



DERECHOS HUMANOS Y MUJERES: TEORÍA Y PRÁCTICA

Nicole Lacrampette P. (Editora)
Claudio Nash R. (Estudio introductorio)

Mónica Arango O.
Mariano Fernández V.
Lorena Fries M.
Catalina Lagos T.
Patricia Palacios Z.
Óscar Parra V.
Claudia Sarmiento R.
Yanira Zúñiga A.

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Mónica Arango Olaya*

Los derechos reproductivos son derechos humanos que esencialmente se fundamentan en los principios de igualdad, autodeterminación y dignidad humana. Comprenden el derecho de los individuos a decidir de forma libre el número y espaciamento entre los hijos, así como a tener la información y medios para ejercer esta autonomía. Ello implica el derecho a acceder a servicios de salud reproductiva sin discriminación e incluye, entre otros, el derecho a la atención obstétrica, el derecho al aborto, el derecho a acceder a la anticoncepción, el derecho a acceder a información sobre salud sexual y reproductiva y el derecho a estar libre de interferencias indebidas en la salud sexual y reproductiva —como son, por ejemplo, la mutilación genital femenina y las esterilizaciones forzadas o sin consentimiento—. La Organización Panamericana de la Salud ha establecido que la salud reproductiva implica la plena capacidad de reproducirse y la libertad de decidir si, cuándo y cuán a menudo hacerlo.¹

Los derechos sexuales, por otra parte, han sido definidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en los siguientes términos:

“Los derechos sexuales abarcan derechos humanos reconocidos por leyes nacionales, documentos internacionales de derechos humanos y otros acuerdos de consenso, que son parte integral e indivisible de los derechos humanos universales. Incluyen el derecho de todas las personas, libres de coerción, discriminación y violencia, a: (1) el mayor estándar posible de salud, en relación con la sexualidad, incluyendo el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; (2) buscar, recibir e impartir información en relación a la sexualidad; (3) educación sexual; (4) respeto por la integridad corporal; (5) elección de pareja; (6) decidir ser o no ser sexualmente activo; (7) relaciones sexuales consensuadas; (8) matrimonio consensuado; (9) decidir tener o no tener, y cuándo tener hijos; y (10) ejercer una vida sexual satisfactoria, segura y placentera. El ejercicio responsable de los derechos humanos requiere que todas las personas respeten el derecho de los otros”².

En este trabajo se hará el énfasis en el análisis de los derechos reproductivos, en atención a que estos tienen un impacto diferenciado sobre las mujeres. Sin perjuicio de ello, no debe perderse de vista que ambas categorías de derechos (los sexuales y los reproductivos) se encuentran íntimamente relacionadas, de manera que el examen de unos generalmente implicará la referencia a los otros.

El ámbito de protección que proporcionan los derechos reproductivos y las obligaciones que de ellos se derivan para los Estados han sido desarrolladas principalmente por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el derecho constitucional, los que han dotado de contenido específico sus protecciones y delineado, en algunos casos, su exigibilidad como derechos fundamentales. En este sentido, uno de los argumentos que se han utilizado para sostener

* La investigación preliminar de este artículo contó con la colaboración de Natalia Acevedo, Shoshana Smolen y Diana Vivas.

1 ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (2007, p. 151).

2 Citado en: MILLER (2010, pp. 9-10)

la exigibilidad de los derechos sexuales y reproductivos consiste en afirmar que la progresividad en la interpretación de los derechos humanos permite ampliarlos hacia el ejercicio de la sexualidad y la reproducción.

En este trabajo se plantean varias preguntas transversales para acercarse al entendimiento de los derechos reproductivos. Estas preguntas tratarán de ser respondidas mediante la presentación y análisis de los antecedentes más relevantes emanados del DIDH y el derecho constitucional en América Latina en los últimos años.

Las preguntas que se pretende abordar son: ¿Qué son los derechos reproductivos y cuál es su contenido? ¿Son los derechos reproductivos derechos humanos y/o derechos fundamentales? ¿Cuál ha sido la evolución de los derechos reproductivos en el DIDH y particularmente en el derecho constitucional en América Latina? ¿Qué tipo de protecciones se desprenden de los derechos reproductivos? ¿Qué obligaciones surgen para los Estados respecto de los derechos reproductivos? ¿Existe en el DIDH la obligación estatal de reconocer, proteger y garantizar los derechos reproductivos?

Este artículo está dividido en cinco partes. Primero, se hace una breve introducción sobre el concepto de salud reproductiva en el derecho internacional. Segundo, se presenta la evolución general de los derechos reproductivos en el DIDH. Tercero, se presentan las decisiones internacionales sobre derechos reproductivos más relevantes para América Latina, tanto en el sistema universal como en el sistema Interamericano de Derechos Humanos. Cuarto, se presentan las decisiones más relevantes en los últimos años sobre derechos reproductivos en cortes constitucionales en América Latina para determinar de qué derechos parten sus protecciones. Finalmente, se ofrecen unas breves consideraciones sobre los precedentes presentados para el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en la región.

1. LA SALUD REPRODUCTIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La primera referencia a los derechos reproductivos en el ámbito internacional proviene de la *Proclamación de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán* (1968), en la que se estableció que “los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos”³. Con esta declaración no se establece un derecho de carácter universal, sino solo un primer acercamiento a la titularidad y protección de este. Posteriormente, en 1994, por primera vez aparece el concepto de salud reproductiva en un instrumento de derecho internacional, el Programa de Acción de la *Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo* (CIPD) celebrada en El Cairo:

“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 satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué 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

3 Proclamación de Teherán (adoptada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968), párr. 16.

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”⁴.

El referido Programa de Acción de la Conferencia proporciona también un concepto de derechos reproductivos:

“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 estos 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”⁵.

Esta conceptualización de los derechos reproductivos fue reiterada en la *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas*, celebrada en Beijing en 1995⁶, así como en las subsiguientes revisiones de ambas Conferencias.⁷ La *Plataforma de Acción de Beijing* es particularmente relevante porque agrega a la definición el derecho de las mujeres a tener control sobre su sexualidad y reproducción:

“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 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”⁸.

Como expresan Cook, Dickens y Fatallah, “los compromisos de El Cairo y Beijing deben ser vistos como un proceso dinámico y permanente de adopción e implementación de leyes que permita que los compromisos no vinculantes sean política, social y legalmente vinculantes”⁹.

A partir de estos compromisos internacionales respecto de la salud reproductiva, las protecciones que se derivan de los derechos reproductivos han ido siendo desarrolladas principalmente por los Comités de Monitoreo de Tratados del Sistema de Naciones Unidas¹⁰, y

4 Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, párr. 7.2. En: NACIONES UNIDAS (1995).

5 *Ibid.*, párr. 7.3.

6 Ver: NACIONES UNIDAS (1996)

7 ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (1999 y 2000, Anexo: Nuevas medidas e iniciativas para la aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing).

8 Plataforma de Acción de Beijing, párr. 96. En: NACIONES UNIDAS (1996).

9 COOK, DICKENS y FATHALLA (2003).

10 “El sistema de la ONU para la vigilancia de los tratados fue creado para garantizar que los Estados cumplan con las obligaciones que se derivan de los tratados de los que son parte. Cada uno de los seis principales tratados internacionales sobre derechos humanos establece la formación de un comité cuyo mandato principal es vigilar los avances de los Estados en la implementación del tratado. La vigilancia se logra esencialmente a través de un proceso de “presentación de informe del país”, que exige que los Estados den cuenta de manera periódica sobre sus esfuerzos por respetar, proteger y garantizar los derechos humanos consagrados en cada uno de los tratados” (CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS 2010b, p. 2).

más recientemente por los reportes de los relatores temáticos del mismo. En los últimos 20 años, las Recomendaciones Generales y Observaciones Finales de los Comités, junto a los reportes de las relatorías, han ido estableciendo parámetros para la determinación de las obligaciones internacionales que surgen de los derechos reproductivos. Para ello, han partido de la base de las protecciones que se derivan de la relación entre los derechos civiles y políticos, por una parte, y los derechos sociales, económicos y culturales, por otra.¹¹

Estos diferentes pronunciamientos, en estricto sentido, no son vinculantes como lo son las obligaciones convencionales. No obstante, constituyen criterios de interpretación del contenido y alcance de los ámbitos de protección establecidos por los diferentes tratados, formulados por sus intérpretes oficiales.

2. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Los derechos sexuales y reproductivos comprenden derechos de los que son titulares hombres y mujeres. El desarrollo de los derechos reproductivos se ha dado principalmente desde el ejercicio de estos por parte de las mujeres y sobre aquellos derechos reproductivos de los que solo ellas son titulares. Lo anterior es lógico, ya que el punto de partida de los derechos reproductivos se relaciona íntimamente con la autodeterminación reproductiva, y dado que los costos de la maternidad recaen principalmente sobre la mujer, es ella quien muchas veces será exclusivamente afectada por la falta de garantía de los mismos. Así, su desarrollo se ha enmarcado principalmente dentro del derecho a la salud de las mujeres, y particularmente, en relación con el acceso a servicios de salud reproductiva que solo ellas requieren, como el aborto, el acceso a servicios obstétricos de salud y a la anticoncepción de emergencia.

Es indudable que el avance en el reconocimiento de los derechos reproductivos ha sido impulsado en gran medida por movimientos sociales que han intentado mostrar cómo la discriminación histórica de las mujeres, trasladada al campo del acceso a servicios de salud integrales, de calidad y asequibles y a la protección de sus derechos fundamentales, está en la base de la criminalización de conductas referidas a su sexualidad y autodeterminación reproductiva, y que ello configura prácticas vulneradoras de derechos humanos. Como sostienen Cook, Dickens y Fathalla, “el control de la sexualidad y reproducción de las mujeres tiene una historia que se remonta a la antigüedad. A lo largo de los siglos, los gobiernos han utilizado el derecho penal como el instrumento principal para expresar y controlar la moralidad, especialmente a través de la prohibición del control de la natalidad y del aborto o penalizando y estigmatizando ciertas formas de conducta sexual. Gradualmente, sin embargo, con la generalización de los gobiernos democráticos, se ha adquirido conciencia sobre los efectos dañinos sobre la salud y el bienestar de los individuos causados por el control punitivo de la sexualidad y la reproducción. Esto ha fomentado propuestas de leyes y políticas diseñadas para promover los intereses de los individuos a su salud y bienestar.

11 “Los tratados de derechos humanos, diseñados para darle fuerza jurídica a la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluyen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto Político), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Pacto Económico), y tratados regionales como la Convención Europea de Derechos (Convención Europea), la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención Americana) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana). Adicionalmente, varios tratados internacionales están dirigidos a aliviar las injusticias que sufren los individuos sobre la base de una característica innata. Estos tratados incluyen la Convención Internacional sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (Convención Racial) y la Convención sobre los derechos del Niño (Convención de los Niños). Sin embargo, más directamente pertinente es la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Convención de la Mujer) que plantea explícitamente los derechos humanos relacionados con los servicios de planificación familiar, atención y nutrición durante el embarazo, información y, por ejemplo, educación para decidir el número y el espaciamiento de los hijos” (COOK, DICKENS y FATHALLA 2003, p. 147).

Un enfoque más reciente cuestiona las leyes patriarcales y defiende el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva como asunto de derechos humanos y de justicia social¹².

En el marco del sistema universal de derechos humanos existen tres acercamientos principales que dan cuenta de la evolución de los derechos reproductivos, y que se han tornado en los ejes de su reconocimiento. Estos son: (i) el reconocimiento en la Convención sobre la Eliminación en Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) de los derechos reproductivos, junto con la calificación de la denegación de servicios de salud reproductiva como discriminación y como un problema de igualdad sustantiva, que requiere el cumplimiento de obligaciones positivas por parte de los Estados; (ii) En el marco de la interpretación y aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el establecimiento de que la obligación de garantía del derecho a la salud sin discriminación es de exigibilidad inmediata a los Estados y les importa obligaciones positivas que involucran deberes prestacionales; y (iii) la conceptualización de la denegación de algunos servicios de salud sexual y reproductiva como un trato cruel, inhumano o degradante, en los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT). A continuación se exponen los elementos centrales de cada uno de estos acercamientos.

2.1. La CEDAW y el Comité CEDAW

La convención internacional de derechos humanos que hace referencia explícita al derecho de las mujeres a acceder a servicios de salud sin discriminación y, por lo tanto, a los derechos reproductivos y las protecciones que se derivan de estos, es la CEDAW. En esta Convención se establecen obligaciones específicas para los Estados respecto de los derechos reproductivos, a saber:

- Asegurar el acceso a información específica “que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”¹³;
- Adoptar medidas 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”¹⁴;
- Garantizar para las mujeres “servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y [...] nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”¹⁵;
- Adoptar todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra las mujeres en zonas rurales, y particularmente asegurar que estas tengan “acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia”¹⁶;
- Asegurar 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”¹⁷; y

12 Ibid., p. 148.

13 CEDAW, Artículo 10(h).

14 CEDAW, Artículo 12.1.

15 CEDAW, Artículo 12.2.

16 CEDAW, Artículo 14.2 (b).

17 CEDAW, Artículo 16.1.

- Adoptar todas las medidas apropiadas para “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”¹⁸.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (Comité CEDAW) ha desarrollado los alcances de dichas obligaciones principalmente en su Recomendación General N° 24, referida a la mujer y la salud. En ella, el Comité afirma que el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico previsto en la CEDAW y específicamente en el artículo 12:

“1. 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.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, 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.”

