, no forman parte de los tratados ni constituyen condiciones de su vigencia internacional, lo que abona la tesis de que no adquieren rango constitucional.

En este sentido, cabe aclarar que la Conferencia de Viena no aceptó la propuesta de incorporar las declaraciones interpretativas a la definición de "reserva". En las palabras del delegado sueco BLIX "...un enunciado interpretativo que no tienen por objeto modificar las obligaciones contraídas en virtud de un tratado no es una reserva" (Conf, I, DO, 34, pár.18). Además, cabe aclarar que, no requiriendo las declaraciones interpretativas formuladas de mayorías especiales, y no existiendo ninguna mención en el texto que estamos sancionando, ellas pueden ser retiradas o modificadas por simple mayoría del Poder Legislativo⁵.

Tampoco se ha consagrado el derecho a la vida desde la concepción a partir de la fórmula utilizada por el artículo 75 inc. 23 que encomienda al Congreso "dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y tiempo de lactancia."

⁵ Ver Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Tomo III, págs. 3093-4

En primer lugar, se estableció que las consecuencias de dicha norma sólo podían tener efecto a los fines de la seguridad social, dado que la cuestión del derecho a la vida no estaba habilitada por la ley de declaración de la necesidad de la reforma constitucional que declaraba la nulidad de cualquier reforma que excediera la esfera habilitada. Por otra parte, estos planes se refieren al niño desde el embarazo pero no especifican a partir de que momento, y definitivamente, no lo hacen desde la concepción.

Tampoco es relevante para este caso el Artículo 63 del Código Civil. Al respecto, sostiene Hernán Gullco⁶ que *“En primer lugar, de la lectura de los arts. 63 y concordantes del Código Civil resulta dudoso que al feto se lo pueda equiparar totalmente a un ser humano nacido. Al respecto, observa Salva⁷ que la personalidad de áquel es esencialmente limitada, puesto que sólo se le reconoce la aptitud de adquirir derechos, pero no la de contraer obligaciones. Por otra parte, agrega el mencionado autor⁸, que se trata de una personalidad provisoria, dado que su suerte depende de las ulterioridades de su alumbramiento.”*

Agrega que, además, el propio Código Penal prevé una escasa sanción para el delito de aborto en comparación con la de homicidio. Ello indicaría el distinto valor que el Código Penal asigna a los bienes jurídicos tutelados por aquellas normas.

Sostiene Gullco respecto al artículo 86, inciso 2 del Código Penal que *“...no existe en la Constitución Nacional disposición alguna que haga mención respecto del status jurídico del feto⁹”* Tampoco parece ser de mucha utilidad, en este punto, la remisión a disciplinas extrajurídicas, como bien lo señaló la Corte Suprema estadounidense en el célebre caso *“Roe v. Wade”* (410 U.S. 113 p.159): *“No es necesario que resolvamos la difícil cuestión acerca de cuándo comienza la vida. Cuando aquellos que han sido adiestrados en sus respectivas disciplinas de medicina, filosofía y teología son incapaces de arribar a algún consenso, el poder judicial, a esta altura del desarrollo del conocimiento humano – no está en condiciones de especular en torno a una respuesta”¹⁰.*

⁶ Hernán Gullco *“¿Es inconstitucional el art. 86, inc. 2, del Código Penal? Doctrina Penal. Teoría y Práctica de las Ciencias Penales. Año 11. Julio- Setiembre 1988. N° 43. Págs. 497 y ss.*

⁷ Tratado de derecho civil argentino (Parte General) n° 362, Bs. As., 1931., en Gullco, ob.cit.

⁸ Ob. Y lug. Cits.

⁹ A menos que se considere que el art. 2 de la Constitución, al establecer el carácter preferencial de la religión católica, haya creado la obligación de incorporar en la legislación común los principios fundamentales de aquélla. Ello parece dudoso si se tiene en cuenta la existencia en nuestro derecho de numerosas instituciones que se apartan de las enseñanzas de la religión católica (por ej. El matrimonio civil, el divorcio, etc.)

¹⁰ Gullco. Ob.cit.

Hernán Gullco agrega que “Esto significa que no existen standards jurídicos que nos permitan concluir que el feto y la persona nacida son “iguales”. Por tal razón, los jueces no están en condiciones de determinar que el art. 86, inc. 2 del Código Penal sea contrario al principio de igualdad del art. 16 de la Constitución nacional. Ello determina que la cuestión no sea justiciable y que, por ello, el Poder Judicial deba aceptar el criterio elegido por el órgano legislativo.¹¹

En consecuencia, aún cuando el derecho a la vida se protegiera desde la concepción, ésto no implica de por sí una toma de posición respecto de la penalización del aborto, pues tratándose de conflicto de derechos, la protección puede asumir formas diferentes a la adopción de políticas criminales.

