

## CARACTERIZACIÓN DE LOS PROCESOS JUDICIALES EN AMÉRICA LATINA SOBRE *ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA*

### Presentación

Martín Hevia \*

**- Borrador: no reproducir ni citar sin permiso del autor -**

El objetivo de mi presentación es hacer referencia a los problemas jurídicos que, según creo, son los problemas fundamentales en torno a la anticoncepción de emergencia en América del Sur. A pesar de que, obviamente, cada jurisdicción tiene sus propias reglas de derecho civil y de derecho penal, los problemas jurídicos se repiten. No me voy a pronunciar acerca de cuál es la mejor estrategia para enfrentar los argumentos jurídicos que defienden quienes se oponen a la anticoncepción oral de emergencia (en adelante, AOE) – por ejemplo, ¿cómo hacer para argumentar ante tribunales que tienen un sesgo que los hace adoptar una visión religiosa del problema? ¿cómo se soluciona el problema de que algunos jueces no estén preparados para hacer uso de los tratados de derechos humanos incorporados a los sistemas jurídicos? -; en cambio, voy a hacer referencia a la jurisprudencia de las jurisdicciones en cuestión para identificar cuáles son tales argumentos y voy a ofrecer razones en contra de tales argumentos.

El argumento jurídico fundamental de quienes se oponen a la anticoncepción de emergencia es *la protección de la vida desde la concepción*. Según esta posición, cualquier interferencia con el óvulo fertilizado torna a la píldora en “abortiva”. Este argumento descansa en la identificación de “concepción” con “fertilización del óvulo”.

La legislación – y, en algunos casos, el texto constitucional expresamente<sup>1</sup> – de los países en que se ha objetado la AOE establece que la existencia de las personas comienza con al concepción. Lo habitual es invocar el artículo 4.1 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* (en adelante, Convención ADH) que establece que:

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

La invocación del derecho a la vida del no nacido es lo que lleva a los tribunales a decidir a favor de la protección absoluta de la vida del no nacido. En esta visión, el derecho a la vida es el más importante y es el que tiene más peso que cualquier otro en un balance de derechos que eventualmente sería necesario realizar. En el caso de la AOE, incluso si las mujeres tuviesen derecho a decidir acerca de sus planes de vida – que

---

\* Profesor Asistente, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella. Presentación preparada para el Taller “*Fortaleciendo las capacidades para la defensa legal de la Anticoncepción de Emergencia en Centro América*” organizado por el Consorcio Latinoamericano de Anticoncepción de Emergencia (CLAE).

<sup>1</sup> Ver, *por ejemplo*, el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile: “La Constitución asegura a todas las personas: 1º el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer.”; Artículo 2 de la Constitución Política del Perú: “Toda persona tiene derecho a la vida...El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”; Artículo 11 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991: “El derecho a la vida es inviolable.”

incluyen la decisión de tener hijos o de no hacerlo -, dicho derecho debería ceder ante el derecho a la vida del no nacido.

Desde esta perspectiva, en verdad, ni siquiera es necesario considerar otros derechos pues, cuando la vida – valor supremo - está en juego, el resto se torna irrelevante.

A la referencia a la Convención ADH, se agrega la referencia al artículo 6.1 de la *Convención de los Derechos de la Niñez*, que establece que “los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida”. Entonces, dado que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y que la vida está protegida desde la concepción, “todo ser humano es considerado niño a partir de la concepción y tiene derecho intrínseco a la vida”.

Por ejemplo, en Argentina, en la decisión “Portal de Belén” de 2002<sup>2</sup>, al igual que la Suprema Corte de Chile en el caso “Postinal” de 2001<sup>3</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina hizo uso del Art. 4.1 de la Convención para darle prevalencia absoluta al derecho a la vida sobre toda otra consideración. También hizo uso del Art. 6.1 de la Convención sobre los Derechos de la Niñez que mencioné anteriormente.

Como es habitual en estas sentencias, la Corte Suprema argentina no tuvo en cuenta el hecho de que la Convención establece que la vida se protege “en general” – según veremos más adelante, no es un detalle menor -.

El mismo tipo de razonamiento se repite en un fallo reciente de agosto de 2008 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba<sup>4</sup> – este fallo fue apelado y se está considerando la *admisión formal* del recurso -.

Un razonamiento muy similar es el que adoptó la Corte Constitucional chilena en su fallo reciente de 2008. La Corte sostuvo que el derecho a la vida debe prevalecer sobre cualquier otro derecho. Sin embargo, la Corte no le dio importancia a los derechos que podrían haber sido considerados en el balance de derechos – en particular, el derecho de la mujer a la autonomía reproductiva -.<sup>5</sup>

Hasta aquí, una descripción breve de los principales argumentos esgrimidos en contra del uso y de la distribución de la AOE. A continuación, voy a responder a los argumentos que mencioné. Veamos.