En relación con las obligaciones que se derivan para los Estados del artículo 12.1, la Recomendación General N° 24 establece que el respeto de los derechos allí consagrados “exige que los Estados Partes se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud”¹⁹. La obligación de proteger, por su parte, exige que los Estados “adopten medidas para impedir la violación de esos derechos por parte de los particulares y organizaciones e imponga sanciones a quienes cometan esas violaciones”²⁰, mientras que la garantía del ejercicio de tales derechos supone la obligación estatal de “adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, judicial, administrativo, presupuestario, económico y de otra índole en el mayor grado que lo permitan los recursos disponibles para que la mujer pueda disfrutar de sus derechos a la atención médica”²¹. En particular, la adopción de medidas comprende aquellas tendientes a “la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual y genésica”²². Los Estados deberán asegurar el cumplimiento de estas tres obligaciones mediante su legislación, políticas públicas y sistema judicial, estableciendo para ello un sistema que garantice la eficacia de las medidas judiciales.²³

En relación con el acceso de las mujeres a la atención médica en condiciones de igualdad respecto de los hombres, la referida Recomendación puntualiza que “[l]as medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los

18 CEDAW, Artículo 5(a).

19 Comité CEDAW. Recomendación General N° 24: “Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud”, párr. 14.

20 *Ibíd.*, párr. 15.

21 *Ibíd.*, párr. 17.

22 *Ibíd.*, párr. 31(b).

23 *Ibíd.*, párr. 13.

encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que presten esos servicios”²⁴.

Siguiendo estos criterios, las observaciones finales a los informes emitidas por el Comité CEDAW han sido particularmente consistentes en enmarcar la denegación de acceso a servicios de salud reproductiva como una violación al derecho a la no discriminación. Han evidenciado, a su vez, importantes conexiones entre la mortalidad materna y la falta de acceso a servicios de aborto en casos en que la vida o la salud de la mujer se encuentran en peligro, a la anticoncepción e incluso a la educación sexual²⁵. Consecuentemente, el Comité ha enfatizado que la criminalización absoluta del aborto vulnera el derecho a la salud y a la vida de las mujeres²⁶ y que la denegación de acceso a la anticoncepción y, en general, a servicios de planificación familiar constituye una violación al derecho a la salud y a la prohibición de discriminación. A su vez, ha realizado una conexión entre dicha denegación, la alta tasa de abortos inseguros e ilegales y la mortalidad materna. También ha identificado diferentes barreras en el acceso a los servicios referidos, como el costo, la falta de cobertura por el seguro médico, obstáculos legales, coerción y la discriminación por el estado civil.²⁷

El Comité también se ha pronunciado sobre la discriminación en el acceso a servicios de salud para las personas VIH positivas con una perspectiva de género, ha desarrollado la prevención de la mortalidad materna como un asunto de derechos humanos, se ha pronunciado extensamente sobre la violencia contra la mujer y particularmente sobre la violencia sexual en diferentes contextos, como el doméstico, las situaciones de conflicto y los servicios de salud reproductiva.²⁸ También ha abordado los derechos involucrados en el matrimonio²⁹, la mutilación genital femenina y otras prácticas nocivas que infligen dolor o sufrimiento y se basan en patrones culturales que suponen la inferioridad de la mujer, enmarcándolas como discriminatorias y vulneradoras del derecho a la vida y a la integridad de las mujeres y niñas, entre otros.³⁰ Asimismo, las esterilizaciones forzadas de mujeres, particularmente de aquellas que hacen parte de minorías, han sido caracterizadas como una forma de violencia de género por la Relatora de Naciones Unidas para la violencia contra la Mujer³¹ y por el Comité CEDAW.

El Comité CEDAW ha sido estructural en la promoción del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. Su incesante atención al dirigirse a los Estados ha sido determinante en la evolución de las protecciones que se desprenden de estos derechos, particularmente en relación con la necesidad de abordar las políticas de salud nacionales con perspectiva de género y traducir estas protecciones al derecho nacional, así como a la obligación de erradicar los patrones socioculturales que perpetúan estereotipos de género negativos de las mujeres.

2.2. El PIDESC y el Comité DESC

El desarrollo del derecho a la salud sin discriminación para las mujeres por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC) también

24 *Ibíd.*, párr. 11.

25 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010a)

26 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010b)

27 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010d)

28 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010c).

29 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010e).

30 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010f).

31 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (1999, párrs. 51-53).

ha determinado el marco de obligaciones para los Estados respecto de los derechos sexuales y reproductivos. El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) establece que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Igualmente, el PIDESC establece como obligaciones para los Estados:

- Proteger los derechos económicos, sociales y culturales sin discriminación alguna por motivos de sexo o de otra índole³²;
- Proteger el derecho al disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales en iguales condiciones para hombres y mujeres³³;
- Adoptar las medidas necesarias para reducir la tasa de mortalidad y mortalidad infantil, así como para promover el sano desarrollo de los niños³⁴; y
- Reconocer el derecho de todos los individuos a disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones³⁵.

El Comité DESC ha determinado que el derecho a la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos, como la dignidad y la vida. A su vez, ha señalado que los servicios de salud deben cumplir con los criterios de accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad para asegurar el adecuado goce del derecho.³⁶

Respecto a la aplicabilidad del principio de igualdad como elemento del derecho a la salud, el Comité DESC ha establecido que la prohibición de discriminación en el acceso a los servicios de salud es una obligación de aplicación inmediata³⁷, por oposición a las obligaciones progresivas en virtud del carácter prestacional de las mismas.³⁸

32 PIDESC, Artículo 2.2.

33 PIDESC, Artículo 3.

34 PIDESC, Artículo 12(2a).

35 PIDESC, Artículo 15.

36 Comité DESC. Recomendación General N° 14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Artículo 12)”, párr. 12.

37 *Ibid.*, párr. 43: “En la Observación General N° 3, el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud. Considerada conjuntamente con instrumentos más recientes, como el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, la Declaración de Alma-Ata ofrece una orientación inequívoca en cuanto a las obligaciones básicas dimanantes del artículo 12. Por consiguiente, el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes: a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados”.

38 *Ibid.*, párr. 30: E/C.12/2000/4E/C.12/2000/4 “Si bien el Pacto establece la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud”.

El Comité DESC, en su Recomendación General N° 14, aborda las obligaciones estatales referidas a garantizar el acceso a la salud sin discriminación y determina que existen, por una parte, obligaciones negativas de respeto que implican la abstención del Estado de interferir en el goce del derecho, y por otra, obligaciones positivas que implican la adopción de medidas para garantizarlo. Sobre las obligaciones negativas precisa que los Estados, en cumplimiento de su deber de respetar el derecho a la salud, tienen la obligación legal específica de abstenerse de “denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, [...] a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado [...]. Además, las obligaciones de respetar incluyen la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos [...]. Asimismo, los Estados deben abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto [...]”³⁹. De acuerdo a lo anterior, la Recomendación General N° 14 establece que constituyen “violaciones de las obligaciones de respetar” todas las “acciones, políticas o leyes de los Estados que contravienen las normas establecidas en el artículo 12 del Pacto y que son susceptibles de producir lesiones corporales, una morbosidad innecesaria y una mortalidad evitable”⁴⁰.

Respecto de las obligaciones positivas que se desprenden de la obligación general de garantía del derecho a la salud de las mujeres, la Recomendación precisa que los Estados deben adoptar “políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva”⁴¹, a la vez que deben suprimir “todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva”⁴².

Por otra parte, la Recomendación General N° 16 del Comité, referida el derecho igualitario de hombres y mujeres al disfrute de todos los DESC, estableció respecto del deber de garantía del artículo 12 del PIDESC la obligación para los Estados de eliminar “los obstáculos jurídicos y de otro tipo que impiden que hombres y mujeres tengan igualdad de acceso a los servicios de salud pública. Se incluye aquí en particular [...] la eliminación de las restricciones legales en materia de salud reproductiva”⁴³.

39 Ibid., párr. 34.

40 Ibid., párr. 50: “Como ejemplos de ello cabe mencionar la denegación de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud a determinadas personas o grupos de personas como resultado de la discriminación *de iure* o *de facto*, la ocultación o tergiversación deliberadas de la información que reviste importancia fundamental para la protección de la salud o para el tratamiento; [...] o adopción de políticas que afectan desfavorablemente al disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud [...]”.

41 Ibid., párr. 21: E/C.12/2000/4E/C.1 “Para suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva. Un objetivo importante deberá consistir en la reducción de los riesgos que afectan a la salud de la mujer, en particular la reducción de las tasas de mortalidad materna y la protección de la mujer contra la violencia en el hogar. El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos”.

42 Ibid.

43 Comité DESC. Recomendación General N° 16: “El derecho igualitario de hombres y mujeres al disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales (Artículo 3)”, párr. 29.

Las observaciones finales del Comité DESC, por último, han abordado la conexión entre las tasas de mortalidad materna y el aborto clandestino e inseguro y han solicitado en varias ocasiones la despenalización del aborto cuando el embarazo constituye un riesgo para la salud o la vida de la mujer. Igualmente, han abordado la necesidad de garantizar el acceso a servicios de planificación familiar, a la anticoncepción (incluyendo la accesibilidad económica), y a la educación sexual.⁴⁴ El Comité también ha manifestado su preocupación por las esterilizaciones forzadas de minorías étnicas y ha enfatizado la necesidad de asegurar el consentimiento de las mujeres para estos procedimientos.⁴⁵

El desarrollo sobre el derecho a la salud sin discriminación que se ha enunciado en los párrafos precedentes establece la plataforma para la justiciabilidad del derecho a la salud en lo que se refiere a la protección de los derechos reproductivos de las mujeres.

2.3. El Comité contra la Tortura y el Comité de Derechos Humanos

Desde el marco del derecho a no ser sometido/a a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que se deriva de la protección al derecho a la integridad y a la dignidad, tanto el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas —que monitorea la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT)—, como el Comité de Derechos Humanos —que monitorea el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)— han establecido que la violación de derechos reproductivos puede constituir violaciones a la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Estos Comités se han pronunciado en este sentido a propósito de casos de esterilizaciones forzadas o sin consentimiento a grupos marginados, de casos de denegación de anticoncepción de emergencia y de casos de denegación de aborto, particularmente cuando la salud o la vida de la mujer se encuentran en riesgo. Si bien, históricamente, este tipo de violaciones no han sido reconocidas como vulneraciones al derecho a estar libre de trato cruel, inhumano o degradante, cada vez más el marco internacional de derechos humanos y la documentación de casos en establecimientos de salud han evidenciado la severidad que implican estos abusos que viven las mujeres —y que tradicionalmente se han caracterizado como violencia— llamando a la aplicación del marco de la tortura y el trato cruel, inhumano o degradante con una perspectiva de género. Esta caracterización de las violaciones a los derechos reproductivos como una forma de tortura es un proceso que se encuentra en desarrollo.

El artículo 1 de la CCT define los siguientes elementos esenciales de la tortura: (i) la intención; (ii) el dolor o sufrimiento severo, físico o mental; (iii) la determinación de un propósito determinado, como la discriminación; y (iv) la participación, instigación, consentimiento o aquiescencia de oficiales estatales o que actúan en una capacidad oficial. Si bien no existe una definición internacional del trato cruel, inhumano o degradante, los estándares internacionales —como los reportes del Relator Especial de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la jurisprudencia de cuerpos regionales y universales de derechos humanos— proveen elementos para determinar el contenido de estos conceptos. Dichos estándares establecen que “actos sin el elemento de la intención o que no son perpetuados por un propósito determinado, pueden comprender trato cruel, inhumano y degradante bajo el artículo 16 de la Convención”⁴⁶. No obstante, para determinar el trato cruel, inhumano o degradante se requiere de la evidencia

44 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010b, p. 13-14).

45 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010d, p. 11).

46 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2005, párr. 35).

del dolor y el sufrimiento, independientemente de la intensidad del mismo.⁴⁷ Adicionalmente, el Comité contra la Tortura ha determinado que no existe la necesidad de probar que existe un propósito indebido⁴⁸ y que la responsabilidad por violaciones del derecho a estar libre de trato cruel e inhumano puede ser intencional o por omisión⁴⁹. El Relator contra la tortura, en el año 2005, determinó que la diferencia entre la tortura y el trato cruel inhumano y degradante yace en el propósito y la indefensión de la víctima⁵⁰, mientras que la Corte Europea de Derechos Humanos ha entendido la diferencia como una cuestión de grado o intensidad del dolor⁵¹, al igual que el Comité contra la Tortura en su Recomendación General N° 2 de 2008.⁵²

Si bien las protecciones que otorga la prohibición de la tortura y el trato cruel, inhumano o degradante han sido tradicionalmente aplicadas en contextos como las prisiones, el desarrollo de esta materia ha realizado la conexión con el derecho a gozar del más alto estándar de salud posible, incluyendo contextos de poder y control como los que se verifican en los establecimientos de salud. El Comité contra la Tortura ha afirmado que los Estados tienen la obligación de prevenir, castigar y reparar el maltrato y la tortura en contextos de custodia, como por ejemplo, los hospitales, los colegios y los contextos donde la falta de intervención estatal aumenta o promueve el peligro de la imposición de daños por privados.⁵³ Dichos deberes se traducen en obligaciones positivas y negativas, con particular énfasis en las minorías y grupos marginados. Así, los individuos que usualmente están sujetos a discriminación se encuentran cubiertos por estas protecciones.

Los agentes estatales, como el personal médico y administrativo en los establecimientos públicos que proveen servicios de salud, pueden comprometer la responsabilidad internacional estatal. Igualmente pueden comprometerla los agentes no estatales, cuando el Estado falla en adoptar todas las medidas razonables para prevenir conductas vulneradoras de derechos en el marco de establecimientos de custodia o donde existe indefensión en la provisión de servicios públicos, como la salud o la educación, es decir, cuando actúan como agentes estatales⁵⁴.

Pronunciándose sobre el ámbito de responsabilidad estatal por denegación de un servicio de salud, el Comité de Derechos Humanos resolvió en el año 2005 el caso *K.L. v Perú*. En este, una adolescente embarazada de un feto diagnosticado con anencefalia —una malformación incompatible con la vida extrauterina— solicitó un aborto legal, que le fue negado. En el caso, el Comité determinó que el haber obligado a la adolescente a completar el embarazo constituía una violación al artículo 7 del PIDCP, que consagra el derecho a estar libre de trato cruel, inhumano y degradante.⁵⁵

47 Ibid.

48 Comité Contra la Tortura. Recomendación General N° 2: "Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes", párr. 10.