En efecto, la protección legal del derecho a la vida –en general- desde el momento de la concepción puede ser llevada a cabo a través de herramientas distintas al derecho penal. En consecuencia, si nuestro Estado decidiera despenalizar el aborto en todos los casos y establecer sanciones de otro tipo para quienes vulneren el derecho a la vida, no estaría violando la Convención Americana en los términos en que fue suscripta.

En este sentido, el Procurador General de Nación respecto del alcance de este artículo de la Convención sostuvo *“Posiblemente la vigencia absoluta de este derecho sea el vértice desde el cual colocar el prisma para observar todo el sistema de protección internacional de los derechos humanos. Ello, sin embargo, no debe ser entendido, de ningún modo, como una exigencia estatal de que la protección del derecho a la vida se ejecute siempre a través del sistema jurídico penal. Las diferentes instancias estatales y la propia legislativa deben evaluar, en el marco de todos los sistemas de control formal e informal, punitivos y no punitivos, cuál es el que ofrece mayores niveles de protección del derecho a la vida.”*¹² (el resaltado es propio).

Así, explica el Procurador de la Corte *“Es por eso que, en lo que respecta a la regulación del ilícito de aborto o interrupción artificial del proceso de gestación, las diferentes legislaciones nacionales en todo el mundo han tenido la libertad de regular el conflicto sin perjuicio de la vigencia*

¹¹ Es decir, los jueces deben aceptar el criterio adoptado por el legislador cuando falten “pautas judicialmente manejables” para resolver un planteo de constitucionalidad. Este principio interpretativo fue elaborado por la Corte Suprema estadounidense a partir del caso “Baker v. Carr” (369 U.S. 186), y ha sido adoptado recientemente por la de nuestro país en el caso “Bruno Raúl, s/amparo (sentencia del 12/4/88, especialmente considerando 14º) en Gullco Ob. Cit.

¹² “T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”. CSJN, Sentencia del 11 de enero de 2001.

indiscutida en los pactos internacionales de protección de los derechos humanos desde el mismo iluminismo de ese derecho fundamental. Ello explica que incluso para la regulación de las diferentes eximentes (más allá de la correspondiente ubicación sistemática en el sistema del hecho punible), los países, por ejemplo europeos, han utilizado el sistema del plazo o de las indicaciones, de acuerdo a propias evaluaciones político criminales. La cuestión ha sido siempre compleja teniendo en cuenta que se trata de una combinación de dificultosa medición en la que intervienen bienes e intereses jurídicos de diversa índole y puestos en crisis con diversa intensidad, como la vida del feto, la integridad física de la mujer, y su propia determinación, etc.”¹³¹⁴

Por otro lado, resulta obvio que la frase "en general" implica que se admiten excepciones, por lo que no abundaremos en las cuestiones de simple lógica jurídica que no se ocultan a V.E..

Es decir, tal como está establecido en el artículo mencionado, el Estado no viola sus obligaciones internacionales si dispone excepciones a la protección de la vida desde el momento de la concepción, porque es eso precisamente lo tiene permitido hacer.

Aún en situaciones como en nuestro ordenamiento penal que incluye el aborto en nuestro ordenamiento penal, aún así tiene la posibilidad de establecer casos en los que no sea punible esta acción.

En conclusión, no sólo los Estado pueden permitir el aborto en algunos supuestos específicos sin vulnerar la Constitución Nacional, si no que además están obligados a llevarlos adelante en cuando su legislación admite este tipo de excepciones.

En este sentido, es de suma relevancia la respuesta al informe de Argentina en el año 2000 que efectuó el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En este acto, el Comité expresó especial preocupación por los obstáculos que enfrentan las mujeres de nuestro país para acceder al aborto en los supuestos permitidos por la Ley.

Al respecto, el Comité sostuvo que: **“En cuanto a los derechos relacionados con la salud reproductiva, preocupa al Comité que la**

¹³ “T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”. CSJN, Sentencia del 11 de enero de 2001.

¹⁴ Lo mismo debe señalarse respecto de Artículo 12 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en tanto dispone que “todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural”. Este derecho no tiene como correlato necesario su protección a través del derecho penal.

criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental.“(el destacado es nuestro)

A ello debe sumarse el hecho de que el mismo Comité responsabilizó a Perú por no haber practicado un aborto terapéutico.¹⁵ En este caso, consideró que la negativa de Perú implicaba una violación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en particular, significaba un trato cruel e inhumano, violatorio del artículo 7 del Pacto y un intromisión arbitraria en la vida privada de la peticionante, violatoria del artículo 17 del Pacto.

