

## La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos para la vigencia de los derechos humanos de las mujeres en la región

*Mónica Pinto\**

### INTRODUCCIÓN

En los últimos 40 años, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha enriquecido el bagaje de derechos de las personas bajo la jurisdicción de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) y ha ido educando a los poderes públicos de la región para utilizar criterios de derechos humanos en su actuación.

Con relación a los derechos humanos de las mujeres, el SIDH ha logrado interpretaciones enriquecedoras de derechos explícitamente consagrados en los instrumentos del sistema y también ha ensanchado los límites de esos derechos a fin de cubrir nuevas necesidades devenidas en derechos humanos, capitalizando el activo del Sistema Universal.

En las páginas que siguen me propongo subrayar algunos de esos aspectos y, específicamente, señalar el impacto del derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres en los debates de la democracia argentina respecto de la legislación que se propone despenalizar el aborto.

---

\* Profesora y ex Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

## MÓNICA PINTO

---

### CUESTIONES HERMENÉUTICAS

Los órganos del SIDH han adoptado una serie de criterios hermenéuticos que han permitido consolidar y acrecentar el patrimonio de derechos protegidos. Estas decisiones fueron adoptadas por la Comisión y por la Corte Interamericanas de Derechos Humanos y han tenido el mérito de formular pautas que, a la luz del principio *pro persona*,<sup>1</sup> han permitido universalizar las adquisiciones regionales y viceversa. Su importancia es clave en el ámbito específico de los derechos humanos de las mujeres y por ello comienzo estas páginas subrayándolos.

#### LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

En el caso *del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (2006), la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “[...] en cuanto a los referidos aspectos específicos de violencia contra la mujer, esta Corte aplicará el artículo 5 de la Convención Americana y fijará sus alcances, tomando en consideración como referencia de interpretación las disposiciones pertinentes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, ratificada por el Perú el 4 de junio de 1996, y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por el Perú el 13 de septiembre de 1982, vigente en la época de los hechos, ya que estos instrumentos complementan el *corpus juris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Hace muchos años ya, y calificándolo en masculino como entonces nos venía dado, trabajé sobre este concepto. Véase “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales, Abregú, Martín y Courtis, Christian (eds.), Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)/ Editores del Puerto, 1997, pp. 163-171.

<sup>2</sup> Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 276.

## La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos...

---

Con justeza, la interpretación de los derechos humanos de las mujeres debe considerar todo el contexto de los derechos humanos. Así, los sistemas de derechos humanos, el universal y el regional, deben interpretarse a la luz del principio general *pro persona*. La hermenéutica consiste en combinar normas universales y regionales a fin de constituir un único conjunto normativo.

Este es un aporte importante de la Corte Interamericana en este campo, siguiendo el precedente del caso *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, “Niños de la Calle” de 1999,<sup>3</sup> en el que utilizó la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 como criterio para la interpretación del alcance del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se trata de un inteligente ejercicio hermenéutico que aplicando el criterio *pro persona*, de aplicación general en este campo, permite lograr una clara y mejor lectura de los derechos humanos de las mujeres a través de principios universales, validados por la comunidad de Estados y el trabajo de los expertos y expertas internacionales.

### LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER ES ESTRUCTURAL

La discriminación contra la mujer no refiere al caso de una mujer en específico, sino al de todas nosotras. La mujer es discriminada por ser mujer con independencia de sus acciones concretas. Sucede, pues, que no cabe en este campo valerse de la igualdad formal, sino que se hace necesario situarla en contexto. Por los mismos motivos, la no-discriminación, corolario de la igualdad, requiere también de otras lecturas.

Owen Fiss señala que “el principio de no-discriminación supone una concepción muy limitada de igualdad [y por ese motivo propone] delinear otro principio intermedio —el principio de grupo desaventajado— que tenga un buen argumento, si no uno mejor, para representar el ideal de la igualdad, un principio que dé

---

<sup>3</sup> Corte IDH. *Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”) vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 194, párr. 194.