49 Ibid., párr. 15.

50 COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS (2005, párr. 39): "Efectivamente, un análisis a fondo de los *travaux préparatoires* de los artículos 1 y 16 de la Convención contra la Tortura y una sistemática interpretación de ambas disposiciones a la luz de la práctica del Comité contra la Tortura obligan a inferir que los criterios determinantes para distinguir la tortura de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes son más bien el propósito de la conducta y la indefensión de la víctima, antes que la intensidad de los dolores o sufrimientos infligidos, como argumentan el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y muchos estudiosos".

51 Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Irlanda v. Reino Unido. Application N° 5310/71. Decisión de 18 de enero de 1978.

52 Comité Contra la Tortura. Recomendación General N° 2, párr. 10: "En comparación con la tortura, los malos tratos difieren en la gravedad del dolor y el sufrimiento y no requieren la prueba de fines inaceptables".

53 Ibid., párr. 22.

54 Ibid., párr. 17.

55 Comité de Derechos Humanos. Caso K.L.L. vs. Perú, párr. 6.3.

En otro ámbito, desde el año 2004 el Comité contra la Tortura ha sostenido, en sus observaciones finales a diversos países, que la esterilización forzada de grupos marginados constituye trato cruel, inhumano y degradante. Un ejemplo de esta caracterización son las observaciones finales que el Comité realizó a Perú en el año 2012, en las cuales se refirió a las políticas estatales de planificación familiar que llevaron a la esterilización forzada de más de dos mil mujeres indígenas entre 1996 y 2000.⁵⁶ La sección sobre derechos reproductivos y salud se hizo en referencia a los artículos 2, 10, 12, 13, 14, 15 y 16 de la CCT, que incluyen tanto el trato cruel, inhumano y degradante como la tortura. Bajo el mismo marco legal, el Comité se ha pronunciado sobre las esterilizaciones forzadas de mujeres VIH positivas en al menos una observación final.⁵⁷

El Comité, además, ha manifestado su preocupación respecto de los países que tienen leyes restrictivas de aborto⁵⁸, ha realizado la conexión entre dichas leyes y la mortalidad materna⁵⁹ y ha llamado a la despenalización del aborto terapéutico⁶⁰. De manera progresiva ha enmarcado las leyes restrictivas de aborto como violatorias de la prohibición del trato cruel, inhumano o degradante, así como también las situaciones en las que no existe claridad acerca de cómo acceder al procedimiento de aborto cuando este es legal⁶¹. Igualmente, ha desarrollado progresivamente la calificación de la denegación de cuidado post aborto como un trato cruel, inhumano y degradante.⁶²

En cuanto al acceso a la anticoncepción de emergencia, particularmente en casos de violencia sexual, el Comité solo se ha pronunciado una vez enmarcando su denegación como trato cruel, inhumano y degradante.⁶³

Por último, el Comité ha desarrollado estándares relevantes en otras áreas relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Así, ha afirmado que la violencia sexual puede constituir tortura tanto fuera como dentro de contextos de conflicto armado⁶⁴, ha sostenido que deben proveerse servicios de salud sexual y reproductiva a las mujeres privadas de libertad y que los Estados deben adoptar medidas para proteger a las niñas de abuso sexual en las escuelas.⁶⁵

Estos desarrollos referidos a la aplicación del marco de la prohibición de tortura y tratos crueles e inhumanos a las violaciones de derechos reproductivos fueron reiterados por el Relator contra la Tortura en su informe de 2013, sobre abusos en entornos de salud.⁶⁶

Los tres acercamientos del Sistema de Naciones Unidas a los derechos reproductivos que se han reseñado hasta aquí proveen el marco que ofrece el DIDH para determinar las obligaciones estatales de protección, respeto y garantía de estos derechos. En este marco destacan dos elementos centrales. El primero, dado por las disposiciones de la CEDAW y del PIDESC y el desarrollo de sus comités de monitoreo, establece la protección de estos derechos bajo la sombra de la igualdad sustantiva. Ello es particularmente importante, pues además de establecer obligaciones

56 "El Estado parte debe acelerar todas las investigaciones en curso sobre la esterilización forzada, iniciar sin demora investigaciones imparciales y efectivas sobre todos los casos similares y dar a todas las víctimas de la esterilización forzada una reparación adecuada" (COMITÉ CONTRA LA TORTURA 2012, párr. 15).

57 COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2013, párr. 27).

58 COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2006, párr. 15).

59 COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2011b, párr. 22).

60 COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2009, párr. 22).

61 COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2011a, párr. 26).

62 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2010b, p. 16); refiriéndose a las observaciones finales: COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2006, párr. 23) (2011b, párr. 22) (2004, párr. 4.h).

63 COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2012, párr. 15).

64 Comité Contra La Tortura. Recomendación General N° 2, párr. 22.

65 COMITÉ CONTRA LA TORTURA (2010, párr. 18).

66 CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2013, párr. 46).

de respeto a estos derechos —en virtud de las cuales los Estados deben abstenerse de interferir o imponer barreras para su goce— implica el deber de los Estados de adoptar medidas positivas para asegurar su garantía. El segundo elemento se refiere a la calificación de la violación de algunos de estos derechos y la falta de adopción de medidas de garantía de los mismos como una violación del derecho a no ser sometido/a a tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

A continuación se expondrán los estándares internacionales sobre derechos sexuales y reproductivos emanados de organismos judiciales y cuasijudiciales de derechos humanos.

3. ESTÁNDARES DE DERECHO INTERNACIONAL EN LOS SISTEMAS UNIVERSAL E INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Este acápite no pretende ser exhaustivo en recopilar todos los estándares que han sido emitidos por los sistemas interamericano y universal de derechos humanos. En lo que se refiere al sistema universal, solo se hace referencia a algunas de las decisiones en donde se involucran países de América Latina. A su vez, no se presentan reportes y pronunciamientos de *soft law* que han realizado importantes contribuciones en el desarrollo de los derechos reproductivos en la región. Ejemplos de estos son el Informe sobre Acceso a la Justicia para las Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica⁶⁷, el Informe sobre Acceso a Información en Materia de Salud Reproductiva⁶⁸, y el Informe sobre Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos⁶⁹ de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

El análisis que sigue presenta las decisiones emitidas por los órganos internacionales judiciales o cuasijudiciales más relevantes en materia de derechos reproductivos. Las decisiones se presentan en orden cronológico, muestran un resumen de los hechos que dieron lugar al caso, el razonamiento del organismo judicial o cuasijudicial señalando los argumentos a partir de los cuales se niega o reconoce el derecho, y la regla que surge del pronunciamiento.

- **CIDH: María Mamérita Mestaza vs. Perú. Solución Amistosa, 2003**

Entre 1996 y 2000 se realizó en Perú la esterilización forzada de más de dos mil mujeres indígenas. El caso fue llevado ante la CIDH a propósito de María Mamérita Mestanza, una mujer rural que fue presionada a aceptar su esterilización mediante acoso y amenazas de ser reportada a la policía, ya que le informaron que por ley quien tuviera más de cinco hijos debía o pagar una multa o ir a la cárcel. Mestanza accedió a realizarse la intervención quirúrgica de esterilización. Nunca le fue realizado un examen preoperatorio. Salió de la cirugía en un grave estado y cuando reportó sus síntomas le fue indicado que estos eran normales y causados por la anestesia. Mestanza murió en su casa días después. Después de su muerte, un médico del centro de salud le ofreció dinero a su esposo para resolver el asunto.

El caso fue admitido por la CIDH el año 2000. En el 2002 el Estado y las peticionarias del caso llegaron a una solución amistosa.⁷⁰ Perú aceptó su responsabilidad por las violaciones a los derechos de la víctima a la vida, a la integridad personal y trato humano, a la igual protección ante

67 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011b, párrs. 242-243).

68 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2011a)

69 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010)

70 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe N° 71/03 (Solución Amistosa). Caso 12.191: María Mamérita Mestanza Chávez – Perú, 10 de octubre de 2003.

la ley y a estar libre de violencia de género. El acuerdo contempló tanto medidas de reparación individuales para la familia de Mestanza como el compromiso de Perú de modificar políticas y legislación discriminatoria, proteger los derechos de las mujeres al consentimiento informado en procedimientos de esterilización y la investigación y sanción de los responsables. La verificación del cumplimiento del acuerdo, hasta el año 2013, sigue abierta. En 2011, Perú anunció que reabría la investigación de más de dos mil casos documentados de esterilización forzada.

La refrendación de la CIDH del acuerdo amistoso en el que Perú reconoce su responsabilidad por la esterilización forzada y muerte de Mestanza indica que dicha práctica, bajo la Convención Americana de Derechos Humanos, implica una violación de los derechos a la vida, a la integridad personal y al trato humano, a la igual protección ante la ley y a estar libre de violencia de género.

- **Comité de Derechos Humanos: K.L. vs. Perú. 2005**

En el 2005 el Comité de Derechos Humanos resolvió el caso de *K.L. vs. Perú*. El Comité determinó la responsabilidad del Estado peruano por la violación de los derechos de K.L. a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7 PIDCP), a la intimidad (artículo 11) y a la especial protección de menores de edad (artículo 24)⁷¹, configurada por la denegación del acceso a un aborto legal. K.L. era una menor de 17 años que estaba embarazada de un feto anencefálico. A pesar de que Perú contempla el aborto legal en casos en que la vida o la salud de la mujer se encuentren en riesgo, cuando K.L. solicitó un aborto tras el diagnóstico de que el embarazo producía un riesgo para su vida, este le fue negado.

El Comité de Derechos Humanos estableció respecto del artículo 7 que la negativa del director del establecimiento médico de autorizar el aborto terapéutico causó una severa afectación física y mental en K.L., ya que había sido obligada a completar un embarazo y amamantar un bebé que moriría irremediablemente poco tiempo después de nacer. El Comité determinó que “[...] debido a la negativa de las autoridades médicas a efectuar el aborto terapéutico, tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo. Esta fue una experiencia que sumó más su dolor y angustia a la ya acumulada durante el período en que estuvo obligada a continuar con su embarazo [...]. El Comité observa que esta situación podría preverse, ya que un médico del hospital diagnosticó que el feto padecía anencefalia, y sin embargo, el director del Hospital Estatal se negó a que se interrumpiera el embarazo. La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio de aborto terapéutico, fue la causa del sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar”⁷².

El Comité también afirmó que la denegación de acceso al aborto terapéutico violó el derecho a la privacidad de K.L., pues se había interferido de manera arbitraria en su intimidad. Sostuvo, al mismo tiempo, que el Estado debió haber dado a K.L. un trato de especial protección en su salud y asistencia médica y psicológica, por tratarse de una menor de edad. Además de recomendar la reparación individual de la víctima, el Comité solicitó al Estado que adoptara medidas de no repetición.

Este precedente fue reiterado por el Comité de Derechos Humanos en el caso *L.M.R. vs. Argentina*⁷³, respecto de la denegación de un aborto legal a una mujer con discapacidad mental.

71 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso K.L. vs. Perú. Comunicación N° 1153/2003.

72 *Ibid.*, párr. 6.3.

73 COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Caso L.M.R. vs. Argentina. Comunicación N° 1608/2007.

Las decisiones del Comité determinan que obligar a una mujer a completar un embarazo en casos en que se cumplen los supuestos de aborto legal, particularmente casos de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina y cuando son producto de una violación, constituye trato cruel, inhumano o degradante.

- **CIDH: Medidas cautelares – Amelia, 2010**

Las medidas cautelares son un mecanismo de la CIDH mediante el cual —sea a solicitud de parte o por iniciativa propia— esta puede pedir a un Estado que adopte medidas particulares en una situación de gravedad y urgencia. Tales medidas buscan prevenir daños irreparables.⁷⁴

En 2010, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de “Amelia”, en Nicaragua.⁷⁵ En Nicaragua el aborto se encuentra criminalizado en todas las circunstancias desde el año 2006 y no se permite ni siquiera en casos en que la continuación del embarazo ponga en peligro la vida o la salud de la mujer. Amelia, una mujer que padecía de cáncer y madre de una niña de 10 años, al momento de los hechos se le estaba negando un tratamiento para su enfermedad por encontrarse embarazada. Los médicos que la trataban habían recomendado “de manera urgente iniciar un tratamiento de quimioterapia o radioterapia, pero que el hospital informó a la madre y los representantes de Amelia que el tratamiento no sería realizado dada la alta posibilidad de que este provocara un aborto”⁷⁶.

La CIDH solicitó a Nicaragua que: (i) adoptara todas las medidas necesarias para asegurar que la beneficiaria tuviera acceso al tratamiento médico que necesitaba para tratar su cáncer; (ii) Adoptara dichas medidas en concertación con la beneficiaria y sus representantes; y (iii) Reservara la identidad de la beneficiaria y su familia, refiriéndose a ella simplemente como “Amelia”⁷⁷. Nicaragua afirmó que había iniciado el tratamiento requerido.

La decisión de la CIDH de requerir a un Estado que adopte medidas para proteger la vida y la salud de una mujer, a pesar de que el tratamiento pudiera provocar un aborto, muestra un balance que privilegia el derecho a la vida de la mujer por encima de la pretensión del Estado de proteger el interés de la vida en potencia. Igualmente, afirma que regulaciones estatales que permiten el aborto son compatibles con la Convención Americana.

- **Comité CEDAW: L.C. vs. Perú, 2011**

En 2011, el Comité CEDAW resolvió el caso de L.C. contra Perú.⁷⁸ En el caso, el Comité determinó que la denegación a una niña de 13 años de acceder a un aborto terapéutico legal, que era necesario para realizarle una intervención quirúrgica necesaria para su salud, violaba los artículos 2, 3, 5 y 12 de la Convención.

L.C., cuando tenía 13 años y como producto de las múltiples violaciones que sufrió desde los 11 años, quedó embarazada. A causa de ello intentó suicidarse, lanzándose del segundo piso de una casa. Como resultado, L.C. sufrió graves lesiones físicas que comprometían su columna y la dejaron cuadripléjica. Para aminorar los efectos de su caída los médicos que la atendieron determinaron la necesidad de una intervención urgente en su columna. La intervención no fue realizada a tiempo

74 Reglamento de la CIDH, Artículo 25.

75 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. MC 43-10 – “Amelia”, Nicaragua. (Medidas Cautelares).