En consecuencia, la negativa por parte de nuestro Estado de llevar a cabo el aborto permitido por la ley podría generar responsabilidad internacional por el incumplimiento de los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional.

La única forma de apartarse de la solución mencionada era mediante la declaración de inconstitucionalidad del artículo 86 ya mencionado. Por las razones mencionadas no es posible declarar la inconstitucionalidad de esta norma. Por lo tanto, la solución adecuada a esta controversia consiste en la aplicación lisa y llana del aborto no punible previsto en el artículo 86 del Código Penal.

3. 2. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Por otra parte, como ya se mencionó, la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción debe ser analizada teniendo en cuenta el marco de protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Como adelantáramos, decisiones como las tomadas por la Cámara en las presentes actuaciones pueden afectar de un modo directo los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado en defensa de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

El sistema de derechos reproductivos se integra del conjunto de prerrogativas vinculadas al disfrute de la sexualidad y a la preservación de la salud reproductiva. En este sentido, Charlotte RUTHERFORD ha afirmado que

¹⁵ Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, dictamen emitido en la Comunicación Nº 153/2003, 24 de octubre de 2005.

“las libertades reproductivas deben incluir: 1) el acceso al cuidado de la salud reproductiva; 2) el acceso a un diagnóstico temprano y el tratamiento adecuado para el SIDA, las enfermedades de transmisión sexual, y cánceres varios; 3) el acceso a cuidados prenatales, incluidos programas para el tratamiento de madres y embarazadas drogadependientes; 4) el acceso a anticonceptivos apropiados; 5) el acceso a servicios adecuados ante situaciones de infertilidad; 6) la libertad ante esterilización forzada o consentimiento mal informado; 7) seguridad económica, que pueda prevenir la posible explotación de las mujeres pobres a través de contratos de subrogación; 8) no padecer condiciones insalubres en el lugar de trabajo; 9) nutrición saludable y vivienda;...”¹⁶.

La salud sexual y la salud reproductiva son determinantes para la condición social de las personas y tienen un impacto decisivo en su desarrollo personal (tanto en el aspecto físico como emocional), su calidad de vida y sus oportunidades para integrarse plenamente a la vida social, cultural, económica y política de una sociedad y ejercer de esta manera una ciudadanía plena.

Se trata de derechos fundamentales toda vez que contemplan: el total respeto a la persona humana; la realización plena, segura y libre de su vida sexual, la libre opción de la maternidad/paternidad, y la planificación familiar voluntaria y responsable. Estas libertades se encuentran asociadas a los deberes correlativos del sujeto pasivo conducentes a permitir: el disfrute del más elevado nivel de salud, el ejercicio de las decisiones atinentes a la sexualidad y procreación, y el acceso a información y medios para ejercitar tales decisiones.

Cabe observar que esta especie de derechos humanos cuenta con vasto reconocimiento por parte de múltiples foros internacionales recientes. Así por ejemplo, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, 1993, estableció que *“... los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales...”*

Por su parte, la IV Conferencia Mundial de la Mujer de Naciones Unidas (Beijing 1995), estableció que: *“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual*

¹⁶ Ver Charlotte Rutherford, REPRODUCTIVE FREEDOMS AND AFRICAN AMERICAN WOMEN, YJLF, VOL. 4 No. 2, 1992, págs. 258-9.

satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con que' frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual".

En el mismo sentido se expidió el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, párrafo 7.2, contenido en el *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994* (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.95.XIII.18), cap. I, resolución 1, anexo.1. Este nuevo enfoque considera al ser humano no sólo como un ser biológico, aislado de su contexto sino como un ser social, relacionado de manera particular a través de su sexualidad; y a los problemas relativos a la sexualidad y la reproducción como un todo integrado que se debe abordar de ese modo tanto para su promoción, como para su prevención y atención.

Por su parte, la Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas ha afirmado, en este sentido que *"Los derechos reproductivos son una parte fundamental e integrante de los derechos humanos de la mujer y, como tales, están consagrados en las normas internacionales que trascienden la cultura, las tradiciones y las normas de sociedad" y que "Un nivel inadecuado de conocimientos acerca de la sexualidad humana e información y servicios inadecuados o insuficientes sobre la salud y la reproducción, la discriminación contra la mujer y las jóvenes con una base cultural bien asentada y los límites del control de la mujer sobre sus vidas sexuales y reproductivas, contribuyen a las violaciones de la salud reproductiva de la mujer."*¹⁷

¹⁷ Ver Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, sobre "Políticas y prácticas que repercuten

La IV Conferencia Mundial de la Mujer de Naciones Unidas (Beijing 1995) afirmó que *“Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”*.