## MÓNICA PINTO

---

mejor cuenta de la realidad social, y que focalice más claramente las cuestiones que deben decidirse en los casos de igual protección de la ley”.<sup>4</sup> En la misma línea, Catherine MacKinnon sostiene que “la posición social de las mujeres tiene un lugar particular en el análisis de la desigualdad, mientras que no lo tiene en el análisis de la diferenciación arbitraria. Desde esta perspectiva, la prohibición de la discriminación por sexo aspira a eliminar la inferioridad social de un sexo respecto del otro, y a dismantelar la estructura social que sostiene una serie de prácticas que, en términos de Owen Fiss, se acumulan sobre las mujeres ‘desaventajadas’”.<sup>5</sup>

El enfoque de la discriminación estructural o desigualdad estructural llega al sistema internacional de protección. Señala Víctor Abramovich que “la perspectiva histórica sobre la jurisprudencia del SIDH marca en nuestra opinión una evolución desde un concepto de igualdad formal, elaborado en la etapa de las transiciones a la democracia en los países de América Latina, hacia un concepto de igualdad sustantivo que se comienza a consolidar en la última década, luego del fin de las transiciones, cuando la temática de la discriminación estructural y los derechos de los grupos discriminados se presentan con más fuerza en el tipo de casos y asuntos considerados por el SIDH”.<sup>6</sup> Se trata de una igualdad sustantiva que demanda del Estado un rol activo en la protección de los grupos subordinados.

La sentencia de la Corte Interamericana en el caso conocido como “*Campo Algodonero vs. México*” (2009),<sup>7</sup> esto es la sentencia

---

<sup>4</sup> Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public Affairs*, Volumen 5, p. 107, 1976, citado por Saba, Roberto, en *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, p. 58.

<sup>5</sup> MacKinnon, Catherine, “Sexual Harassment of Working Women”, *New Heaven*, Yale University Press, 1979, p. 103, citado por Saba, Roberto, en *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, pp. 62-63.

<sup>6</sup> Abramovich, Víctor, “Responsabilidad estatal por violencia de género: Comentarios sobre el caso *Campo Algodonero* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos 2010*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, pp. 167-182, en pp. 168-169.

<sup>7</sup> Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

## La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos...

---

por la desaparición y muerte de tres muchachas en Ciudad Juárez, México, que fue considerado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en casos individuales, se ocupa de esto. La situación también mereció tratamiento de situación de violaciones graves y sistemáticas por la misma CIDH y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) que se ocupó bajo el mecanismo de investigaciones.

Así, “el Informe de la Relatora de la CIDH resalta que aunque Ciudad Juárez se ha caracterizado por un pronunciado aumento de los crímenes contra mujeres y hombres, el aumento en lo referente a las mujeres “es anómalo en varios aspectos”, ya que: i) en 1993 se incrementaron notablemente los asesinatos de mujeres, ii) los coeficientes de homicidios de mujeres se duplicaron en relación con los de los hombres, y iii) el índice de homicidios correspondiente a mujeres en Ciudad Juárez es desproporcionadamente mayor que el de ciudades fronterizas en circunstancias análogas”.<sup>8</sup>

La Corte consideró el alarmante número de mujeres pobres, incluso niñas, víctimas de estos hechos, en su mayoría trabajadoras de las maquilas, pero también migrantes y estudiantes y dio por probado un patrón de violación de derechos según el cual “las mujeres son secuestradas y mantenidas en cautiverio, sus familiares denuncian su desaparición y luego de días o meses sus cadáveres son encontrados en terrenos baldíos con signos de violencia, incluyendo violación u otros tipos de abusos sexuales, tortura y mutilaciones”.<sup>9</sup>

La Corte concluye que “las jóvenes González, Ramos y Herrera fueron víctimas de violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará. Por los mismos motivos, el Tribunal considera que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez”.<sup>10</sup>

La situación se enmarca en una zona con características peculiares. La frontera de México con los Estados Unidos es, por

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, párr. 117.

<sup>9</sup> *Ibidem*, párr. 125.

<sup>10</sup> *Ibidem*, párr. 231.

## MÓNICA PINTO

---

razones políticas, desde hace años “sensible” en razón de todos los que llegan a ella con la idea de atravesarla en procura de un futuro mejor. Es una zona permeable, en la que el control policial se ocupa de cuestiones más domésticas en tanto que la delincuencia transnacional organizada hace su trabajo. Además, la zona es indicativa de una pobreza importante; no en términos puramente económicos, sino también por la ausencia de horizonte. El Informe del Comité CEDAW la califica de una “puerta abierta” a mejores oportunidades de trabajo, pero también una “puerta abierta” a la inmigración ilegal y el tráfico de droga.<sup>11</sup> En ese contexto, la pobreza deviene femenina y las mujeres, especialmente las más jóvenes, llegan en busca de empleo bien pagado. Las autoridades no son ajenas a esta situación y cuando menos la toleran.