76 *Ibíd.*

77 *Ibíd.*

78 COMITÉ CEDAW. Caso L.C. vs. Perú. Comunicación N° 22/2009.

debido a que podría interrumpir el embarazo que llevaba. A pesar de haber solicitado un aborto terapéutico legal, pues Perú lo admite cuando la salud o la vida de la mujer están en peligro, el hospital donde fue atendida negó la solicitud. La intervención solo fue realizada cuatro meses después de la lesión y tras haber sufrido un aborto espontáneo. La demora en la atención no solo tuvo un impacto en la salud física de L.C., sino también en su salud mental.

El Comité determinó que en el caso existía una estrecha relación entre el estado de salud física y mental de L.C. y las dilaciones en su cirugía, así como con la denegación del acceso al aborto legal. Asimismo, recordó que el Estado peruano, en virtud del artículo 12 de la CEDAW y su Recomendación General N° 24, debía adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la protección de las mujeres contra actos de discriminación, así como modificar o derogar las leyes que constituyeren discriminación contra la mujer en el campo del acceso a servicios de salud. El Comité consideró que, "puesto que el Estado parte ha legalizado el aborto terapéutico, debe establecer un marco jurídico apropiado que permita a las mujeres disfrutar de su derecho a aquel en condiciones que garanticen la necesaria seguridad jurídica, tanto para quienes recurren al aborto como para los profesionales de la salud que deben realizarlo. Es esencial que dicho marco jurídico contemple un mecanismo de toma de decisiones de manera rápida, con miras a limitar al máximo los posibles riesgos para la salud de la mujer embarazada, que la opinión de esta sea tenida en cuenta, que la decisión sea debidamente motivada y que se tenga derecho a recurrirla"⁷⁹.

Asimismo, el Comité determinó que el Estado había violado el derecho a la salud de la niña al incumplir con la obligación de eliminar estereotipos de género. Para el Comité "la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre"⁸⁰. Finalmente, el Comité determinó la necesidad de despenalizar el aborto en casos de violación, además de "adoptar mecanismos para el acceso efectivo al aborto terapéutico, en condiciones que protejan la salud física y mental de las mujeres e impidan que en el futuro se produzcan violaciones similares a las del presente caso"⁸¹.

Este pronunciamiento avanza en la configuración de la obligación estatal de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho al aborto cuando este es legal. Asimismo, establece que dar prevalencia al feto por encima de la salud o la vida de la mujer implica la aplicación de un estereotipo de género negativo acerca de la función reproductiva de las mujeres, lo que es contrario a la obligación estatal de adoptar medidas para eliminar tales estereotipos. Finalmente, establece que la penalización del aborto en casos de violencia sexual es contraria a las disposiciones de la CEDAW.

- **Comité CEDAW: Alyne da Silva Pimentel vs. Brasil, 2011**

En 2011, el Comité de la CEDAW resolvió el caso de *Alyne da Silva Pimentel vs. Brasil*⁸². En el caso, el Comité determinó la responsabilidad del Estado brasileño por la muerte de Alyne, una mujer afrodescendiente de 28 años y de bajos recursos socioeconómicos que murió cuando tenía seis meses de embarazo, debido a fallas estructurales en el acceso a cuidado obstétrico de emergencia. Alyne, con seis meses de embarazo, acudió a un establecimiento de salud en el municipio de Belford Roxo, debido a dolores y náuseas. Los médicos que la atendieron la devolvieron a su casa recetando analgésicos y no se le realizó ningún examen médico. Dos días después, cuando regresó al centro

79 Ibid., párr. 8.17

80 COMITÉ CEDAW. Caso L.C. vs. Perú, párr. 8.15.

81 Ibid., párr. 9.2.

82 COMITÉ CEDAW. Caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brasil. Comunicación N° 17/2008.

de salud, ya que sus síntomas habían empeorado, se determinó que el feto que llevaba había muerto. Los médicos indujeron el parto seis horas después de haber sido diagnosticada la muerte del feto. Alyne tuvo que esperar más de 14 horas para que le practicaran un legrado. Después de la intervención tuvo complicaciones y hemorragias que por su complejidad debían ser atendidas en otra instalación médica. Alyne, de nuevo, tuvo que esperar más de ocho horas para ser trasladada al Hospital General de Nova Iguazú, ya que el hospital se negó a facilitarle la única ambulancia que tenía y su familia no podía pagar una. En el traslado no fue adjuntada su historia clínica, por lo que cuando llegó al hospital fue dejada en el pasillo por más de 21 horas sin ser atendida, hasta que murió.

El Comité CEDAW determinó la responsabilidad de Brasil por haber violado el derecho a la salud sin discriminación de Alyne, ya que la falta de provisión de servicios obstétricos adecuados para las necesidades específicas y los intereses de las mujeres constituyen discriminación bajo los artículos 12.1 y 2 de la CEDAW. Asimismo, el Comité determinó que la falta de provisión de servicios de salud materna adecuada tiene un impacto diferencial en el derecho a la vida de las mujeres y que “las políticas del Estado parte deben ser orientadas a la acción y al resultado, así como adecuadamente financiadas”⁸³. También estableció que Alyne “fue objeto de discriminación, no solo por ser mujer, sino también por ser de ascendencia africana y por su condición socioeconómica”⁸⁴.

Respecto del artículo 2(e), el Comité determinó que el Estado era “directamente responsable de las actividades de las instituciones privadas cuando subcontrata sus servicios médicos y que, además, el Estado siempre mantiene el deber de reglamentar y vigilar a las instituciones privadas de atención de la salud”⁸⁵. Así, de acuerdo con el artículo 2(e), el Estado “tiene una obligación de diligencia debida en cuanto a tomar medidas para garantizar que las actividades de los agentes privados respecto de las políticas y prácticas de la salud sean apropiadas”⁸⁶.

En consecuencia, el Comité recomendó a Brasil adoptar medidas individuales para reparar a la familia de Alyne, y además pronunció cuatro recomendaciones generales como medidas de no repetición, en las que se aborda el problema de la mortalidad materna desde una perspectiva de derechos humanos.⁸⁷

83 Ibid., párr. 7.6: “La falta de servicios de salud materna apropiados en el Estado parte, que claramente no satisfacen las necesidades de salud y los intereses específicos y diferentes de las mujeres, no solo constituye una violación del artículo 12, párrafo 2, de la Convención, sino que también discrimina contra la mujer con arreglo al artículo 12, párrafo 1, y al artículo 2 de la Convención. Además, la falta de servicios de salud materna apropiados tiene efectos diferenciales sobre el derecho de la mujer a la vida”.

84 Ibid., párr. 7.7.

85 Ibid., párr. 7.5.

86 Ibid.

87 Ibid., párr. 8: “ b) Asegurar los derechos de la mujer a una maternidad sin riesgo y el acceso asequible de todas las mujeres a una atención obstétrica de emergencia adecuada, en consonancia con la recomendación general núm. 24 (1999) sobre la mujer y la salud;

c) Proporcionar capacitación profesional adecuada a los trabajadores de la salud, especialmente en materia de derechos de salud reproductiva de la mujer, incluido el tratamiento médico de calidad durante el embarazo y el parto, así como la atención obstétrica de emergencia oportuna;

d) Asegurar el acceso a recursos eficaces en los casos en que los derechos de salud reproductiva de la mujer hayan sido violados y proporcionar capacitación al personal judicial y al personal encargado de velar por el cumplimiento de la ley;

e) Asegurar que las instalaciones y servicios privados de atención de la salud cumplan las normas nacionales e internacionales pertinentes en materia de atención de la salud reproductiva;

f) Reducir las muertes maternas prevenibles mediante la aplicación del Pacto nacional para la reducción de la mortalidad materna a nivel estatal y municipal, incluso mediante el establecimiento de comités sobre mortalidad materna en los lugares en que aún no existan, en consonancia con las recomendaciones de sus observaciones finales para el Brasil, aprobadas el 15 de agosto de 2007 (CEDAW/C/BRA/CO/6)”.

El caso de Alyne no solo avanza en el reconocimiento del derecho al acceso a la adecuada atención obstétrica sin discriminación como un derecho humano, sino que consolida el deber de los Estados de adoptar todas las medidas para eliminar la mortalidad materna como una obligación positiva bajo las protecciones del derecho a la salud reproductiva. Igualmente, avanza en el desarrollo de las obligaciones estatales frente a sus políticas de salud con perspectiva de género, al igual que frente a sus obligaciones de eliminar la discriminación por cuestiones socioeconómicas y por raza. También se destaca la delimitación de la responsabilidad de los Estados por la supervisión en la provisión de salud en establecimientos privados.

- **Corte IDH: Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica, 2012**

En diciembre de 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció sobre el caso más importante sobre derechos reproductivos en la región, hasta el momento. La Corte debía determinar si la prohibición absoluta de la fertilización *in vitro* (en adelante, FIV) —establecida en Costa Rica mediante sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por considerar que violaba el derecho a la vida protegido en la Constitución “desde la concepción”— violaba los derechos a la privacidad, la familia y la igualdad ante la ley reconocidos en la Convención Americana (CADH), respecto de las nueve parejas que presentaron el caso. La Corte IDH determinó que Costa Rica era responsable de la violación de los derechos a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la CADH.

En primer lugar, la Corte realizó un análisis del alcance del derecho a la integridad personal, la libertad personal y el derecho a la vida privada y familiar. Lo primero que la Corte abordó fue la determinación de cuál era el ámbito de la privacidad, en general. En este análisis determinó que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres⁸⁸ y que la decisión de ser madre o padre biológico hace parte del derecho a la vida privada. En segundo lugar, la Corte pasó a determinar el ámbito de la libertad, planteando que el derecho a la vida privada comprendía: (i) la autonomía reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva dentro de los cuales se encontraba el acceso a la tecnología médica. Igualmente, estableció que se encontraba comprometido el derecho a la integridad personal, pues la prohibición de la FIV había puesto en una situación de angustia y ansiedad a las parejas peticionarias, la cual respondía al impacto que tuvo en sus vidas la falta de atención médica o al acceso a ciertos procedimientos de salud.

La Corte estableció que el problema al que se enfrentaba consistía en que la prohibición absoluta de la FIV limitaba el derecho de las personas a fundar una familia conforme a las decisiones de pareja. Así, estableció que la injerencia estatal radicaba en la “posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que querían intentar para ejercer derechos sexuales y reproductivos”⁸⁹. El Estado de Costa Rica fundamentaba esta injerencia en que “la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del “derecho a la vida” del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la fertilización *in vitro* por implicar la pérdida de embriones”⁹⁰. De

88 CORTE IDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 143.

89 *Ibid.*, párr. 161.

90 *Ibid.*

acuerdo con lo anterior, la Corte estimó que el objeto del caso se refería a determinar si la sentencia de la Sala Constitucional había generado una restricción desproporcionada de los derechos de las presuntas víctimas.

La Corte, a fin de establecer si la restricción establecida por la Sala Constitucional era desproporcionada, entró a analizar el alcance del derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1. de la CADH. Primero, reiteró que el derecho a la vida exige de los Estados garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones al derecho, es decir, delimitó la obligación de garantía del derecho. Para dotar de contenido las obligaciones estatales, primero reiteró que de acuerdo con las normas del derecho internacional ninguna persona puede ser privada de la vida de forma arbitraria. Segundo, reiteró que los Estados tienen el deber de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida de todos los que se encuentran bajo su jurisdicción. La Corte precisó que los Estados deben “adoptar todas las medidas necesarias para crear un marco normativo que disuada cualquier amenaza del derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna”⁹¹.

A continuación, la Corte pasó a examinar si una de las obligaciones que se desprenden del artículo 4 de la CADH y de la mencionada obligación positiva de adopción de medidas legislativas para disuadir las amenazas a la vida comprende la protección absoluta del embrión. La Corte concluyó que todos los métodos de interpretación utilizados arrojaban resultados coincidentes “en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”⁹².

Después de delimitar el alcance de la protección del derecho a la vida del artículo 4.1, la Corte entró a determinar la proporcionalidad de la medida de prohibición de la FIV. Así, determinó que la decisión de tener hijos biológicos mediante la técnica de reproducción asistida hacía parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, la libertad personal y la vida privada y familiar, y que la construcción de dicha decisión hacía parte de la autonomía e identidad de las personas, tanto en su dimensión individual como de pareja. Después de situar dicha decisión bajo la protección de los mencionados derechos, la Corte pasó a examinar los efectos de la prohibición a fin de determinar si existía un impacto desproporcionado para los peticionarios. Para ello, analizó si había existido discriminación indirecta en base a la discapacidad, en razón de género y por motivos socioeconómicos.

En este análisis la Corte, con sustento en peritajes técnicos, determinó que la infertilidad era una discapacidad, por entenderse como una enfermedad del sistema reproductivo. Por lo tanto, para la Corte, las personas que se encontraban en dicha situación debían entenderse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, lo que incluía el derecho a acceder a las técnicas necesarias para resolver los problemas de la salud reproductiva.

91 *Ibíd.*, párr. 172.

92 *Ibíd.*, párr. 264.

Respecto de la discriminación indirecta en razón al género, la Corte determinó que si bien la infertilidad podía afectar tanto a hombres como mujeres, esta afectaba de manera desproporcionada a las mujeres, a causa de estereotipos y prejuicios en la sociedad. El estereotipo específico por el cual las mujeres se encontraban más afectadas se refiere al entendimiento de que el papel y condición de la mujer en la sociedad se define por su capacidad reproductiva. La Corte consideró que “en el presente caso se está ante una situación parecida de influencia de estereotipos, en la cual la Sala Constitucional dio prevalencia absoluta a la protección de los óvulos fecundados sin considerar la situación de discapacidad de algunas de las mujeres”⁹³. Asimismo, resaltó que “los estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar todas las medidas para erradicarlos”⁹⁴.

Respecto de la discriminación indirecta por motivos socioeconómicos, por último, la Corte determinó que también se había dado un “un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero”⁹⁵.