La Plataforma de Acción agregó que *“La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos deben ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia. Como parte de este compromiso, se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable”*.

Tal como lo afirma la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer *“El derecho a la salud reproductiva supone el derecho a la sexualidad y a la autonomía sexual (...) Los derechos sexuales incluyen el derecho a la información, sobre cuya base se pueden tomar decisiones fundadas acerca de la sexualidad; los derechos a la dignidad, a la privacidad y a la integridad física, mental y moral para realizar una elección de carácter sexual; y el derecho a las normas más elevadas de salud sexual / Yasmin Tambiah, “Sexuality and human rights”, en Margaret Schuler, From Basic Needs to Basic Rights, 1995, pág. 37./ ”*

Los derechos reproductivos y sexuales y los tratados internacionales de derechos humanos.

Además del fundamento positivo amparado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, los derechos sexuales y reproductivos tienen sustento en diferentes soluciones traídas por los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos cuya jerarquía constitucional fuera consagrada por el artículo 75 inc. 22 de la Ley Fundamental.

Entre éstos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, específicamente en su art.12.1 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”* y en el segundo párrafo que *“los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”*.

La Convención, en el art. 14.2 dispone que los Estados deberán asegurar el acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia. En el art.16.1 establece que *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres; y en el art. 16 inc. e dispone que los Estados partes asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres “los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”*.

Es necesario destacar que los tratados internacionales de derechos humanos revisten **carácter operativo**.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso *“Ekmekdjian c/Sofovich”*, estableció que los derechos consagrados en los instrumentos internacionales son "operativos", vale decir, automáticamente exigibles ante los tribunales nacionales. En dicho caso, en el que se discutía la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta tutelado en el art. 14 de la CADH, la Corte estableció un conjunto de nuevos principios y pautas reguladoras de la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito local.

En primer lugar, el Tribunal reconoció expresamente que una interpretación armoniosa de los postulados constitucionales exige otorgarle a los tratados internacionales jerarquía superior a las leyes federales y rechazó cualquier posibilidad de una eventual derogación implícita de un tratado a través de una ley posterior. En este sentido, afirmó en su considerando No. 17. *“Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación, es orgánicamente federal, pues el PEN concluye y firma tratados (art. 86 inc. 14 CN), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67. inc. 19 CN) y el PEN ratifica los tratados aprobados por una ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del PLN, que es quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86 inc. 14 CN).”*

Asimismo la Corte Suprema de Justicia, afirmó en el considerando 18. *“Que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —aprobada por la ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5/12/72 y en vigor desde el 27/1/80— confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la supremacía del derecho internacional por el propio derecho interno...”* Y en el considerando 19 agregó *“Que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria, o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27.”*

En segundo lugar, la Corte Suprema estableció que el derecho invocado en el caso revestía carácter **operativo**, siendo automáticamente exigible ante los tribunales nacionales. En este sentido, se consideró que los derechos tutelados a través de instrumentos internacionales suscriptos por el Estado argentino, podían ser inmediatamente reclamados por los individuos sujetos a la jurisdicción local. Así, en el considerando 16 afirmó: *“... Que en tal sentido, la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el*

establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarán contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse...” Agrega la Corte, en el considerando 20 “... Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso...”

Además, en relación con la eventual responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones libremente asumidas al momento de ratificar un tratado, la Corte sostuvo que los tribunales no podían ignorar el papel que deben desempeñar como garantes del accionar legítimo del Estado¹⁸. Sobre el particular, expresó “... Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente.”

Huelga recordar que posteriormente, en los fallos "Fibraca"¹⁹ y "Cafés la Virginia"²⁰, la Corte Suprema reafirmó esta posición.

Por otra parte, recordamos aquí lo que expresáramos sobre la incorporación de los principios del derecho internacional de derechos humanos en relación con el pleno goce y ejercicio de estos derechos y sus

¹⁸ "Ekmekdjian c/Sofovich", en "La Ley", t. 1992-C.

¹⁹ "Fibraca Constructora, S. C. A. c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" (F-433.XXIII-R.H.) 7/7/1993, "El Derecho", t. 154, p. 164 y siguientes.