Sostiene Abramovich que “la Corte IDH examinó la situación de las tres víctimas no solo en función de los hechos particulares que rodearon sus desapariciones y los procesos penales en que se investigaron los crímenes, sino como miembros de un colectivo más amplio que se ve afectado por una situación estructural de violencia y desigualdad, lo que permite entender los crímenes particulares en su real dimensión. De allí que la decisión de la Corte en este caso profundiza una línea jurisprudencial sobre igualdad estructural que se asienta ya en varios precedentes de la propia Corte y de la CIDH. Esta tendencia jurisprudencial del SIDH reafirma la existencia de deberes de acción positiva para los Estados en la protección de colectivos expuestos a patrones de discriminación y violencia. En estos precedentes la CIDH y la Corte han considerado especialmente datos del contexto social de las víctimas y su integración a colectivos o grupos sociales discriminados, para definir el alcance de las obligaciones estatales de respeto, garantía y protección”.<sup>12</sup>

Del mismo modo, el tratamiento de los casos de discriminación contra la mujer no se detiene ante la solución del caso concreto, sino que exige de la adopción de políticas públicas que abarquen la situación del caso desde el derecho y que motiven comportamientos sociales en consecuencia.

---

<sup>11</sup> CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, 22.

<sup>12</sup> Cfr. Abramovich (N. 6), p. 168.

## El deber de debida diligencia es reforzado en los casos de discriminación y violencia estructural

La sentencia de la Corte en “*Campo Algodonero*” responsabiliza al Estado por “la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición [...]; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos [...], así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada”.

Para decidir sobre estas cuestiones, la Corte analiza los alcances del deber de debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia, en los términos del artículo 7.b Convención de Belém do Pará para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer (CBDP).<sup>13</sup>

La Corte plantea la obligación de los Estados de adoptar medidas integrales para cumplir con el deber de debida diligencia reforzado. En sus palabras, “los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. Particularmente, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará”.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Corte IDH. *Caso “Campo Algodonero”*, supra 7, párr. 253.

<sup>14</sup> *Ibidem*, párr. 258.

## MÓNICA PINTO

---

La Comisión planteó a la Corte que México debía haber actuado con eficacia porque conocía del riesgo que corrían esas muchachas, invocando la teoría del riesgo que en su momento desarrolló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Corte se hace cargo centrando su enfoque en el contexto, en el riesgo que plantea el contexto, y en el grado de conocimiento que el Estado tuviera de ello para actuar. Así señala que fue la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México la que advirtió públicamente esta problemática a través de una Recomendación No. 44<sup>15</sup> y que “a pesar de que el Estado tenía pleno conocimiento del riesgo que corrían las mujeres de ser objeto de violencia, no demostró haber adoptado medidas efectivas de prevención antes de noviembre de 2001 que redujeran los factores de riesgo para las mujeres”.<sup>16</sup>

Manteniendo el carácter de obligación de medio o comportamiento del deber de prevención, la Corte subraya que las medidas adoptadas por México no fueron suficientes y efectivas para prevenir las graves manifestaciones de la violencia contra la mujer que se vivía en Ciudad Juárez en la época del presente caso.<sup>17</sup> Con relación a las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados, la Corte indica que “sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”<sup>18</sup> y continúa que antes del hallazgo de los cuerpos, México “dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas.

La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los pri-

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, párr. 274.

<sup>16</sup> *Ibidem*, párr. 279.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*, párr. 280.



## La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos...

---

meros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido”.<sup>19</sup>

Finalmente, sostiene la Corte que “este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado —el cual ponía a las mujeres en una situación especial de vulnerabilidad—, y a las obligaciones reforzadas impuestas en casos de violencia contra la mujer por el artículo 7.b de la Convención Belém do Pará”.<sup>20</sup>

### DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

En términos sociales, tradicionalmente, las mujeres hemos tenido deberes sexuales y reproductivos, ellos han sido consagrados por una asignación de los roles femeninos como esposas y madres, dos estatutos que conservamos y que, con claridad, admiten otras lecturas. El tránsito del discurso de los deberes a los derechos sexuales y reproductivos llevó un tiempo considerable y fue bien asistido por el derecho internacional de los derechos humanos.