Una vez determinada la limitación de los derechos involucrados y la importancia de la protección del embrión, la Corte afirmó que en el caso “la afectación del derecho a la integridad personal, libertad personal, vida privada, la intimidad, la autonomía reproductiva, el acceso a servicios reproductivos y a fundar una familia era severa y suponía una violación de dichos derechos, pues en la práctica estos era anulados para aquellas personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad era la FIV. Asimismo, la interferencia tuvo un impacto diferenciado en las presuntas víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género, y frente a algunas de las presuntas víctimas, por su situación económica”⁹⁶. En contraste, el impacto en la protección del embrión era muy leve.

Finalmente, concluyó que “la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios”⁹⁷.

La sentencia —que es de obligatorio cumplimiento y cuyos precedentes son vinculantes para los Estados de la región que hacen parte de la CADH y han reconocido la jurisdicción de la Corte— por primera vez reconoce explícitamente los derechos reproductivos como derechos humanos. La decisión tiene implicaciones no solo para la determinación de las obligaciones relacionadas con la salud reproductiva, sino también respecto de otros derechos reproductivos: en primer lugar, la sentencia ubica la protección de los derechos reproductivos bajo la sombra de los derechos a la integridad personal, la libertad personal y el derecho a la vida privada y familiar; en segundo lugar, la determinación del alcance del artículo 4 de la CADH zanja de una vez por todas la discusión acerca de lo que implica la protección de la vida desde la concepción, al precisar que dicha protección no significa una protección absoluta del derecho y que admite una protección gradual bajo un juicio de proporcionalidad cuando existen otros derechos humanos en juego, lo cual implica, en principio, que los regímenes en la región que permiten el aborto son acordes con la CADH; en tercer lugar, tiene implicaciones para aquellos regímenes que han determinado la anticoncepción de emergencia como violatoria del derecho a la vida, pues la sentencia es explícita en determinar que no existe la titularidad del derecho a la vida antes de la implantación. Finalmente, la sentencia

93 Ibíd.

94 Ibíd., párr. 302.

95 Ibíd., párr. 303.

96 Ibíd., párr. 314.

97 Ibíd., párr. 316.

ofrece un análisis interesante acerca del impacto de la denegación del acceso a servicios de salud reproductiva y al disfrute del progreso científico para ciertos grupos como discriminación indirecta.

- **Corte IDH: Medidas provisionales respecto de El Salvador. Asunto B., 2013**

El 29 de abril de 2013 la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de “Beatriz”, en El Salvador, Estado en que el aborto es criminalizado en todas las circunstancias, inclusive cuando la vida o la salud de la mujer se encuentran en peligro. De acuerdo con lo establecido por los médicos que la trataban, Beatriz padecía de “lupus eritematoso discoide agravado con nefritis lúpica”, condición que requería “realizarle un procedimiento médico, ya que de no hacerlo [había] una fuerte probabilidad de muerte materna[,] ya que esta [tenía] un feto de trece semanas de gestación con anencefalia[,] la cual es una anomalía mayor incompatible con la vida extrauterina”⁹⁸. La finalización del embarazo fue considerada y acordada por el Comité Médico del hospital en que se atendía.⁹⁹ Las autoridades médicas habían determinado que “el efecto del transcurso del tiempo sin la implementación del tratamiento médico recomendado podría afectar los derechos a la vida, la integridad y la salud de la madre”¹⁰⁰. El caso fue presentado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual admitió el recurso de amparo interpuesto y “resolvió la adopción de medidas cautelares a fin de que las autoridades demandadas garanticen el derecho a la vida y la salud, tanto física como mental, de la señora B, brindando el tratamiento médico necesario e idóneo para la preservación de tales derechos, mientras se tramita este amparo”. Beatriz fue internada en el hospital, pero no se le realizó la interrupción del embarazo.

Ante los hechos, la CIDH “otorgó medidas cautelares para proteger la vida, integridad personal y salud de “B”. Específicamente, la Comisión Interamericana solicitó al Estado de El Salvador que adopte las medidas necesarias para implementar el tratamiento recomendado por el Comité Médico del Hospital Nacional Especializado de Maternidad “Dr. Raúl Arguello Escalón”, [...] y que concierte cualquier medida a adoptarse con la beneficiaria y sus representantes”¹⁰¹.

Un mes después, y tras de haber sido reiteradas las medidas cautelares al Estado en atención a que no se había adoptado ninguna medida de las solicitadas por la CIDH, esta solicitó medidas provisionales a la Corte IDH. La solicitud argumentó “la falta de adopción de medidas necesarias para permitir que B pueda acceder a la terminación de un embarazo que, como se dijo, adolece de inviabilidad de vida extrauterina y constituye aunado a su enfermedad, una fuente de riesgo inminente a su vida, integridad persona y salud”¹⁰². Igualmente, explicó que el obstáculo principal para acceder al tratamiento era “la penalización absoluta del aborto en el Estado de El Salvador”¹⁰³.

El 29 de mayo de 2013 la Corte otorgó medidas provisionales a favor de Beatriz, para proteger sus derechos a la vida y a la integridad personal, reconocidos en los artículos 4 y 5 de la CADH.

Los requisitos que la Corte debe verificar para poder adoptar medidas provisionales son la gravedad, urgencia y posible daño irreparable. La gravedad de la situación fue constatada a partir de la consideración del cuadro médico de Beatriz, quien estaba internada en el hospital y era constantemente monitoreada; la urgencia, en tanto, se constató ante la posibilidad en cualquier momento de riesgo a la vida de la paciente. Sobre el daño irreparable, la Corte determinó que

98 CORTE IDH. Medidas Provisionales Respecto de El Salvador. Asunto B. 29 de mayo de 2013, párr. 2.

99 *Ibid.*, párr. 2.

100 *Ibid.*

101 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. MC 114/13 – B, El Salvador. (Medidas Cautelares).

102 CORTE IDH. Medidas Provisionales Respecto de El Salvador. Asunto B, párr. 4.

103 *Ibid.*, párr. 4.

el diagnóstico médico preveía un sinnúmero de complicaciones en la salud de Beatriz. Asimismo consideró que la situación también había comprometido la salud mental de Beatriz, ya que había manifestado en varias oportunidades que quería vivir, y sabía que su probabilidad de vida se complicaba si no se realizaba la intervención.

Después de verificar las acciones estatales y el grado de desprotección en que quedaría Beatriz en caso de que no se adoptaran medidas, la Corte resolvió “[r]equerir al Estado de El Salvador que adopte y garantice, de manera urgente, todas las medidas que sean necesarias y efectivas para que el grupo médico tratante de la señora B pueda adoptar, sin interferencia alguna, las medidas médicas que se consideren oportunas y convenientes para asegurar la debida protección de los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana y, de este modo, evitar daños que pudiesen llegar a ser irreparables a los derechos a la vida y la integridad personal y a la salud de la señora B.”¹⁰⁴

Las medidas provisionales otorgadas en este caso, en principio, determinan que la penalización absoluta del aborto resulta violatoria del derecho a la vida y a la integridad personal cuando la continuación del embarazo supone un peligro para la vida y/o la salud de la mujer.

A modo de conclusión es posible advertir que, si bien los estándares internacionales han ido progresivamente dotando de contenido a los derechos sexuales y reproductivos, y las constituciones nacionales han ido introduciendo un reconocimiento específico en algunos casos a estos derechos, el reconocimiento, garantía y protección por parte de los Estados sigue siendo un reto.

Después de haber presentado los casos más relevantes que dotan de contenido los derechos reproductivos y sus protecciones en el DIDH, se pasa a analizar algunas de las decisiones más importantes de las cortes constitucionales latinoamericanas en las que, desde el año 2006, se ha considerado la protección de estos derechos.

4. LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN LAS CORTES CONSTITUCIONALES DE AMÉRICA LATINA

Respecto de la jurisprudencia que se examina a continuación, debe considerarse que cada sistema de revisión constitucional es diferente y, por lo tanto, sus precedentes tienen un valor distinto en la jurisdicción interna, de acuerdo con sus arreglos constitucionales.

- **Colombia, 2006: la penalización del aborto cuando la vida o la salud de la mujer se encuentra en riesgo, en casos de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina y en casos en que el embarazo es producto de violencia sexual es inconstitucional**

En 2006, la Corte Constitucional colombiana determinó que la penalización del aborto es inconstitucional en tres circunstancias: (i) cuando la continuación del embarazo implica un riesgo para la vida o la salud (física o mental) de la mujer, certificado por un médico; (ii) cuando existen serias malformaciones en el feto, incompatibles con la vida extrauterina, certificadas por un médico; y (iii) cuando el embarazo es el resultado de un acto criminal, debidamente reportado ante las autoridades. La decisión liberalizó el aborto en estos tres casos, aceptó el valor del derecho internacional para el reconocimiento de los derechos reproductivos como derechos fundamentales y reconoció como un derecho fundamental el aborto en las circunstancias descritas.

104 Ibíd., párr. 14.

La sentencia C-355 de 2006¹⁰⁵ revisó la constitucionalidad de cuatro artículos diferentes del Código Penal: (i) el artículo 32, que establece los casos generales de responsabilidad penal; (ii) el artículo 122, que criminalizaba el aborto completamente; (iii) el artículo 123, que criminalizaba la realización de un aborto sin el consentimiento de la mujer, y todos los abortos realizados en menores de 14 años; y (iv) el artículo 124, que establece los factores de atenuación de la prohibición general de aborto.

Los argumentos presentados por los peticionarios consideraban que las provisiones impugnadas violaban los derechos a la dignidad, la vida, la integridad personal, la igualdad, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la salud y varias obligaciones estatales bajo el DIDH.

La sentencia determinó que existía una distinción entre el derecho a la vida y la protección del valor de la vida, sosteniendo que la vida, bajo la Constitución de 1991, era un valor constitucionalmente relevante que debía ser protegido, pero que era diferente del derecho a la vida. La Corte explicó que la vida no era un valor o un derecho absoluto y que por lo tanto debía ser ponderado con otros valores o derechos constitucionales. De acuerdo con la anterior distinción, la Corte concluyó que el derecho a la vida requería de un individuo para reclamarlo, mientras que la protección a la vida, como valor, solo podía ser ostentado por aquellos que no han adquirido la condición humana.¹⁰⁶ Así, determinó distintos grados de protección para ambos, otorgando un mayor grado de protección al derecho a la vida respecto de la protección al valor de la vida.

Al considerar el derecho a la vida como parte del bloque de constitucionalidad¹⁰⁷, la Corte concluyó que, bajo el derecho internacional, no existía “un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación”¹⁰⁸.

La Corte reconoció los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como derechos humanos que debían ser protegidos por la Constitución¹⁰⁹, estableciendo que “su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y, por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social”¹¹⁰. No obstante, también concluyó que si bien del derecho internacional no se desprende una obligación de liberalizar o penalizar el aborto, el límite de configuración del legislador encontraba dos límites: (i) el legislador no podía infringir derechos fundamentales y (ii) no podría dejar ciertos valores constitucionales desprotegidos bajo el entendido del derecho penal como de *ultima ratio*.¹¹¹

105 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de constitucionalidad condicionada C-355/2006, de 10 de mayo de 2006.

106 *Ibíd.*, aparte 5.

107 “El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución” (ARANGO 2004, p. 79).

108 “En conclusión, de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado” (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de constitucionalidad condicionada C-355/2006, de 10 de mayo de 2006, aparte 6).

109 “En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos” (*Ibíd.*).

110 *Ibíd.*, aparte 7.

111 *Ibíd.*

La Corte determinó que los límites del poder de configuración del legislador en materia penal eran el derecho a la dignidad —que comprende el derecho a la autonomía—, los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la salud y a la integridad personal, así como el bloque de constitucionalidad y los principios de proporcionalidad y razonabilidad. De acuerdo con lo anterior, la Corte determinó que la criminalización total del aborto era inconstitucional en tanto vulneraba los referidos derechos en las tres circunstancias descritas. Asimismo, afirmó que el Estado tenía una obligación de proteger el valor de la vida, pero que el legislador podía determinar en qué forma hacerlo.

Respecto de la criminalización del aborto en casos en que el embarazo es producto de violación, fundó su inconstitucionalidad en la vulneración del derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la mujer, toda vez que el embarazo, en tales circunstancias, no era producto de una decisión libre sino de un delito. En el caso de la criminalización del aborto cuando la continuación del embarazo supone un riesgo para la salud o la vida de la mujer, resolvió la inconstitucionalidad sobre la base de que ello implicaba exigir un sacrificio desproporcionado para el goce del derecho a la vida y a la salud de la mujer, al priorizar la vida en formación por encima de la vida formada, a la vez que se vulneraba el bloque de constitucionalidad. Sobre los casos de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, por último, la Corte determinó que bajo esas circunstancias disminuía el deber del Estado de proteger el valor de la vida, dado que esa vida no era viable, lo que daba prevalencia a los derechos de las mujeres. Igualmente, consideró que obligar a una mujer a completar un embarazo bajo esas circunstancias constituía trato cruel, inhumano y degradante, que afectaba su derecho a la dignidad.

- **México, 2008: La despenalización del aborto practicado durante las primeras doce semanas de embarazo es constitucional**

En México, el aborto se encuentra penalizado con algunas excepciones, que varían entre los estados para permitir el aborto en circunstancias como: (i) cuando el embarazo es resultado de una violación; (ii) cuando el aborto es provocado accidentalmente (o, como dice la ley, de manera “imprudencial” o por “conducta culposa”); (iii) cuando el embarazo pone en riesgo la vida de la mujer; (iv) cuando el producto del embarazo tiene malformaciones graves; (v) cuando de continuar con el embarazo se provocaría un grave daño a la salud de la mujer; (vi) cuando el embarazo es producto de una inseminación artificial no consentida; (vii) cuando la mujer vive en situación de pobreza y tiene al menos tres hijos; y (viii) dentro de las primeras doce semanas de gestación. La legalidad del aborto en México encuentra grandes diferencias en el nivel de permisión o criminalización de la conducta entre diversos estados. La causal de violación es la única que ha logrado unanimidad en los estados mexicanos.