²⁰ "Cafés la Virginia, S. A. s/apelación", 13/10/1994, "El Derecho", t. 160, p. 252 y siguientes.

criterios de aplicación conforme fuera relatado al comentar el caso "Giroldi"²¹ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en su considerando 12 afirmó *“Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde —en la medida de su jurisdicción—, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que de lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, La Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1.1. de la Convención en cuanto a los Estados Parte deben no solamente “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”, sino además “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”. Según dicha Corte, “garantizar” implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del art. 1.1. de la Convención. Garantizar entraña, asimismo, “el deber de los Estados Parte de organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (OC 11/90 del 10-VIII-90).”*

La Corte Suprema, al sentar esta pauta interpretativa y remitir a las decisiones de los organismos internacionales, ratifica la incorporación de los criterios de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos y el carácter de guía que debe dárseles a las decisiones de los organismos internacionales, en este caso con características constitucionales.

Debemos indicar que en el mismo sentido, se ha expresado en el caso “Arana, Juan Carlos s/excarcelación”²² y en el caso “Bramajo”²³.

Por estos motivos, tal como lo dijéramos en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del mismo modo debe procederse para la interpretación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Gormas de Discriminación contra la Mujer. Así, de acuerdo con este principio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la

²¹ "Giroldi, H. s/recurso de casación", CS, sentencia del 7 de abril de 1995, en "Jurisprudencia Argentina", t. 1995-III.

²² CS, "Arana, Juan Carlos s/excarcelación", 19 de octubre de 1995.

²³ CS, "Bramajo", Sentencia del 12/9/96, "Jurisprudencia Argentina.", 20 de noviembre de 1996, considerando 8.

aplicación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer deberán seguirse como guía en su interpretación las Recomendaciones Generales que dicta el Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Por eso resulta fundamental traer a colación la Recomendación General Nro. 24 del Comité sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,—organismo encargado de velar por la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer—, dictada en la Sesión Nro. 20, que afirma que el acceso a la atención médica, incluida la salud reproductiva es uno de los derechos básicos en los términos de la Convención contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. y que resulta un acto de discriminación por parte del Estado, negarse a proveer de servicios de salud reproductiva para las mujeres.

De acuerdo con la interpretación desarrollada por el Comité, la Convención exige que los Estados eliminen la discriminación contra las mujeres en el acceso a los servicios de salud a través de todo el ciclo vital.

La Recomendación incluye entre las barreras al acceso de las mujeres a cuidados de salud apropiados, las leyes que criminalizan procedimientos que son necesitados solo por las mujeres y que castigan a las mujeres que utilizan esos procedimientos.

El deber de garantizar los derechos implica una obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas apropiadas legislativas, judiciales, administrativas, presupuestarias, económicas y otras medidas al máximo alcance de los recursos disponibles para asegurar a las mujeres la realización de sus derechos a la atención médica, así como implementar estrategias nacionales comprehensivas para promover la salud y asegurar una completa variedad de servicios de alta calidad y cuidados a la salud disponibles, incluyendo servicios de salud sexual y reproductiva.

El deber de los Estados Partes de asegurar, sobre la base de la igualdad entre varones y mujeres, el acceso a los servicios de salud, información y educación, implica una obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud. Los Estados Partes tienen la responsabilidad de asegurar que la legislación y las acciones y políticas del Ejecutivo den cumplimiento a estas tres obligaciones. Ellos deben establecer un sistema que asegure la efectiva tutela judicial de estos derechos. De acuerdo con esta Recomendación General N° 24, la falla en cumplimentar estas obligaciones constituye una violación del artículo 12 de la Convención

sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

En particular, el Comité afirmó que deben *"... removearse todos los obstáculos para el acceso de las mujeres a servicios de salud, a la educación y a la información, incluyendo el área de salud sexual y reproductiva y, en particular, asignar recursos para programas dirigidos a adolescentes para la prevención y tratamiento de enfermedades de transmisión sexual, incluyendo VIH/SIDA."* Asimismo, se debe *".... priorizar la prevención de los embarazos no deseados a través de la planificación familiar y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad materna mediante servicios seguros para la maternidad y la atención prenatal"*. Para ello, *"... requiere que todos los servicios de salud sean consistentes con los derechos humanos de las mujeres, incluyendo los derechos a la autonomía, a la privacidad, a la confidencialidad, al consentimiento informado y a la libre elección"*.

Además de estas normas específicas sobre la temática, consagradas por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocen una serie de derechos fundamentales que son aplicables para la protección y promoción de los derechos sexuales y reproductivos.