## 1. ¿Es abortiva la píldora?

---

<sup>2</sup> "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo," CSJN, 5 de marzo de 2002.

<sup>3</sup> Recurso de Protección, rol C.S. 2186-2001, “*Sara Philippi Izquierdo y otros con Laboratorio Chile S.A. y otros*,” 30 agosto 2001 (Corte Suprema de Chile).

<sup>4</sup> “Mujeres por la Vida Asoc. Civil Sin Fines de Lucro c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba – Amparo – Recurso de Apelación” Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera Nominación, 7/8/2008.

<sup>5</sup> Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia del 18/4/2008

La respuesta al argumento de que la píldora es abortiva es conocida para ustedes. La decisión de la “Sala de lo Contencioso Administrativo” del Consejo de Estado en Colombia responde muy claramente a este argumento.<sup>6</sup> Como algunos de ustedes deben saber, el Consejo de Estado es la máxima autoridad de la jurisdicción contencioso-administrativa. En esa jurisdicción se deciden las controversias originadas en la actividad de la Administración Pública y en relación a las personas que trabajan en la Administración. Las decisiones del Consejo tienen efecto *erga omnes* – es decir, tienen validez no solo para las partes del conflicto sino para la ciudadanía en general - y hacen cosa juzgada.

Tomo como ejemplo esta decisión, pero podría hacer referencia a otras tales como la del Tribunal Constitucional peruano de 2006.<sup>7</sup> En ese caso, el tribunal sostuvo que la anticoncepción oral de emergencia sólo tiene efectos anticonceptivos – es decir, no tiene efectos abortivos -. El tribunal también ordenó al Ministerio de Salud a distribuir gratuitamente anticoncepción de emergencia en todos los establecimientos del sistema de salud público.

Entre otras respuestas, la decisión del Consejo de Estado cita un informe del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses – que, en el caso, había sido requerido por el Actor -. Las preguntas formuladas eran si el Postinor 2:

- a) Actúa después de la unión del espermatozoide y el óvulo.
- b) Impide que se anide o implante el embrión humano en el útero materno.
- c) Daña o da muerte al embrión humano.

Según indica la decisión, la respuesta textual de dicho organismo es la siguiente:

...el medicamento POSTINOR se utiliza médicamente como anticonceptivo de emergencia en dosis de 2 tabletas diaria.

Se trata de un compuesto hormonal sintético (Levonorgestrel 0.75 Mg.), que tiene varios niveles de acción. Primero disminuye la filancia del moco vaginal y cervical lo cual dificulta el ascenso del espermatozoide hasta el tercio medio de la trompa de Falopio sitio donde se lleva a cabo la fecundación. Segundo disminuye la contractilidad dentro de esta, dificultando su encuentro. Por último el levonorgestrel cambia la superficie del endometrio haciéndolo hostil para la implantación. El levonorgestrel no causa ningún daño directo al embrión humano. Valga decir que en estudios realizados en mujeres que han utilizado este método, pruebas de embarazo de alta sensibilidad son reportadas negativas lo que indica que no se ha producido el embarazo, luego no ha habido aborto.” (Folio 200 del expediente)<sup>8</sup>

La misma decisión hace referencia al catálogo de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), que tiene catalogado al levonorgestrel como “anticonceptivo de

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Ref.: Expediente núm. 200200251 01, Actor: Carlos Humberto Gómez Arambula, 5/6/2008.

<sup>7</sup> Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia N° 7435 – 2006 – PC/TC.

<sup>8</sup> Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Ref.: Expediente núm. 200200251 01, Actor: Carlos Humberto Gómez Arambula, 5/6/2008, punto 2.2.2.1.

emergencia”. Es más, siguiendo con la cita de la página web de la OMS, es muy clara en que las píldoras anticonceptivas de emergencia:

- a. no provocan aborto
- b. si se produce el embarazo, no causan defectos de nacimiento.
- c. No son peligrosas para la salud de la mujer.
- d. No provocan infertilidad.<sup>9</sup>

Por supuesto, podría extenderme respecto de qué dice el estado actual de la investigación médica acerca de los efectos de la “píldora anticonceptiva”. Dado que la mayoría de ustedes son expertas y expertos en este tema, no creo que sea necesario extenderme en esta cuestión. Desde el punto de vista jurídico, lo que nos importa es que:

**no es cierto que la píldora sea abortiva – y, entonces, contra lo que dicen quienes se oponen al uso y distribución libre de la AOE, no es cierto que, al ingerir la píldora, la mujer esté violando el derecho a la vida de persona alguna: si, para el derecho, la existencia de las personas comienza desde la concepción, la píldora, precisamente, la evita y, por lo tanto, no tiene efectos sobre “persona” alguna -.**