En el año 2007 se aprobó una modificación en el artículo 144 del Código Penal de Ciudad de México, a través de la cual se permitía el aborto legal hasta las 12 semanas de embarazo. Ese mismo año la norma fue impugnada por considerar los peticionarios que vulneraba el derecho a la vida del producto de la concepción, el derecho a la igualdad, a la procreación y a la paternidad, que incurría en una invasión de las competencias constitucionales y vulneraba el derecho a la salud en su dimensión social, el principio de legalidad y el derecho a la objeción de conciencia de los prestadores de servicios de salud.¹¹² El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia resolvió dicha acción de inconstitucionalidad en el año 2008¹¹³, declarando la constitucionalidad del

112 GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA – GIRE (2009).

113 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia, de 28 de agosto de 2008.

artículo 144 del Código Penal que despenalizó el aborto en todos los casos antes de las 12 semanas de embarazo.

Esencialmente, la Corte fundamentó su decisión en que la disposición impugnada no vulneraba los derechos a la vida y a la igualdad, los principales argumentos de la demanda.

Respecto del derecho a la vida, la Corte recordó que la Constitución de México no contemplaba expresamente un derecho a la vida, por lo que no se podía entender que existiera una disposición que obligara una protección absoluta. No obstante, eso no quería decir que dicha protección al derecho a la vida no existiera, pero que debía entenderse que los derechos fundamentales debían tener carácter relacional entre ellos y se fundamentaban en el concepto de democracia. Al respecto, afirmó que “[d]el hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos”¹¹⁴. Además, con fundamento en la jurisprudencia de la misma Corte y de la Constitución de México, afirmó que los derechos fundamentales o garantías individuales no son absolutos y admiten modulación.¹¹⁵

Por otro lado, la Corte realizó un análisis extensivo de diversos tratados y convenciones internacionales para determinar si en estas se establecía el derecho a la vida como derecho absoluto¹¹⁶, del cual concluyó que “el derecho a la vida establecido en el derecho internacional no puede ser considerado de ningún modo como absoluto. La normativa internacional no prohíbe categóricamente la privación de la vida, sino que establece condiciones que la rigen y determinan cuándo la privación de este derecho fundamental es lícita”¹¹⁷. Igualmente, la Corte analizó si existía un deber de penalizar ciertas conductas para proteger derechos fundamentales y concluyó que “la mera existencia de un derecho fundamental no implica la obligación de la penalización de una conducta que lo afecte”¹¹⁸. También examinó si el legislador se encontraba facultado libremente para despenalizar cualquier conducta y determinó que “al no encontrar ningún mandato constitucional específico para la penalización de todas estas conductas, no parece existir ninguna razón jurídicamente argumentable que nos indique [que] no hay potestad suficiente para despenalizar aquellas conductas que han dejado de tener, a juicio del Legislador democrático, un reproche social”¹¹⁹.

Respecto del derecho a la igualdad, la Corte consideró el argumento referido a la violación al derecho a la igualdad y a la paternidad, específicamente, por la exclusión del varón en la decisión sobre el aborto. La Corte no encontró una vulneración al derecho a la igualdad y afirmó que el que la decisión final en casos de aborto recaiga en la persona del sexo femenino no es discriminatoria, porque responde a la clara diferencia de su posición frente a la de cualquier otra persona respecto

114 Ibíd., p. 154.

115 Ibíd., p. 155.

116 La Corte analizó las obligaciones que surgen de los artículos 4 y 27 de la CADH; artículos 4 y 6 del PIDCP; artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 1 de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 6 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 1 del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte; y artículo 1 del Protocolo a la Convención Americana relativo a la abolición de la pena de muerte, además de jurisprudencia de la Corte IDH, como el *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*.

117 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Op. cit., pp. 162-163.

118 Ibíd., p. 176.

119 Ibíd., p. 180: “Es el legislador democrático el que tiene la facultad de evaluar los elementos para regular, o desregular, una conducta específica. La Asamblea Legislativa del Distrito Federal cuenta entonces con las facultades para determinar, por la mayoría de sus integrantes y mediante un debate abierto, las conductas que en el ámbito penal deban ser o no reprochadas y, dada la ausencia de una obligación constitucional expresa, es su responsabilidad realizar el balance de los diversos hechos, problemas y derechos que puedan encontrarse en conflicto”.

de su reproducción. Lo anterior, porque el derecho a ser padre o madre no es un derecho de carácter colectivo. Adicionalmente, estableció que los efectos del embarazo o de su interrupción recaen especialmente en las mujeres. Así, “la continuación del embarazo no deseado tiene consecuencias distintivamente permanentes y profundas para la mujer, con independencia de que cuente con el apoyo de otras personas en su continuación y después en el cuidado y la educación del niño, y es esa afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para el trato distinto que el legislador consideró al otorgarle a ella la decisión final acerca de si el embarazo debe o no ser interrumpido, y lo que no hace irrazonable negar al participante masculino la capacidad para tomar esta decisión”¹²⁰. Por último, la Corte llamó la atención sobre la imposibilidad de reconocer la paternidad como derecho en estos casos, pues “[a]ntes de las doce semanas es muy difícil establecer legalmente que una persona en particular es efectivamente el padre potencial”¹²¹.

- **Chile, 2008: La distribución gratuita de la anticoncepción de emergencia en el sistema de salud público es inconstitucional**

En 2008 el Tribunal Constitucional de Chile se pronunció sobre la constitucionalidad de determinadas secciones del Decreto Supremo Reglamentario 48 del Ministerio de Salud, que aprobaba las “Normas Nacionales Sobre Regulación de Fertilidad” (2007).¹²² La demanda, instaurada por 36 diputados, argumentaba la inconstitucionalidad de la entrega gratuita de anticoncepción de emergencia, en cualquiera de sus modalidades, por vulnerar, entre otros, el derecho a la vida.¹²³ El Tribunal determinó que la entrega de anticoncepción hormonal de emergencia era inconstitucional, pues vulneraba el derecho a la vida del no nacido.

Los demandantes consideraban que (i) la entrega gratuita de la anticoncepción de emergencia no podía haber sido regulada mediante decreto;¹²⁴ (ii) las disposiciones impugnadas vulneraban el derecho a la igualdad, ya que otro producto similar a la píldora que se entregaría gratuitamente había sido sacado del mercado por constituir una amenaza a la vida del no nacido;¹²⁵ (iii) las normas referidas a la entrega de anticoncepción hormonal de emergencia a adolescentes vulneraban el derecho preferente y el deber de los padres de educar a sus hijos; y (iv) las disposiciones vulneraban el derecho a la vida del no nacido, ya que el componente hormonal de la anticoncepción de emergencia tiene un efecto potencialmente abortivo.

120 *Ibíd.*, p. 188-189.

121 *Ibíd.*, p. 189.

122 Este resumen toma como base el documento manuscrito: CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2008).

123 Los artículos de la Constitución chilena supuestamente vulnerados invocados en la demanda son: (i) el deber de los órganos del Estado de promover y respetar los derechos humanos (artículo 5º, inciso segundo); (ii) el principio de sometimiento de los órganos del Estado a la Constitución (artículo 6); (iii) la regla según la cual los órganos del Estado solo pueden actuar dentro de su competencia (artículo 7º); (iv) el derecho a la vida (artículo 19, numeral 1); y v) la inviolabilidad del núcleo esencial de los derechos garantizados en la Constitución (artículo 19, numeral 26).

124 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol 740-07-CDS, de 18 de abril de 2008. Los demandantes consideraban que la materia de la entrega de anticoncepción hormonal no podía haber sido regulada mediante un decreto, ya que no existía una norma de rango superior que habilitara disposiciones que restringen un derecho fundamental. Además, “la aprobación de métodos y mecanismos que afectan la vida del que está por nacer importa en los hechos una restricción a un derecho fundamental garantizado en la Constitución de un modo no autorizado por la misma”.

125 *Ibíd.*

La Corte, tras determinar su competencia en el asunto¹²⁶, pasó a examinar si las normas demandadas vulneraban el derecho a la educación, encontrando que no se verificaba tal vulneración en tanto los padres conservaban la titularidad del derecho a educar a sus hijos y la facultad de escoger el tipo de educación para ellos, sin que las normas demandadas interfirieran en esos ámbitos.¹²⁷ A su vez, el Tribunal desestimó el cargo de desigualdad ante la ley, pues los recurrentes no demandaron “norma alguna del citado decreto y de las normas que lo integran por infringir las disposiciones constitucionales sobre la igualdad ante la ley”¹²⁸.

El análisis sobre la vulneración al derecho a la vida se dividió en dos partes. Primero, la Corte examinó si la anticoncepción de emergencia podía afectar al embrión. Después de un análisis de diversos informes científicos y académicos, la Corte consideró que “existen posiciones encontradas acerca de los efectos de la anticoncepción de emergencia cuando ellos se relacionan con impedir la implantación, puesto que la evidencia que provee la ciencia médica es contradictoria y no aparece rodeada de elementos que convengan definitivamente en orden a que ella no afectará la vida de un ser humano concebido aunque no nacido que merece plena protección constitucional según se verá más adelante”¹²⁹. Así, estableció que no podía aseverar que la anticoncepción de emergencia en cualquiera de sus modalidades no podía eventualmente afectar la vida de un ser humano.

La segunda parte de las consideraciones se centró en la obligación del Estado de proteger el derecho a la vida y en la titularidad de ese derecho. La Corte consideró que todas las personas eran titulares del derecho a la vida y que por “persona” se entendía el ser desde la concepción, ya que “si al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre —como ha sido afirmado en estos autos—, es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho. La singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona”¹³⁰. La Corte estimó que esta protección del derecho a la vida desde la concepción también estaba garantizada, en el mismo sentido, por la CADH en su artículo 4.1. A su vez, distinguió que la protección establecida por la Constitución chilena al concebido no se refería al bien jurídico del valor

126 “Primero, el Tribunal estableció que tenía la facultad de “ponderar una cuestión de hecho de la que depende dar por acreditada la vulneración de un derecho fundamental” de acuerdo con el precedente jurisprudencial. Segundo, estableció su competencia para pronunciarse sobre los efectos de un fármaco que ya cuenta con un registro sanitario, ya que las normas demandadas establecían ciertas directrices que obligaban a las instituciones públicas a repartirlo de manera gratuita. Igualmente, aclaró que su pronunciamiento no realizaría un juicio de mérito pero sí de constitucionalidad” (CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS 2008).

127 Tribunal Constitucional Chile, Sentencia Rol 740-07-CDS de 2008: “Las normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impiden, en efecto, a los padres de las adolescentes escoger el establecimiento educativo de sus hijas ni transmitir a estas conocimientos y valores sobre la vida sexual, lo que es suficiente para rechazar el requerimiento en esta parte, sin que dichas normas vulneren el ejercicio legítimo de los derechos de las adolescentes, que también debe ser respetado”.

128 *Ibíd.*

129 *Ibíd.*

130 *Ibíd.*: “Quincuagesimooctavo: Que de los antecedentes recordados puede concluirse que la intención del Constituyente fue confiar al legislador las modalidades concretas de protección de la vida del que está por nacer en el entendido que se trata de un ser existente e inserto en la concepción de persona, en cuanto sujeto de derecho, a que alude el encabezado del artículo 19. Este mandato al legislador importa la protección de un derecho y no solo del bien jurídico de la vida, distinción que no es menor para estos sentenciadores. En efecto, si solo se hubiese protegido la vida, en cuanto bien jurídico, bastaría que el legislador hubiese consagrado mecanismos que aseguraran al *nasciturus* la viabilidad de la vida intrauterina hasta el nacimiento. Sin embargo, el legislador —interpretando correctamente el mandato que le ha impuesto la Constitución— ha establecido acciones e instrumentos concretos destinados a que el *nasciturus* opte a la protección de sus derechos como cualquier otro titular.”

de la vida sino al derecho, por lo que el no nacido ostentaba la misma titularidad que cualquier otra persona.¹³¹

Después de determinar que existía una duda razonable respecto del efecto abortivo de la anticoncepción de emergencia, y dado que el aborto constituye una práctica inconstitucional en Chile en razón a la protección del derecho a la vida del no nacido, la Corte estableció que esa duda generaba otra duda razonable respecto de la afectación del derecho a la vida. La Corte, para resolver el asunto, aplicó el principio *pro homine*, según el cual se debe “privilegiar aquella interpretación que favorezca el derecho de “la persona” a la vida frente a cualquier otra interpretación que suponga anular ese derecho”¹³², y procedió a declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas.¹³³

- **Perú, 2009: La distribución de la anticoncepción de emergencia en el sistema de salud público es inconstitucional**

En 2009, el Tribunal Constitucional de Perú resolvió un recurso de amparo que buscaba detener la distribución de la anticoncepción de emergencia en el sistema público de salud por el Ministerio de Salud, argumentando que la píldora, por ser abortiva, violaba el derecho a la vida del concebido, así como el derecho a la información.¹³⁴

Los demandantes solicitaron con la acción que el Ministerio de Salud se abstuviera de: (i) iniciar el programa de distribución de la denominada “píldora del día siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita¹³⁵ y (ii) de “distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República”¹³⁶.

En primera instancia, el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima concedió parcialmente el amparo, ya “que por el desempeño de la demandada en cuanto a la ejecución del Programa de Distribución Pública de la denominada píldora del día siguiente, se podría generar una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido al no haberse descartado en forma palmaria el “tercer efecto” del citado fármaco”¹³⁷. En segunda instancia, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la decisión relativa a que la distribución de la píldora violaba el derecho a la vida, pero consideró que sí se violaba el derecho a la información, ya que las etiquetas del fármaco no contenían toda la información sobre los efectos del mismo.¹³⁸

El Tribunal Constitucional de Perú determinó que la distribución gratuita de la píldora sí vulneraba el derecho a la vida del concebido y declaró la inconstitucionalidad de su distribución, ordenando además que los laboratorios privados que produjeran o distribuyeran el fármaco debían advertir en la posología sobre el efecto antiimplantatorio de la píldora.

131 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2008), citando la Sentencia Rol 740-07-CDS de 2008.

132 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Sentencia Rol 740-07-CDS, de 18 de abril de 2008.