En la Plataforma de Acción de Beijing de 1995 se declara que “los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, párr. 283.

<sup>20</sup> *Ibidem*, párr. 284.

## MÓNICA PINTO

---

respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”.<sup>21</sup>

Queda claro para todos que no solo las mujeres tenemos derechos sexuales y reproductivos, pero es igualmente claro que la criminalización de las conductas referidas a la sexualidad y autodeterminación reproductiva generalmente se detienen en las mujeres. Un sino histórico de discriminación llega a los servicios de salud con fórmulas genéricas que evitan los derechos sexuales y reproductivos cuando no llegan a los códigos penales criminalizando conductas como el aborto.

Así, el artículo 10(h) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Convención CEDAW)<sup>22</sup> obliga a los Estados a asegurar el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia; el artículo 12 prevé que los Estados parte 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. También 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; el artículo 14(2)(b) consagra el derecho al acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesores y servicios en materia de planificación de la familia; en el 16(1)(f) establece para las mujeres los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

---

<sup>21</sup> IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, párr. 96.

<sup>22</sup> Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, New York, 18 de diciembre de 1979, 1249 UNTS 13.

## La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos...

---

Todas estas consideraciones y derechos protegidos no han logrado, empero, despejar un panorama en el que resulta difícil, en términos generales, aceptar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. El debate sobre el aborto es, en nuestros países, sumamente ilustrativo de esto.

### EL DEBATE LEGISLATIVO POR LA CONSAGRACIÓN DEL ABORTO EN LA ARGENTINA

A todo lo largo del extenso debate parlamentario abierto en la Cámara de Diputados de la Nación se oyeron argumentos invocando el derecho internacional de los derechos humanos, en especial el SIDH, tanto para amparar las posiciones favorables a la despenalización del aborto cuanto su oponente.

En este último sentido, los partidarios de mantener la criminalización del aborto sostienen como premisa que el SIDH protege la vida humana desde la concepción y que abortar es un acto criminal porque pondría fin a la vida. En términos normativos se amparan en el artículo 4(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la declaración formulada por la República Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño que expresa que “concerning article 1 of the Convention, the Argentine Republic declares that the article must be interpreted to the effect that a child means every human being from the moment of conception up to the age of eighteen”.

Asimismo, se fundan en el artículo 19 del nuevo Código Civil y Comercial que señala que la existencia de la persona humana comienza con la concepción. No parece relevante ocuparse de la ley en sentido formal, ya que el avance legislativo supone en casi todos los casos modificar la ley o derogarla para redactar una nueva. Así sucedió en la Argentina cuando la democracia introdujo el divorcio vincular (ley No. 23.515), la patria potestad compartida y la igualdad de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio (ley No. 23.264) y el matrimonio igualitario (ley No. 26.618), por no citar sino algunos ejemplos. Del mismo modo, las declaraciones interpretativas e incluso las reservas pueden ser modificadas o retiradas por los Estados. En todo

## MÓNICA PINTO

---

caso, la tendencia en materia de derechos humanos es la de evitar las reservas.

Además, el debate volvió a cuestionar los abortos no punibles —en caso de violación y cuando exista peligro para la vida de la madre— por parte de quienes se oponen tenazmente a cualquier despenalización, soslayando que ellos están expresamente previstos en el Código Penal desde 1921. Predomina en estas posiciones una lectura extremadamente conservadora de los roles femeninos: el acto sexual es inevitablemente determinación masculina, la mujer pasivamente debe hacerse cargo del fruto de ese acto sexual a como dé lugar, incluso si la vida extrauterina no es viable.

Por cierto, desde el restablecimiento democrático, Argentina ha intentado consolidar una democracia de derechos obligándose por una serie de tratados de derechos humanos y modificando en consecuencia su legislación. El camino no ha estado exento de accidentes, pero hemos avanzado.

El esclarecimiento normativo comenzó hace varios años, en 2012, con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *F.A.L.*,<sup>23</sup> un supuesto de aborto no punible. Allí la Corte se propuso desentrañar “una práctica *contra legem*, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación”.<sup>24</sup> La cita obligada aquí es el principio de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional, según el cual nadie “será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”.