Los derechos reproductivos pueden ser analizados de diversas formas. Los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales y regionales pueden ser agrupados alrededor de intereses reproductivos. Rebeca Cook ²⁴ categoriza los intereses reproductivos en la siguiente forma: 1) seguridad reproductiva y sexualidad; 2) salud reproductiva; 3) igualdad reproductiva; 4) toma de decisiones reproductiva. Estas categorías son fluidas y pueden variar dependiendo de la cuestión reproductiva de que se trate; su propósito es mostrar como los diferentes derechos humanos son aplicados para promover los intereses reproductivos.

Las dimensiones de *seguridad reproductiva* y la *sexualidad* dependen del respeto de varios derechos, incluidos el derecho a la vida, a la libertad y seguridad de las personas, el derecho a ser libre de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, el derecho a casarse y formar una familia, el derecho a gozar de la vida familiar y privada. El derecho a la educación, reconocido en diversos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, es también de central importancia para la protección y promoción de la salud. Las investigaciones demuestran su carácter

²⁴ Ver Rebeca Cook, INTERNATIONAL PROTECTION OF WOMEN'S REPRODUCTIVE RIGHTS. JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLITICS, NEW YORK UNIVERSITY, VOL. 24, N° 2

primordial para la mejora de la salud reproductiva de las mujeres, incluyendo la sobrevivencia de los nacidos/as y el crecimiento saludable de los niños/as.

Con respecto a los derechos relacionados con la igualdad reproductiva y sexual, éstos contemplan la no discriminación por razón de género, de estado civil, de orientación sexual y de edad, factores contemplados en todos los instrumentos de derechos humanos. Por ejemplo, si las convenciones y las leyes reconocen que las mujeres tienen derecho a la protección de su embarazo y de la maternidad sin tener en cuenta si son casadas o no, esto debe aplicarse también a su derecho a acceder a métodos para regular su fecundidad.

Finalmente, respecto de la libre toma de decisiones en materia reproductiva y sexual, ésta se vincula con derechos fundamentales como el derecho a recibir y difundir información, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho a la participación política, y el derecho de asociación.

Se destaca el derecho a obtener el más alto nivel posible de salud física y mental, es receptado por el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales, y Culturales.

Ergo, es necesario pues contar con servicios de salud reproductiva que sean accesibles y aceptables, suministrados a lo largo de todo el ciclo vital de las mujeres. La cualidad de “aceptable” implica que los servicios deben incorporar una perspectiva de género en la atención, esto es, concediendo un especial interés al trato no discriminatorio, ni violento o vejatorio de las mujeres y jóvenes en los servicios de atención de salud reproductiva, incluyéndose los derechos de las/os pacientes a recibir una atención que respete su dignidad humana, sus intereses y preferencias de todo orden.²⁵

La responsabilidad del Estado es central para una interpretación adecuada de los derechos humanos, pues para que éstos tengan plena y efectiva vigencia es necesario incorporar los principios de responsabilidad que se refieren a las obligaciones sustantivas del Estado.

Las investigaciones desarrolladas a nivel mundial demuestran que los derechos reproductivos y sexuales son violados de diversas formas.²⁶ Siguiendo la categorización de Rebeca Cook²⁷ encontramos:

²⁵ Véase apartado final. “Perspectiva de Género”.

²⁶ En este sentido, ver el informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos.

1.- violaciones que resultan de acciones gubernamentales directas: (por ej. programas de esterilización compulsivos, acceso condicionado a servicios a quienes consienten en realizarse una esterilización, etc.);

2.- violaciones relacionadas con la falta de los Estados de cumplir con las obligaciones de derechos humanos (ej. negligencia en adoptar medidas para la prevención y reducción de la mortalidad materna, no preparar y elevar los informes requeridos por los tratados, etc.);

3.- violaciones relacionadas con patrones de discriminación (ej. políticas que resultan en tasas de analfabetismo diferenciales, persistentes y serias discrepancias en políticas o asignaciones presupuestarias que en forma acumulativa desaventajan el status de salud reproductiva de ciertos grupos (como adolescentes) o poblaciones de determinadas regiones -p.ej: mujeres de zonas rurales-).

La categoría 1 de violaciones de derechos humanos resultantes de la acción estatal directa, son las más simples de identificar y son comparables a las violaciones de derechos civiles y políticos. En estas violaciones el Estado se involucra en actividades contrarias a los derechos relativos a la seguridad reproductiva y a la toma de decisiones reproductivas.