133 CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS (2008), citando la Sentencia Rol 740-07-CDS de 2008.

134 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Expediente N° 02005-2009-PA/TC por demanda de inconstitucionalidad. Sentencia de 16 de octubre de 2009.

135 *Ibíd.*, Antecedentes.

136 *Ibíd.*

137 *Ibíd.*

138 *Ibíd.*: “Argumenta su posición en el hecho de que en las Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva no se ha consignado que los Anticonceptivos Orales de Emergencia producen una ligera alteración al endometrio, que en todo caso no es determinante para impedir la implantación”.

El Tribunal, en las cuestiones a resolver, se refirió primero al derecho a la información. Luego, consideró los derechos reproductivos bajo las protecciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía, y determinó que bajo estos “toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo”¹³⁹. El tercer punto que abordó, y que fue el centro de sus consideraciones, se refirió al derecho a la vida. En su examen, el Tribunal consideró su jurisprudencia sobre la protección al derecho a la vida, así como las disposiciones de derecho internacional que ordenan su protección y las diferentes teorías sobre el inicio de la vida. Después, pasó a establecer que el concebido era sujeto de protección jurídica en Perú¹⁴⁰, no obstante, la dificultad radicaba en determinar en qué momento sucede la concepción a fin de determinar el momento en que comienza la protección jurídica. El tribunal encontró que la ciencia se encontraba dividida, por lo que ante la duda debían aplicarse los principios *pro homine* y a favor *débilis*.¹⁴¹ El Tribunal determinó, entonces, que la “concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser”¹⁴² y que la implantación se daba en un momento posterior a la concepción.

Después de considerar la posología del fármaco y otros conceptos científicos sobre el mismo, el Tribunal determinó que existía una duda sobre el posible efecto antiimplantatorio de la píldora, lo que potencialmente podía dañar al concebido, por lo que se determinó que violaba su derecho a la vida y se determinó la inconstitucionalidad de la distribución gratuita.¹⁴³ Asimismo, consideró que para proteger el derecho a la información, la posología del fármaco, en el marco de su venta privada, debía advertir sobre la posibilidad de la afectación de la implantación.

139 Ibid., párr. 6: “El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que solo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez]. En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo”.

140 Ibid., párr. 19: “Tanto por la normativa internacional como la nacional (constitucional como infraconstitucional) resulta evidente que la vida es protegida desde la concepción; siendo ésta, por lo menos desde la perspectiva del Derecho aplicable a nuestro país, una cuestión ya determinada, y sobre la cual no tendría utilidad hacer en este momento disquisiciones mayores”.

141 Ibid., párr. 24: “Corresponde a la ciencia describir y explicar el proceso de reproducción humana y cada una de las etapas del íter vital del ser humano; y, sobre esa base, apoyándose en lo que la ciencia médica señala, correspondería al mundo jurídico resolver las controversias que se le presenten. Como la ciencia médica se encuentra dividida, y no puede llegar a una respuesta definitiva, el mundo jurídico también se encuentra dividido. Es por ello que, para la solución del presente caso, adquieren singular relevancia algunos principios de interpretación de los derechos fundamentales, como el *pro homine* y el favor *débilis*”.

142 Ibid., párr. 28.

143 Ibid., párr. 53. “Por lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta, por un lado, que la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación; y, por otro, que existen dudas razonables respecto de la forma y entidad en que la denominada “Píldora del Día Siguiente” afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación; se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto. En consecuencia, el extremo de la demanda relativo a que se ordene el cese de la distribución de la denominada “Píldora del Día Siguiente”, debe ser declarado fundado”.

- **Brasil, 2012: Despenalización del aborto en casos de anencefalia**

En 2012, el Supremo Tribunal Federal de Brasil amplió los casos en que se permite interrumpir un embarazo para incluir aquellos en que el feto presenta una anencefalia. El Tribunal analizó una Acción Declaratoria de Precepto Fundamental, presentada en el 2004 por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Salud y el Instituto de Bioética, Derechos Humanos y Género, que solicitaba al Estado reparar las lesiones ocasionadas a las mujeres en casos en que eran obligadas a llevar a término embarazos de fetos que habían sido diagnosticados con anencefalia. La acción solicitaba al Tribunal revisar la prohibición del aborto contemplada en los artículos 124, 126 y 128 del Código Penal, que impedían la anticipación terapéutica del parto bajo la hipótesis de un feto con anencefalia previamente diagnosticada por un médico, en atención a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución a la dignidad, a la libertad y a la autonomía, así como al principio de legalidad.

Respecto de los límites del derecho penal, el Tribunal estableció que los casos en que la mujer tenga un feto anencefálico se pueden entender como un estado de necesidad suprarrenal, justificante para la interrupción de la gestación. En virtud de ello, era necesario ajustar la normatividad a la realidad social. El Tribunal Supremo sustentó su decisión en el artículo 128 del Código Penal y estableció que las normas revisadas debían interpretarse a la luz de las nuevas realidades y necesidades científicas y sociales, permitiendo la interrupción terapéutica del embarazo en casos de fetos anencefálicos.¹⁴⁴

Asimismo, el Tribunal recordó que toda conducta penalizada y criminalizada debía tener justificación en la Constitución y no en el capricho arbitrario del legislador. Así, determinó que la penalización de la interrupción terapéutica del embarazo en casos de fetos anencefálicos no cumplía con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, lo cual fundó principalmente en dos argumentos: (i) las disposiciones penales deben ser de *última ratio*; y (ii) los derechos a la vida, dignidad e integridad de las personas deben tenerse en cuenta a la hora de tipificar delitos y atribuir penas a ciertas conductas.

- **Argentina, 2012: Clarificación sobre la interpretación del aborto no punible en casos de violación**

En el año 2012 la Corte Suprema de Argentina, por medio de una Medida Autosatisfactiva¹⁴⁵, se pronunció sobre la interpretación del artículo del Código Penal que permite el aborto en casos de violación. El artículo establece, en lo relevante, que el aborto no es punible “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”¹⁴⁶. El artículo había generado controversia en su aplicación, ya que no era claro si la causal de violación también aplicaba a mujeres que no fueran “dementes”.

La Corte resolvió el caso de una menor de 15 años de edad (A.G.) que había sufrido una violación y deseaba realizarse un aborto legal. A pesar de que ella presentó un certificado médico y la denuncia de la violación ante el Ministerio Fiscal, se vio obligada a solicitar la interrupción del

144 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL. Acción declaratoria de precepto fundamental, sentencia de 12 de abril de 2012 (Voto del Magistrado Luís Fux).

145 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA. Expediente F.259.XLVI, 2010: “F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”. Sentencia de 13 de marzo de 2012.

146 Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179.

embarazo ante tres instancias, que se negaron a otorgar la medida solicitada.¹⁴⁷ Finalmente, el Tribunal Superior de la Provincia de Chubut permitió la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo de A.G. No obstante, esa decisión fue recurrida mediante un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de Argentina por el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut, en representación del *nasciturus* y en su carácter de Tutor *Ad-Litem* y Asesor de Familia e Incapaces.

La Corte Suprema denegó el recurso interpuesto y declaró que no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima. Adicionalmente, consideró que los requisitos judiciales para acceder a la interrupción contrariaban los derechos de las mujeres y los eliminó.

Para llegar a dicha decisión, la Corte determinó que no existía mandato legal alguno en el derecho nacional o internacional que impusiera que el criterio de interpretación de la norma debía ser restrictivo y se debía limitar el aborto legal a los casos de violación de mujeres con discapacidad cognitiva. Como fundamento recurrió a disposiciones de derecho internacional que protegen el derecho a la vida y argumentó que de esas disposiciones no se deriva la invalidez o restricción del aborto.¹⁴⁸

La Corte también fundamentó su decisión en el derecho a la igualdad y la prohibición de toda discriminación. Afirmó que de dichas protecciones se desprende la prohibición de realizar una distinción de trato entre las mujeres que han sido víctimas de violencia sexual, pues no existe ningún criterio válido o razonable que permita dicha diferenciación.¹⁴⁹

Igualmente, la Corte consideró violatorio del derecho a la dignidad y desproporcionado exigirle a las “otras víctimas” de violencia sexual que realicen, en beneficio de otros o de un bien colectivo, sacrificios o actos de difícil cumplimiento que les perjudiquen sus propios derechos.¹⁵⁰ La Corte aplicó también los principios de legalidad y *pro homine*, que obligan a adoptar la interpretación más amplia de la norma, así como la más favorable para la protección de los derechos.¹⁵¹ Lo anterior, considerando que debe entenderse que el derecho penal es un recurso de *última ratio* del ordenamiento jurídico, por lo que debe favorecer la limitación de los casos de punibilidad.

147 La menor, denominada como A.G., realizó solicitud ante la Justicia Penal de la provincia de Chubut. Posteriormente, la madre de la menor inició una medida ante el Juzgado de Familia que ofició a un equipo médico interdisciplinario para que determinara la procedencia de la solicitud. Adicionalmente, el caso se sometió al criterio del Comité de Bioética para finalmente ser rechazado por el Juzgado de Familia. Así, el caso llegó al Tribunal Superior de la Provincia de Chubut que revocó la decisión y admitió la solicitud de la menor y su madre.

148 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA. Expediente F.259.XLVI, 2010: “F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”. Sentencia de 13 de marzo de 2012, párr. 14.

149 *Ibid.*, párr. 15. Para dar sustento a lo anterior se resaltó el artículo 16 de la Constitución Nacional de Argentina, el artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los artículos 2 y 7 de Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 2.1 y 26 del PIDCP, los artículos 2 y 3 del PIDESC, los artículos 1.1 y 24 de la CADH, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la CEDAW y los artículos 4.f y 6.a, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

150 *Ibid.*, párr. 16: “Que por lo demás, de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente. Este principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual esta 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. En efecto, la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar”.

151 *Ibid.*, párr. 17.

A su vez, consideró que la norma del Código Penal contempla el supuesto de autorización del representante legal en los casos donde no pueda mediar consentimiento de la mujer para realizar el aborto, por lo que supone que hay casos en que ella sí puede consentir.¹⁵²

Por otro lado, la Corte llamó la atención sobre los requisitos judiciales que se estaban solicitando a las mujeres para la práctica de un aborto legal, sosteniendo que “[l]a 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 su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras”¹⁵³.

Igualmente, consideró que someter a una víctima de violencia sexual a la exposición reiterada de los hechos, a trámites injustificados y a enfrentarse a diversas instancias médicas y judiciales se debía considerar como un acto de violencia institucional por parte del Estado. La Corte sustentó esta consideración en el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y en los artículos 3 y 6 de la Ley 26.485, Régimen de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.¹⁵⁴

5. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO EN AMÉRICA LATINA

Si bien las decisiones anteriores resuelven problemas diferentes y tienen un valor distinto en cada sistema constitucional, en conjunto representan una tendencia progresiva hacia el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos como derechos tutelados constitucionalmente por parte de las Cortes Constitucionales de América Latina. Con excepción de la chilena, todas las decisiones reconocen implícita o explícitamente los derechos sexuales y reproductivos. A su vez, cada una de las decisiones que se refieren al aborto y que reconocen los derechos reproductivos hace diferentes razonamientos para determinar las protecciones de los derechos.

Los casos que resuelven si la distribución gratuita de anticoncepción de emergencia vulnera el derecho a la vida desde la concepción son diferentes. Aunque las decisiones están considerando la constitucionalidad del cumplimiento de obligaciones internacionales sobre los derechos reproductivos, particularmente la adopción de medidas para garantizar la salud reproductiva de las mujeres sin discriminación, los fallos no consideran los derechos reproductivos como un derecho en juego al momento de analizar la constitucionalidad de la medida. Tanto la decisión peruana como la chilena sostienen que el problema central es determinar si la píldora vulnera el derecho a la vida desde la concepción, pero no consideran que los derechos reproductivos de las mujeres puedan ser potencialmente vulnerados por la decisión y ni siquiera contemplan la opción en casos extremos, como la necesidad de la píldora cuando la mujer es víctima de violencia sexual. Tanto la decisión chilena como la peruana encuentran fundamento en las protecciones del derecho a la vida en el derecho internacional para proteger al no nacido y darle titularidad sobre el derecho a la vida, como sujeto de derechos. Las dos decisiones encuentran una duda razonable sobre el efecto abortivo de la píldora y lo consideran inconstitucional con fundamento en la protección del derecho a la vida del no nacido.

152 *Ibíd.*, párr. 18.

153 *Ibíd.*, párr. 19.

154 *Ibíd.*, párr. 24.

La decisión del Tribunal Constitucional de Perú, si bien hace referencia a los derechos reproductivos como una cuestión a resolver, no considera los efectos de su limitación cuando aplica el juicio de constitucionalidad. No obstante, su referencia es importante, toda vez que avanza en la determinación del contenido de los derechos reproductivos en Perú. En sus consideraciones enmarca los derechos reproductivos bajo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el reconocimiento de la dignidad humana y el derecho a la libertad. El Tribunal, reiterando su jurisprudencia, precisa el derecho como “la libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: (1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; (2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, (3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo”¹⁵⁵. Y, para el caso puntual, considera que se trata del derecho de toda mujer a “elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo”¹⁵⁶. En su resolución, sin embargo, la sentencia solo tiene en cuenta el posible efecto que tendría para el derecho a la vida del concebido la píldora, determinando así el derecho a la vida como un derecho absoluto. No obstante, el Tribunal dejó la puerta abierta para que eventualmente pudiera vencerse la duda razonable sobre el efecto de la píldora.

Tanto la decisión chilena como la peruana generan un problema estructural respecto del derecho a la igualdad en el acceso de las mujeres a los servicios de salud. Al declarar la inconstitucionalidad de la distribución gratuita de la anticoncepción de emergencia, no consideran el doble régimen que se crea como consecuencia: las mujeres que tengan la capacidad económica para adquirir el fármaco tienen la posibilidad de hacerlo, mientras que las mujeres que dependen del servicio de salud público no podrán acceder a él.