La Corte descarta las lecturas restrictivas que pretenden imponerse al artículo 89 inciso 2, que regula ese supuesto de aborto

---

<sup>23</sup> C.S.J.N., *F. 249, XLVI, F., A.L. s/medida autosatisfactiva*.

<sup>24</sup> *Ibidem*, considerando 9.

## La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos...

---

no punible a partir de la Constitución Nacional y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; para ello, el caso *Baby Boy*, decidido por la CIDH en 1981, le es muy útil. En efecto, la CIDH decidió este caso y sostuvo:

Cuando se enfrenta la cuestión del aborto, hay dos aspectos por destacar en la formulación del derecho a la vida en la Convención. En primer término, la frase “en general”.

En las sesiones de preparación del texto en San José se reconoció que esta frase dejaba abierta la posibilidad de que los Estados parte en una futura Convención incluyeran en su legislación nacional “los casos más diversos de aborto”<sup>25</sup>. Segundo, la última expresión enfoca las privaciones arbitrarias de la vida. Al evaluar si la ejecución de un aborto viola la norma del artículo 4, hay que considerar las circunstancias en que se practicó. ¿Fue un acto “arbitrario”? Un aborto practicado sin causa substancial con base a la ley podría ser incompatible con el artículo 4.<sup>26</sup>

La Corte Suprema aborda el análisis de la cuestión a la luz de otras normas de derechos humanos en vigor en el país. De este modo, se ocupa de examinar el alcance de la protección a la luz de la norma consuetudinaria internacional expresada en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>27</sup> y en las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>28</sup> la norma convencional de derechos humanos que ha concitado el mayor número de adhesiones.

Cuando enfoca la primera, el Tribunal se vale de la expresión “y dotados como están de razón y conciencia” para resaltar la diferencia de alcance entre la protección de la persona, como titular de derechos humanos, en las disposiciones sobre el re-

---

<sup>25</sup> Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 159.

<sup>26</sup> Resolución No. 23/81, Caso 2141, Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1981, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980.

<sup>27</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/RES/ A/777, amended by A/778/Rev.1III, en página 71 (Dic. 10, 1948).

<sup>28</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, New York, 20 de noviembre de 1989, 1577 UNTS 3.

## MÓNICA PINTO

---

conocimiento de la personalidad jurídica y todo el catálogo de derechos protegidos y la protección de la persona por nacer, el *nasciturus*, para concluir que, indudablemente, “la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste”.<sup>29</sup>

Del mismo modo, la Convención de los Derechos del Niño no permite concluir en una interpretación restrictiva del artículo 86, inciso 2, del Código Penal. Por otra parte, el derecho derivado de esta Convención expresado por el Comité de los Derechos del Niño exige la adecuación de la legislación de modo que se incluya un supuesto de aborto no punible para el caso de los embarazos que son la consecuencia de una violación.

De hecho, la Corte analiza toda la normativa internacional con rango constitucional a la luz del principio hermenéutico *pro persona*. Existe consenso en que la aplicación e interpretación de las normas de derechos humanos debe hacerse a la luz del principio *pro homine/pro persona*, del principio de no discriminación y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Es esta herramienta la que permite a la Corte Suprema concluir que el derecho internacional de los derechos humanos vigente en el país no restringe la interpretación que deba darse al artículo 86, inciso 2, del Código Penal; por el contrario, “existen otras cláusulas de igual jerarquía así como principios básicos de hermenéutica establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que obligan a interpretar dicha norma con el alcance amplio que de esta efectuara el *a quo*”.<sup>30</sup>

La Corte recurre al principio de no discriminación para seguir su análisis. Cabe aquí señalar que este principio, a la vez que un derecho en sí mismo, es un criterio que determina la forma de aplicación de las normas sobre derechos humanos. Por otra parte, la interpretación teleológica de los instrumentos de derechos humanos significa que debe darse prioridad a la consideración del objeto y fin de las normas, esto es la protección de los derechos fundamentales de los derechos humanos.

---

<sup>29</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso F.A.L. cit.* (n. 23), considerando 10.

<sup>30</sup> *Ibidem*, considerando 14.