Las violaciones de la categoría 2, resultan de fallas en satisfacer un mínimo de obligaciones y son comparables con violaciones a los derechos económicos, culturales y sociales. Requieren una definición de las obligaciones correlativas a los derechos relacionados con la protección de la salud reproductiva.

Las violaciones de la categoría 3 se relacionan con patrones de discriminación respecto de los derechos civiles y políticos y también con derechos de naturaleza económica, social, y cultural como el derecho a la salud. Estas violaciones se relacionan con la igualdad reproductiva y con el derecho a igual goce de la seguridad y sexualidad reproductiva, la salud reproductiva y la toma de decisiones reproductivas. Pueden basarse tanto en acciones como en omisiones, pueden requerir tanto directivas negativas para prevenir la discriminación como asignaciones positivas de recursos para compensar discriminaciones pasadas.

A esta categorización deben agregarse los casos de responsabilidad del Estado cuando no actúa con la debida diligencia para prevenir, investigar y

²⁷ Ver Rebeca Cook, INTERNATIONAL PROTECTION OF WOMEN'S REPRODUCTIVE RIGHTS, JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLITICS, NEW YORK UNIVERSITY, VOL. 24, N° 2

sancionar las violaciones de los derechos reproductivos y sexuales cometidos por agentes privados.

En este contexto consideramos que privar a la joven incapaz del acceso al aborto constituiría una violación de sus derechos que comprometería la obligación del Estado de actuar diligentemente y en forma respetuosa de los tratados de derechos humanos sin contraer responsabilidad internacional por violar sus normas.

Resulta conveniente recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que la primera obligación asumida por los Estados Partes, es la de *“respetar los derechos y libertades”* reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte Interamericana en otra ocasión, la protección de los derechos humanos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (véase: La expresión *“leyes”* en el artículo 30 de la CADH, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21).

En efecto, el Estado puede ser considerado responsable de violaciones de los derechos reproductivos y sexuales, por dos vías. La primera por fallar sistemáticamente respetar y garantizar estos derechos. De acuerdo con la segunda vía, el Estado puede ser considerado responsable por las fallas en cumplir con sus obligaciones en una manera no discriminatoria, negando igual protección ante la ley.

Según COOK²⁸, *“Un análisis que está surgiendo afirma que la negligencia de los gobiernos de prevenir las causas de morbilidad y mortalidad de las mujeres es una afrenta a la dignidad humana y es parte de un fenómeno mayor de sistemática discriminación contra las mujeres. Las leyes que niegan, obstruyen o condicionan el acceso y la disponibilidad a los servicios de salud reproductiva están siendo cuestionados por ser violatorios a los derechos*

²⁸ Ver Rebeca Cook, INTERNATIONAL PROTECTION OF WOMEN'S REPRODUCTIVE RIGHTS. JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND POLITICS, NEW YORK UNIVERSITY, VOL. 24, N° 2

humanos básicos de las mujeres". A la discriminación por razón de género se le suma otro tipo de discriminaciones como las basadas en la clase social, raza, nacionalidad o edad.

A los fines de dar cumplimiento a las obligaciones del Estado, la Plataforma de Acción de Beijing ha enunciado las medidas que deben ser adoptadas, entre ellas:

- a) Fortalecer y reorientar los servicios de salud, en particular la atención primaria de salud, con el fin de dar acceso universal a servicios de salud de calidad para niñas y mujeres y de reducir las enfermedades y la morbilidad derivada de la maternidad y alcanzar a nivel mundial el objetivo convenido de reducir la mortalidad derivada de la maternidad como mínimo en un 50% de los valores de 1990 para el año 2000 y en otro 50% para el año 2015; garantizar que cada sector del sistema de salud ofrezca los servicios necesarios; y tomar las medidas oportunas para que se ofrezcan servicios de salud reproductiva, a través del sistema de atención primaria de salud, a todas las personas en edad de recibirla lo antes posible;
- b) Preparar y difundir información accesible, mediante campañas de salud pública, los medios de comunicación, buenos servicios de asesoramiento y el sistema educacional, con el objeto de garantizar que las mujeres y los hombres, en particular las jóvenes y los jóvenes, puedan adquirir conocimientos sobre su salud, especialmente información sobre la sexualidad y la reproducción, teniendo en cuenta los derechos del niño de acceso a la información, privacidad, confidencialidad, respeto y consentimiento informado,
- c) Reconocer las necesidades específicas de los adolescentes y aplicar programas adecuados concretos, por ejemplo de educación e información sobre cuestiones de salud sexual y reproductiva y sobre enfermedades de transmisión sexual, entre ellas el VIH/SIDA.