Con todo, la decisión del caso “Artavia Murillo” de la Corte IDH tiene el potencial para ser la base de un cambio en las interpretaciones realizadas por los tribunales chileno y peruano respecto del alcance de la protección del derecho a la vida desde la concepción. Las consideraciones en dicha sentencia establecen que, de conformidad con la CADH, no es posible otorgar la titularidad del derecho a la vida antes de la implantación y que al determinar la protección que otorga el artículo 4.1 se deben tener en cuenta todos los derechos fundamentales en juego, confiriendo una protección gradual e incremental de acuerdo con las etapas de desarrollo de la gestación.

En el caso de las sentencias que reconocen el acceso al aborto en ciertas circunstancias, las excepciones a la punibilidad se establecen para los casos en que la salud o la vida de la mujer se encuentren en riesgo, cuando el feto presente malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, en los casos en que el embarazo sea producto de una violación y sin motivo o razón durante las primeras doce semanas de embarazo. El siguiente cuadro recoge los derechos constitucionales a partir de los cuales se ha desarrollado el derecho al aborto en diferentes circunstancias en el desarrollo de los derechos reproductivos.

155 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Expediente N° 02005-2009-PA/TC por demanda de inconstitucionalidad. Sentencia de 16 de octubre de 2009, párr. 6.

156 *Ibíd.*, párr. 6.

PAÍS	DERECHO RECONOCIDO	DERECHOS CONSIDERADOS
Colombia	Derecho fundamental al aborto cuando el embarazo sea una amenaza para la vida o la salud de la mujer	Vida, salud, bloque de constitucionalidad
Colombia	Derecho fundamental al aborto cuando el feto presenta malformaciones incompatibles con la vida extrauterina	Vida, salud, dignidad, integridad personal, derecho a estar libre de trato cruel, inhumano o degradante, bloque de constitucionalidad
Colombia	Derecho fundamental al aborto cuando el embarazo es producto de violencia sexual	Dignidad, libre desarrollo de la personalidad, autonomía
México	Derecho al aborto por cualquier motivo durante las primeras doce semanas de embarazo	Vida, igualdad
Brasil	Derecho al aborto en casos en que el feto presente anencefalia	Vida, dignidad, integridad, principio de legalidad y proporcionalidad del derecho penal.
Argentina	Derecho al aborto cuando el embarazo es producto de violencia sexual	Vida, salud, igualdad, dignidad, privacidad y derecho a estar libre de violencia

Las decisiones de Colombia, México y Argentina son las que presentan una mayor consideración a sus obligaciones convencionales y al DIDH, y aplican este último como fundamento de sus resoluciones. Estas sentencias también muestran la importancia de determinar cómo opera la protección del derecho a la vida desde la concepción en el marco del derecho internacional, que también usan como fundamento. Particularmente, en el caso de la decisión de Colombia para determinar el derecho al aborto cuando la vida o la salud de la mujer se encuentren en riesgo, la Corte toma el bloque de constitucionalidad como fundamento del derecho. Lo anterior implica un reconocimiento de que en el derecho internacional se entiende que existe una tendencia hacia la protección de los derechos de la mujer a la salud y a la vida cuando estos se enfrentan a la protección del interés de la vida en potencia. Igualmente, las consideraciones sobre el derecho a la igualdad son transversales a las tres decisiones.

La decisión de Brasil no reconoce explícitamente el derecho al aborto en el caso de la anencefalia, sino que determina la ampliación de las circunstancias en las que es legal adelantar el parto a partir de consideraciones esencialmente del derecho penal. No obstante, la introducción de la causal de no punibilidad de aborto al amparo de consideraciones sobre el derecho a la vida, a la dignidad y a la integridad, en las que se da prevalencia a los derechos de la mujer, reitera el carácter progresivo del reconocimiento del derecho al aborto, cuando la salud o la vida de la mujer se encuentre en riesgo, como un derecho fundamental.

Las decisiones expuestas, implícita o explícitamente, muestran una tendencia orientada a cumplir con la obligación de eliminar los estereotipos que pesan sobre las mujeres, a través de la incorporación de la perspectiva de género y la protección de los derechos humanos a la política criminal. Las decisiones sobre aborto se alejan de la priorización de tutela de la moral colectiva en la criminalización del aborto para pasar a considerar la tutela específica de los derechos de las mujeres.

Si bien se percibe la tendencia hacia el reconocimiento, garantía y protección de los derechos sexuales y reproductivos en las anteriores decisiones, estas constituyen solo un punto de partida y no representan necesariamente todo el panorama jurídico de un sistema constitucional

frente al tema. La tendencia progresiva hacia el reconocimiento y protección de ciertos derechos reproductivos parte de diferentes análisis, en los que no es tan clara la aplicación del control de convencionalidad. Lo anterior, en parte, responde al diseño constitucional en el que la aplicación de un precedente o estándar de DIDH va a depender de si un sistema tiene o no constitucionalizados los tratados internacionales, y a su vez, al valor que le dé dicho sistema a las interpretaciones que hacen los órganos autorizados de interpretar esos tratados. De otra parte, cada decisión parte de análisis diferentes, que en algunos casos se enmarcan exclusivamente en los argumentos presentados por los peticionarios y en otros en la discrecionalidad de los jueces de acuerdo con el margen que les es permitido. Este análisis plantea diferentes preguntas, unas estructurales y otras de contenido. Algunas de estas se plantean a continuación.

Preguntas:

1. ¿Cuál es el dialogo que existe entre el DIDH y los regímenes constitucionales?
2. ¿Cuál es la aplicabilidad de los precedentes y estándares internacionales en la interpretación constitucional?
3. ¿Cuál es el papel que juega la dignidad humana en la determinación de los derechos sexuales y reproductivos?
4. ¿Qué interrelación existe entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales en la justiciabilidad de los derechos sexuales y reproductivos?
5. ¿Es la igualdad sustantiva el eje central del análisis constitucional para la determinación de estos derechos y las obligaciones estatales respecto de los mismos? ¿O su reconocimiento encuentra su eje en el principio de proporcionalidad en la ponderación de derechos y en la determinación de las obligaciones exigibles de los individuos?

BIBLIOGRAFÍA

ARANGO OLAYA, Mónica. 2004. El Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En: PRECEDENTE – Anuario Jurídico 2004. Colombia, Universidad Icesi.

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. 1999. Informe del Comité especial plenario del vigésimo primer periodo extraordinario de sesiones. Adición: Medidas clave para seguir ejecutando el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. [En línea] U.N. Doc. A/S-21/5/Add.1. <<http://www.un.org/popin/unpopcom/32ndsess/gass/215a1sp.pdf>> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. 2000. Informe del Comité Especial Plenario del vigésimo primer periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General. [En línea] U.N. Doc. A/S-23/10/Rev.1. <<http://www.un.org/spanish/conferences/Beijing/as2310rev1.pdf>> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. 2008. La anticoncepción de emergencia en Chile (documento manuscrito).

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. 2010a. Haciendo de los derechos una realidad. [En línea] <<http://reproductiverights.org/es/document/haciendo-de-los-derechos-una-realidad>> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. 2010b. Hoja Informativa: Aborto y Derechos Humanos. [En Línea] <<http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/BRB-Aborto%20y%20Derechos%20Humanos.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. 2010c. Hoja Informativa: Estar libre de violencia es un derecho humano. [En Línea] <<http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/BRB-Estar%20Libre%20de%20Violencia.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013] [Consulta: 17 de octubre de 2013].

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. 2010d. Hoja Informativa: La planificación familiar es un derecho humano. [En Línea] <<http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/BRB-Planificacion.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. 2010e. Hoja Informativa: Los derechos en el matrimonio y en las relaciones familiares. [En Línea] <<http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/BRB-Derechos%20Matrimonio.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. 2010f. Hoja Informativa: Mutilación genital femenina y otras prácticas nocivas. [En Línea] <<http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/BRB-Mutilacion%CC%81n%20Genital.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 1999. Integración de los derechos de la mujer y la perspectiva de género: La violencia contra la mujer. 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: 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. Adición. [En línea] U.N. Doc. E/CN.4/1999/68/Add.4. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/103/29/PDF/G9910329.pdf?OpenElement>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 2005. Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak: Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención. [En línea] U.N. Doc. E/CN.4/2006/6. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/168/12/PDF/G0516812.pdf?OpenElement>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Informe sobre Servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos. 2010. [En Línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/SaludMaterna2010.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011a. Acceso a la Información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II., doc. 61. [En Línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ACCESO%20INFORMACION%20MUJERES.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011b. Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica. OEA/Ser.L/V/II., doc. 63 [En Línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2004. Observaciones finales al tercer informe periódico de Chile, aprobadas por el Comité en su 32° periodo de sesiones (3 a 21 de mayo de 2004).

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2006. Observaciones finales al cuarto informe periódico de Perú, aprobadas por el Comité durante su 36° periodo de sesiones (19 a 19 de mayo de 2006). U.N. Doc. CAT/C/PER/CO/4.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2009. Observaciones finales al informe inicial de Nicaragua, aprobadas por el Comité en su 42° periodo de sesiones (27 de abril a 15 de mayo de 2009). U.N. Doc. CAT/C/NIC/CO/1.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2010. Observaciones finales a los informes periódicos cuarto, quinto y sexto combinados de Ecuador, aprobadas por el Comité en su 45° periodo de sesiones (1 a 19 de noviembre de 2010) U.N. Doc. CAT/C/ECU/CO/4-6.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2011a. Observaciones finales sobre el informe inicial de Irlanda, aprobadas por el Comité en su 46° periodo de sesiones (9 de mayo a 3 de junio de 2011) U.N. Doc. CAT/C/IRL/CO/1.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2011b. Observaciones finales a los informes cuarto, quinto y sexto combinados de Paraguay, aprobadas por el Comité en su 47° periodo de sesiones (31 de octubre a 25 de noviembre de 2011). U.N. Doc CAT/C/PRY/CO/4-6.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2012. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Perú, aprobadas por el Comité en su 49° período de sesiones (29 de octubre a 23 de noviembre de 2012). U.N. Doc. CAT/C/PER/CO/5-6.

COMITÉ CONTRA LA TORTURA. 2013. Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Kenya, aprobadas por el Comité en su 50° período de sesiones (6 a 31 de mayo de 2013). U.N. Doc. CAT/C/KEN/CO/2.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2013. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez. [En línea] U.N. Doc. A/HRC/22/53. <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COOK, Rebecca, DICKENS, Bernard y FATHALLA, Mahmoud. 2003. Salud reproductiva y derechos humanos: integración de la medicina, la ética y el derecho. Bogotá, Profamilia.

GRUPO DE INFORMACIÓN EN REPRODUCCIÓN ELEGIDA - GIRE. 2009. Constitucionalidad de la ley sobre aborto en la Ciudad de México. [En Línea] <http://www.gire.org.mx/publica2/ConstitucionalidadAbortoCiudad_TD8.pdf> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

MILLER, Alice. 2010. Sexualidad y Derechos Humanos. Documento de reflexión. [En línea] Ginebra, Consejo Internacional de Políticas en Derechos Humanos (ICHRP) <http://www.ichrp.org/files/reports/57/137_report_es.pdf> [Consulta: 5 de octubre de 2013].

NACIONES UNIDAS. 1995. Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994). [En línea] Nueva York, Naciones Unidas. U.N. Doc. A/CONF.171/13/Rev.1. <http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

NACIONES UNIDAS. 1996. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995). [En línea] Nueva York, Naciones Unidas. U.N. Doc. A/CONF.177/20/Rev.1. <<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. 2007. Salud en las Américas. Volumen 1-Regional. [En línea] Washington D.C., OPS. <<http://www2.paho.org/saludenlasamericas/dmdocuments/salud-americas-2007-vol-1.pdf>> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

Jurisprudencia y casos citados

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

- Caso Irlanda vs. Reino Unido. Application N° 5310/71. Decisión de 18 de enero de 1978. [En Línea] <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57506>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS

- Caso L.M.R. vs. Argentina. Comunicación N° 1608/2007, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1608/2007. Decisión de 28 de abril de 2011.
- Caso K.L. vs. Perú. Comunicación N° 1153/2003, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003. Decisión de 24 de octubre de 2005.

COMITÉ CEDAW

- Caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brasil. Com. N° 17/2008. U.N. Doc. CEDAW/C/49/D/17/2008. Decisión de 27 de septiembre de 2011. [En Línea] <http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-49-D-17-2008_sp.pdf> [Consulta: 17 de octubre de 2013].
- Caso L.C. vs. Perú. Comunicación N° 22/2009. U.N. Doc. CEDAW/C/50/D/22/2009. Decisión de 25 de noviembre de 2011. [En Línea] <http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-50-D-22-2009_sp.pdf> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Informe No. 71/03 (Solución Amistosa). Caso 12.191: María Mamérita Mestanza Chávez - Perú. 10 de octubre de 2003 [En Línea] <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Peru.12191.htm>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].
- MC 114/13 – B, El Salvador. (Medidas Cautelares) [En Línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].
- MC 43-10 – Amelia, Nicaragua. (Medidas Cautelares) [En Línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Asunto B respecto de El Salvador. Sentencia de 29 de mayo de 2013. (Medidas Provisionales). [En Línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf> [Consulta: 17 de octubre de 2013].
- Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf> [Consulta: 17 de octubre de 2013].
- Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre 1999 (Fondo). [En línea] <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf> [Consulta: 10 de octubre de 2013].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- Sentencia de constitucionalidad condicionada C-355/2006, de 10 de mayo de 2006. [En Línea] <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO

- Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia, de 28 de agosto de 2008. [En Línea] <<http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/ENGROSECOSSxcdO-146-07.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

- Sentencia Rol 740-07-CDS, de 18 de abril de 2008. [En Línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=914>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ

- Expediente N° 02005-2009-PA/TC por demanda de inconstitucionalidad. Sentencia de 16 de octubre de 2009. [En Línea] <http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=observatorio&id_decision=389> [Consulta: 17 de octubre de 2013].

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL.

- Acción declaratoria de precepto fundamental, sentencia de 12 de abril de 2012.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA

- Expediente F.259.XLVI, 2010: "F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva". Sentencia de 13 de marzo de 2012. [En Línea] <<http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/jurisprudencia/Argentina/ANP-CSJ.pdf>> [Consulta: 17 de octubre de 2013].