## La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos...

---

Luego, la Corte Suprema emplaza el análisis del caso en la situación de la mujer violada y lo hace con una óptica amplia, la de la violencia contra la mujer. Se trata de una violencia institucional, que lesiona el principio de igualdad. En este contexto, el enfoque adoptado por la Corte supone asumir que la mujer que será pasible de aborto ya es víctima de violación de sus derechos humanos. No hace falta que en este ámbito se reitere que la violación es una forma de tortura, eventualmente un crimen de guerra o de lesa humanidad. Así planteadas las cosas, puede entenderse la *ratio* de la no punibilidad del aborto cuando se trata de una mujer víctima de una violación toda vez que la perpetuación del embarazo en tales condiciones, de forma impuesta, supone una doble violación de derechos humanos.

Por otra parte, la Corte Suprema rescata la prohibición de trato utilitario de las personas como violatorio de la dignidad. En este punto, la Corte avanza la única cita de la sentencia, la opinión de Carlos Nino en *Ética y Derechos Humanos*:<sup>31</sup> “[e]ste principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual ésta solo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental”.

La Corte argentina avanza en este campo, planteado en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará<sup>32</sup> y se propone superar la situación de desinformación por la cual los médicos solicitan autorización judicial para practicar el aborto previsto en el artículo 86, inciso 2, del Código Penal. La crítica es clara y contundente: “la judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada y es también contraproducente porque la demora que aparece en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como

---

<sup>31</sup> Nino, Carlos Santiago, “Ética y Derechos Humanos”, Buenos Aires, Astrea, 1984.

<sup>32</sup> Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belém do Pará, 9 de junio de 1994, OEA/Ser.L/V/I.4 rev.9, p. 101.

## MÓNICA PINTO

---

su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras”.<sup>33</sup> Lo que la Corte no dice es que se trata de una exigencia generalizada de las aseguradoras de los profesionales para prevenir litigios y sus consecuentes reparaciones.

En este hacer, el Tribunal esclarece el alcance de la letra del artículo 86, inciso 2 del Código Penal, al señalar la diferencia de vocabulario entre violación y abuso deshonesto según se trate de toda mujer o de mujer “idiota” o “demente”.

Luego plantea la judicialización, la práctica institucional, como un obstáculo al acceso a los servicios de salud. Y señala que es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurren las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura.

El Tribunal plantea una consideración igualitaria más, garantizando que las víctimas de los delitos sexuales accedan al derecho a la salud. El Tribunal entiende que solo es necesario que la víctima de violación manifieste ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que la violación es la causa del embarazo. Avienta la posibilidad de “casos fabricados” señalando que, aún cuando ello sea posible “no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud”.<sup>34</sup>

De allí la propuesta de promover protocolos hospitalarios que hagan efectiva esta visión en todo el país. Con ello, el máximo Tribunal argentino sienta las bases de una política pública que permita el acceso a la salud de las mujeres víctimas de una violación que deciden la interrupción de ese embarazo, a fin de sustraerlas a la práctica institucional de violencia que supone el mecanismo *de facto* instalado y que subsiste hasta hoy. Por cierto, el fallo no omite considerar la eventual objeción de conciencia de los profesionales de la salud, cuyo ejercicio debe ajustar-

---

<sup>33</sup> Cfr. Corte IDH. *Caso F.A.L., cit.* (n. 23), considerando 19.

<sup>34</sup> *Ibidem*, considerando 28.



## La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos...

---

se —no obstaculizar— al respeto de los derechos de las mujeres violadas.

En este punto, cabe pensar que la reacción de la Corte Suprema argentina se acomoda a los criterios de la teoría del riesgo, aplicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Campo Algodonero*”.<sup>35</sup> Siguiendo a Víctor Abramovich, la doctrina del riesgo requiere, al menos la presencia en un caso de cuatro elementos: (i) que exista una situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares; (ii) que la situación de riesgo amenace a un individuo o a un grupo determinado, es decir, que exista un riesgo particularizado; (iii) que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo; (iv) finalmente, que el Estado pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo. Para poder imputar responsabilidad se requiere entonces primero que el riesgo sea por sus características evitable, y que el Estado esté en condiciones de adoptar medidas capaces de paliar la situación y evitar la materialización del riesgo.<sup>36</sup>

En este caso, la Corte tiene conocimiento de que existe un riesgo real e inmediato de que todas las víctimas de violación sean pasibles de la violencia institucional de género y, por ello, cumple al implementar de modo estricto la debida diligencia que consiste en la adopción de medidas razonables de acuerdo con las circunstancias del caso. Se trata, como en “*Campo Algodonero*”, de una violencia estructural con formas de participación estatal por acción o por déficit además de implicar a actores no estatales. El fallo pretende, pues, un mayor equilibrio social ya que casos como el de autos expresaban claras diferencias respecto del tratamiento de la misma situación en clases sociales más acomodadas. Esto es precisamente lo que vuelve con el debate por la despenalización del aborto en Argentina.