Asimismo, el Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos, sobre *"Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen"* incluye entre las recomendaciones a ser adoptadas por los gobiernos, las siguientes:

- a) Los Estados deben asegurarse que la preocupación fundamental en la formulación y aplicación de programas de planificación familiares y salud reproductiva sea el respeto de los derechos individuales de la mujer.
- b) Los Estados deberían crear y promover un proceso de colaboración entre sectores e interdisciplinaria, centrándose en la capacitación y la creación de capacidad para los órganos creados en virtud de los tratados, los organismos y las organizaciones no gubernamentales respecto de la cuestión de la salud reproductiva y sexual de la mujer.
- c) Los Estados deberían ofrecer mayor educación a los trabajadores de la salud y asegurar que pueda disponerse fácilmente de información acerca de las consecuencias para los derechos humanos de la salud reproductiva, incluidas las obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional.
- d) Los Estados deberían facilitar capacitación a los trabajadores de la salud en materia de derechos reproductivos de la mujer, incluida capacitación en cuanto a la forma de identificar las violaciones durante los exámenes físicos, así como de facilitar información de intervención apropiada.
- e) Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para vigilar los servicios de salud reproductiva y garantizar que se ofrezcan sin ninguna forma de discriminación, coacción o violencia, y que la información difundida por los trabajadores de salud sea completa y objetiva.
- f) Los Estados deberían facilitar apoyo financiero e institucional a la investigación sobre métodos seguros y efectivos para regular la fertilidad, la protección contra las enfermedades y transmisión sexual, incluido el VIH/SIDA, y análisis y diagnósticos confidenciales de las enfermedades de transmisión sexual.
- g) El Estado debería ofrecer apoyo financiero e institucional a la investigación de la prevención, la detección y el trato de enfermedades relacionadas con la salud reproductiva de la mujer, en particular las que tienen los indicadores más elevados de morbilidad materna.
- h) Los Estados deberían emprender la investigación y la obtención de datos sistemática respecto de los casos de violaciones de la salud reproductiva y sexual de la mujer, y utilizar esos datos para la elaboración de futuras políticas estatales que repercutan sobre los derechos de la mujer a la salud reproductiva y sexual.
- i) Los Estados deberían ofrecer apoyo financiero y técnico a las organizaciones e instituciones que se dedican a promover la salud

reproductiva y sexual de la mujer, y entablar relaciones de colaboración con esas instituciones y organizaciones para formular las políticas de salud reproductiva de los gobiernos.

3.4. CONCLUSIÓN

Ni la Constitución Nacional ni los tratados internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional exigen la protección absoluta de la vida desde el momento de la concepción. Por el contrario, el propio organismo encargado de interpretar el artículo 4 Convención Americana sobre Derechos Humanos sostuvo al respecto que esta norma es perfectamente compatible con nuestro artículo 86 del Código Penal.

En consecuencia, es absolutamente admisible que nuestro Estado decida que la protección legal de la vida se efectúe a través de una normativa distinta a la penal, y, aún en el caso en que se elija la protección penal de la vida desde la concepción, ésta pueda admitir excepciones en casos concretos. Ello es lo que ocurre con el artículo 86 del Código Penal.

La protección de la vida desde la concepción debe ser analizada a luz de la normativa internacional vigente no sólo en lo que se refiere al derecho a la vida propiamente dicho, si no también en lo respectivo a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Es decir, tal como se desarrolló en el apartado anterior, la normativa internacional establece los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y dispone la obligación del Estado de garantizar esos derechos.

Por ello, el alcance de la protección de la vida desde la concepción debe ser estudiado teniendo en cuenta los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que se contraponen. Ello podría abrir nuevos debates que, sin embargo, no se presentan en el caso en cuestión.

En este caso, la decisión del Estado fue clara. Los legisladores ya adoptado, dentro el marco que le permite la normativa constitucional de establecer excepciones a la protección de la vida desde la concepción, la decisión de despenalizar abortos realizado bajo algunas condiciones, tal como lo dispone el artículo 86 del Código Penal.

En consecuencia, la negativa por parte de nuestro Estado de llevar a cabo el aborto no punible por la ley podría generar responsabilidad internacional por el incumplimiento de los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional.

4. PETITORIO

Por todo lo expuesto, solicito de V.S.:

- a) Se tenga por presentado este escrito de "*amicus curiae*", y se declare su admisibilidad formal.
- b) Se tengan en cuentas las consideraciones que allí se formulan al momento de dictarse sentencia en la causa.

PROVEER DE CONFORMIDAD

SERA JUSTICIA