**El primer argumento es contundente.** Si lo que está en discusión es el respeto al derecho a la vida, entonces la discusión debería terminar allí pues no habría violación de derechos. También es importante la referencia de la decisión del Consejo de Estado a la posible protección de la vida “en abstracto”. Tal como dice la decisión,

De esa forma, no emerge circunstancia que comporte violación de las normas jurídicas invocadas por el actor, en cuanto garantizan y protegen el derecho a la vida de todas las personas y del que está por nacer, puesto que las mismas protegen la vida en tanto está radicada como derecho humano y fundamental en sujetos naturales de derecho, y no la vida en abstracto, pues los derechos no existen en esa forma sino referidos a sujetos; por ello se identifican como derechos de (la persona humana, la mujer, del niño, etc.). De lo contrario, ese derecho a la vida habría que considerarlo amenazado o vulnerado aún bajo la forma de los elementos que confluyen a la reproducción humana, como son los solos gametos masculino y femenino, antes de su unión o fusión, ya que en sí mismos son portadores de vida, siendo que para ese momento el derecho no reconoce sujeto de derecho alguno. Incluso, en caso de que el óvulo llegue a ser fecundado y no implantado, podría constituir un problema con interés en los planos religiosos, éticos o morales, pero en esos ámbitos el problema escapa a la competencia de esta jurisdicción al no tener aún relevancia en el derecho supranacional ni en el derecho interno colombiano.<sup>10</sup>

**2. Respecto de la protección de la vida,** es necesario rebatir el argumento de que el reconocimiento de la protección de la vida en la Convención Americana implica que los Estados deban prohibir el aborto. En realidad, este argumento es subsidiario porque *basta con mostrar que la AOE no es abortiva para concluir que ésta no es violatoria del derecho a la vida.*

---

<sup>9</sup> *Idem.*, punto 2.2.2.2.

<sup>10</sup> *Idem.*, punto 2.2.3.

De todos modos, es importante abordar este argumento porque las sentencias de AOE están basadas en la protección del derecho a la vida. Al respecto, hay varios puntos jurídicos que es necesario mencionar. Estos argumentos son bien conocidos por la comunidad jurídica en América Latina; de todos modos, los menciono porque los tribunales muchas veces los ignoran.

#### A.

En primer lugar, es claro que el artículo 4.1 de la Convención Americana no obliga a los países signatarios de esa convención a reprimir en todos los supuestos el aborto. Al momento de la redacción de la Convención, los países signatarios de la Convención regulaban el aborto de diversas formas. Algunos de ellos – Argentina, por ejemplo – tenían y siguen teniendo legislación que, expresamente, permite el aborto en algunos casos.<sup>11</sup> Según tanto la jurisprudencia como la doctrina, los redactores de la Convención no quisieron interferir con la legislación interna de los Estados sobre aborto.<sup>12</sup> Así, en 1981 el caso *Baby Boy vs. Estados Unidos*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) analizó los trabajos preparatorios tanto de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre como de la Convención Americana y llegó a la conclusión de que la inclusión de la frase “en general” en el artículo 4.1 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* – que mencioné al comienzo de esta

<sup>11</sup> Ver el artículo 86.1 y 86.2 del Código Penal argentino:

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1.º si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2.º si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Ver, también, por ejemplo, el artículo 328 del Código Penal de Uruguay:

**328.** (*Causas atenuantes y eximentes*)

1.º Si el delito se cometiere para salvar el propio honor, el de la esposa o un pariente próximo, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, pudiendo el Juez, en el caso de aborto consentido, y atendidas las circunstancias del hecho, eximir totalmente de castigo. El móvil de honor no ampara al miembro de la familia que fuera autor del embarazo.

2.º Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, para eliminar el fruto de la violación, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, y si se efectuare con su consentimiento será eximido de castigo.

3.º Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, por causas graves de salud, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, y si se efectuare con su consentimiento o para salvar su vida, será eximido de pena.

4.º En el caso de que el aborto se comitiere sin el consentimiento de la mujer por razones de angustia económica el Juez podrá disminuir la pena de un tercio a la mitad y si se efectuare con su consentimiento podrá llegar hasta la exención de la pena.

5.º Tanto la atenuación como la exención de pena a que se refieren los incisos anteriores regirá sólo en los casos en que el aborto fuese realizado por un médico dentro de los tres primeros meses de la concepción. El plazo de tres meses no rige para el caso previsto en el inciso 3.º

<sup>12</sup> Para este punto, Ver Hernán Gullco, “¿Prohíbe la Convención Americana el Aborto en Forma Absoluta? A Propósito del Caso “R., L.M., ‘NN Persona por Nacer. Protección. Denuncia” Lexis Nexis Buenos Aires n° 11/Noviembre 2006. Ver, también, para una interpretación en el mismo sentido, a Cecilia Medina Quiroga, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003, páginas 69/73. Actualmente, la doctora Medina Quiroga es magistrada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ver, también, Analía Banfi Vique, Oscar A. Cabrera, Fanny Gómez Lugo y Martín Hevia, “El Ejecutivo Uruguayo y la Despenalización del Aborto – reconstruyendo el Veto” (inédito – por publicarse en 2009).

presentación - no fue casual sino deliberada.<sup>13</sup> La CIDH determinó que la intención de los redactores de dichos instrumentos internacionales era excluir una interpretación de que se protegía el derecho a la vida desde la concepción, lo que hubiese implicado que el aborto no contrariaba el derecho a la vida.