La Cámara de Diputados abrió la tribuna a la ciudadanía y muchos pudimos hacer uso de la palabra en ese contexto. En mi caso

---

<sup>35</sup> Cfr. Corte IDH. Caso “*Campo Algodonero*”, *cit.* (n. 7).

<sup>36</sup> Cfr. Abramovich, *cit.* (n. 6).

## MÓNICA PINTO

---

fue para sostener precisamente que el derecho internacional de los derechos humanos no es obstáculo para la despenalización que se propone. Tres son las cuestiones centrales en este enfoque: por un lado, esclarecer el alcance y sentido de las normas de derechos humanos a fin de advertir de su uso sesgado; luego, precisar que el feto no es persona en el derecho internacional de los derechos humanos y, finalmente, recordar que las convicciones laicas o religiosas de las personas están exentas del conocimiento de los jueces y también de los legisladores.

Respecto de la primera cuestión, sostener que la protección de la vida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es “a partir del momento de la concepción” para cubrir al feto y que ello tornaría a los abortos en ilegales no se adecua a la letra ni a la historia del SIDH. En términos de derecho, no es una interpretación válida de la Convención Americana a la luz de la Regla General de Interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>37</sup> ni tampoco teniendo en cuenta los trabajos preparatorios a los que hace referencia el artículo 32, criterios de interpretación que son considerados normas consuetudinarias de derecho internacional.<sup>38</sup>

La letra de la Convención señala que la protección del derecho a la vida será “por ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Se trata de una formulación que abre muchas posibilidades a los legisladores nacionales. De hecho, la redacción tuvo en cuenta situaciones como la de la ley penal argentina que contemplaba ya en ese momento supuestos de aborto no punibles.

Esto explica las lecturas de los órganos internacionales de supervisión que entienden que, como mínimo, debe despenalizarse el aborto con el fin de proteger los derechos de las mujeres. Así surge de la práctica pacífica del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>39</sup> y de la

---

<sup>37</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 UNTS 331.

<sup>38</sup> *Island Kasikili Seduku (Botswana/Namibia)*, 1999, ICJ Rep, párr. 14.

<sup>39</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, New York, 16 de diciembre de 1966, 999 UNTS 171.

## La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos...

---

Comisión Interamericana de Derechos Humanos desde el caso *Baby Boy* de 1981 que la Corte Suprema argentina recreara al decidir en el caso F.A.L., como se señala más arriba.

Asimismo, las recomendaciones generales del Comité CEDAW señalan expresamente a los Estados la necesidad de derogar las disposiciones legales internas que penalicen el aborto.<sup>40</sup> Esa misma práctica entiende la tipificación como delito del aborto como una violación de la salud y de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante.<sup>41</sup>

Por su parte, el derecho a la vida, a la salud y a la integridad de la mujer están consagrados en la misma CADH y respecto de la salud en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador y en el 12 del PIDESC. El derecho de la mujer a decidir el número de hijos, en igualdad con el hombre, surge del artículo 10(h) y 12(1) de la CEDAW y también su derecho a la privacidad para tomar libremente decisiones sobre su persona tiene amparo en el artículo 11(2) de la CADH y en el artículo 17 del PIDCP.

Si estos derechos están claramente protegidos en esas normas de derecho internacional de los derechos humanos que la Convención Constituyente de 1994 decidió que tuvieran rango constitucional y que los Estados refrendaron en 1995 en la Plataforma de Acción de Beijing, no sucede lo mismo con los argumentos que se han avanzado respecto a que el DIDH protegería los derechos del feto. Señala, con razón, Cecilia Medina, expresidenta de la Corte Interamericana, que, si esto hubiera sido así, es decir si hubiera sido considerado “persona”, no hubiera sido posible sostener la redacción del artículo 4(1). La Corte Interamericana en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* ha convalidado esta postura.

Por otra parte, esta norma protege claramente a la mujer y es respecto a ella que le impone obligaciones al Estado no solo en este texto, sino también en otros instrumentos como el artículo 15(3) del Protocolo de San Salvador relativo a la protección es-

---

<sup>40</sup> CEDAW/C/GC/35 (2017), párr. 29(c)(i), CEDAW/C/GC/24 (1999), párr. 31(c).

<sup>41</sup> CEDAW/C/GC/35 (2017), párr. 18.

## MÓNICA PINTO

---

pecial a la madre antes y después del parto y el artículo VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en el mismo sentido. Así las cosas, los terceros no están legitimados para reclamar respecto de las acciones de la mujer embarazada, se trata de su embarazo y de su cuerpo. En rigor, el Comité CEDAW considera que es un estereotipo que la protección del feto deba prevalecer sobre la salud de la madre.<sup>42</sup> Una situación distinta es la del feto que verosímilmente sobreviviría al ser sacado del vientre materno, de allí los límites temporales vigentes en la mayoría de las legislaciones que habilitan el aborto.

Más allá de lo que pueda enunciar la letra de la ley sobre la protección del derecho a la vida desde la concepción, varias precisiones deben sumarse a lo anterior, y consisten en señalar que la protección del derecho a la vida es incremental y gradual, como lo ha sostenido la Corte Interamericana en el caso mencionado.

Legislar sobre aborto en Argentina en 2018 no supone legitimación para ahondar en argumentos religiosos o en convicciones, ambos pertenecen a la zona de reserva que el artículo 19 de la Constitución Nacional sustrae al conocimiento de los magistrados y, por ende, de los legisladores. Todos tomamos decisiones a la luz de nuestras creencias o convicciones.

Legislar sobre aborto en Argentina en 2018 supone generar política pública igualitaria, sustraer del campo de la discriminación a las muchachas jóvenes y pobres que son aquellas que han protagonizado la jurisprudencia más o menos progresista de nuestros tribunales. Son las únicas protagonistas de esas decisiones. Las mujeres de clase media y alta resuelven este tema tan clandestinamente como ellas, pero con más seguridades para su cuerpo y su salud.

Tener un hijo es algo maravilloso cuando lo buscamos y lo queremos, cuando lo engendramos con quien amamos. Cuando esto no es así, llevar a término un embarazo tiene consecuencias muy duras para la mujer, de hecho, se lo considera trato cruel, inhumano o degradante.<sup>43</sup> La decisión de abortar es personal. Se

---

<sup>42</sup> CEDAW/C/50/D/22/2009, párr. 8.15.

<sup>43</sup> CCPR/C/85/D/1153/2003 párr. 6.3, CCPR/C/101/D/1608/2007 párr. 9.2.

## La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los desafíos...

---

trata de una decisión lo suficientemente importante como para no tener que considerar, además, que se está cometiendo delito.

En la era que se inicia el 10 de diciembre de 1983 en Argentina, el régimen democrático es un régimen de derechos. Y ello, inevitablemente plantea la cuestión de la igualdad. Una igualdad establecida por la ley —la Constitución y las normas de derechos humanos— y que se asume como el punto de partida de la titularidad de derechos humanos.

Respetar los derechos de las mujeres en la vida real torna más igualitaria y más plena a la democracia. Ejercer imperialismo moral imponiendo estándares de conducta que solo cada uno tiene el derecho de definir es violar los derechos humanos de las mujeres.

### A MODO DE CONCLUSIÓN

Estos apuntes sobre las contribuciones del SIDH y en especial de la Corte Interamericana respecto de los derechos humanos de las mujeres y en especial sus derechos sexuales y reproductivos conducen a señalar la importancia de los derechos humanos como criterio de interpretación del derecho y de las relaciones entre las personas y entre ellas y el poder público.

El criterio hermenéutico es aquí fundamental. Con enfoque de derechos humanos se superan las relaciones de subordinación históricamente presentes en el mundo de las mujeres.

Las mujeres somos sujetos plenos de derechos humanos y, como tales tenemos que tener la posibilidad de decidir. A esto, que no es poco, ha hecho su contribución el SIDH y la Corte Interamericana con sus sentencias. El camino sigue.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Al momento de presentar este trabajo la Cámara de Diputados había aprobado el proyecto de despenalización del aborto. Lamentablemente, el 8 de agosto de 2018 el Senado no lo aprobó, solo con fundamento en las convicciones personales de varios de sus miembros. Este desconocimiento de los derechos de las mujeres fue una fuerte señal de que el camino sigue.