En la doctrina también se refleja esta visión. Por ejemplo, Cecilia Medina Quiroga, actual Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo que

[...] se desprende de la historia del tratado que la expresión “en general”, fue agregada al texto original con el preciso fin de conciliar la posibilidad de que las legislaciones nacionales permitieran el aborto, y que la propuesta de suprimirla no fue aceptada, por lo que, de basarse en la interpretación de una disposición no clara en los trabajos preparatorios, habría que concluir que el párrafo 1 del artículo 4 no impide la facultad de los Estados de permitir el aborto en las circunstancias que ellos determinen<sup>14</sup>.

Medina Quiroga concluye que, de acuerdo con la interpretación del texto de la Convención Americana así como de su historia, sostener que dicho tratado obliga al Estado a penalizar todo aborto es un “error profundo”<sup>15</sup>.

## B.

Otro argumento proviene, de nuevo, de la jurisprudencia colombiana reciente. Según vimos, según la Convención, la vida está protegida en general. Ahora, no es obvio cuál es la mejor manera de proteger la vida. Según la Corte Constitucional colombiana en la decisión sobre la legalidad del aborto de 2006<sup>16</sup>:

El deber de protección de la vida en cabeza de las autoridades públicas se erige entonces como la contrapartida necesaria del carácter de la vida como bien constitucionalmente protegido, y como tal ha dado lugar a la creación de múltiples líneas jurisprudenciales por parte de esta Corporación...

...Si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida,..., esto no significa que estén justificadas todas las que se dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales...

...la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez

<sup>13</sup> CIDH, Informe de Fondo, Resolución No. 23/81, Caso 2.141, Estados Unidos de América, 6 de marzo de 1981, disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>.

<sup>14</sup> Cecilia Medina Quiroga, “La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial”, publicación auspiciada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Centro de Derechos Humanos, diciembre de 2003, pág. 71.

<sup>15</sup> Cecilia Medina Quiroga, “La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial”, publicación auspiciada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el Centro de Derechos Humanos, diciembre de 2003, págs. 77-78.

<sup>16</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355/2006, 10 de mayo de 2006, Magistrados Ponentes: Dr. Jaime Araújo Rentarías y Dra. Clara Inés Vargas Hernández, disponible en: [www.corteconstitucional.gov.co/](http://www.corteconstitucional.gov.co/) (consultado el 31 de marzo de 2009).

tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no le otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta. De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluida la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, *respetando los derechos de las mujeres.*” – énfasis mío –

A modo de ejemplo, en el derecho argentino, la legislación argentina da un status diferente al feto y a la persona nacida. Así, por ejemplo, los derechos patrimoniales de los no nacidos son condicionales, es decir, dependen del nacimiento con vida.<sup>17</sup>

### 3.

Para terminar, es claro que podríamos decir mucho más acerca de los procesos judiciales en América Latina sobre la anticoncepción de emergencia. Aquí presenté brevemente algunos de los problemas más habituales. Otro problema habitual – y, quizá, el más grave de todos – es aquel al que hice referencia al comienzo de mi presentación, esto es, el hecho de que, al dictar sus sentencias, como regla, los tribunales ignoran los derechos de las mujeres: derecho a la igualdad, a la autonomía y a la privacidad. Dejo esta discusión para más adelante.

---

<sup>17</sup> Ver Artículo 70 del Código Civil argentino.

Alguien podría decir que también deberían computarse posibles efectos que, en caso de que no tuviera los efectos deseados por quien la ingiere, la píldora podría tener en la hija o el hijo de la mujer. Por ejemplo, podrían invocarse la Convención de los Derechos de la Niñez o el deber general de no dañar a terceros – presente expresa o implícitamente en la legislación civil – como justificación de la responsabilidad de la mujer por los daños que padecería el feto o la persona nacida.

Sin embargo, este argumento tampoco debería proceder: tal como indica la OMS, si la AOE no tiene efecto porque en el caso concreto no logra evitar el embarazo o si la mujer la toma cuando ya estaba embarazada, la AOE no dañan al feto ni provocan defectos de nacimiento.

Si esto es así, entonces, tampoco parece que, en contra del uso y distribución libre de la AOE, pudiesen invocarse los derechos o intereses del feto o de la persona que ya nació.