

Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos

*Rocío Villanueva Flores**

Alice Miller sostiene que hay tres formas de aproximarse al tema de los derechos sexuales: desde una perspectiva evolutiva, devolutiva o revolucionaria¹. La aproximación o perspectiva evolutiva busca aplicar los derechos existentes a nuevos sujetos (ej. trabajadoras sexuales) y a nuevas situaciones (ej. elección de pareja del mismo sexo), invocando los derechos existentes para responder a los diferentes aspectos de las necesidades sexuales. Desde esta aproximación, se invoca el derecho a la privacidad para proteger la actividad sexual entre personas del mismo sexo, el derecho a la integridad para proteger la violencia sexual contra mujeres, el principio de igualdad a favor de los homosexuales, etc.

De acuerdo con la perspectiva devolutiva, los derechos sexuales son identificados con reclamos sectoriales específicos, como considerar que estos derechos corresponden única y específicamente a las personas gays, lesbianas, bisexuales y transgénéricas. Miller admite que muchos grupos que formulan demandas devolutivas utilizan técnicas evolutivas para hacerlo².

Finalmente, la perspectiva revolucionaria reivindica la primacía de la igualdad y no discriminación, pone énfasis en la dignidad de la personas y en la idea de que los derechos son interdependientes en su realización, señalando la importancia de la participación de individuos y grupos en la determinación de los temas que los afectan³. Como podrá apreciarse, la demanda evolutiva no parece distinguirse de la demanda revolucionaria, pues en ambos casos estamos ante un enfoque de derechos para proteger los ámbitos de la sexualidad y de la reproducción.

* Profesora de Filosofía del Derecho y de Teoría Jurídica de los Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Miller Alice, “Las demandas por derechos sexuales”, en III Seminario Regional Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos, Derechos Humanos, Cladem, Lima, 2002, pp. 121-140.

² Ibidem pp. 130-131.

³ Ibidem, p. 139.

El objetivo de este artículo es presentar el tema de los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva explícitamente evolutiva, analizando cómo la justicia constitucional ha resuelto en América Latina los casos en los que se han discutido tales derechos, y qué derechos se han invocado cuando las demandas se han amparado. La perspectiva evolutiva es útil pues trae como consecuencia la exigencia del cumplimiento de obligaciones estatales. Es también útil pues permite identificar problemas en la aplicación del derecho y proponer modificaciones al marco legal existente para una mejor protección de los derechos sexuales y reproductivos.

1. Concepto e importancia de los derechos reproductivos y de los derechos sexuales

Es cierto que en muchas ocasiones los derechos de las mujeres son violados de la misma forma que los de los hombres. Sin embargo, en otras, sus derechos son violados de manera en que no lo son los derechos de los hombres, o que lo son pero sólo de manera excepcional. Estas violaciones específicas suelen estar referidas a la vida sexual y reproductiva de las mujeres⁴, que son precisamente los ámbitos que protegen los derechos de los que nos ocuparemos en este artículo.

La protección constitucional de estos derechos cobra una importancia particular pues su ejercicio está vinculado a la esfera privada de la vida de las personas, que es en la que suelen ocurrir las afectaciones más frecuentes a los derechos de las mujeres. Como se sabe, durante mucho tiempo las violaciones a los derechos que ocurrían en tal esfera no fueron objeto de preocupación estatal. La ausencia de leyes que protegieran a las mujeres frente a la violencia doméstica o que les garantizaran tomar decisiones en relación a su propia fecundidad, son un buen ejemplo de lo anteriormente señalado.

En este mismo orden de ideas, se ha hablado incluso de una ceguera de género (*gender blindness*) de los textos internacionales de protección de los derechos humanos⁵, pues los primeros pactos y convenios universales y regionales no fueron diseñados con el objetivo de proteger a las mujeres frente a formas de vulneración a los derechos humanos que las afectan específicamente. De hecho, la crítica feminista

⁴ Rao Arati, "Right in the Home: Feminist Theoretical Perspectives on International Human Rights", en *The Philosophy of Human Rights*, Patrick Hayden, Paragon Issues in Philosophy, Paragon House-St. Paul, MN, USA, 2001, p. 511.

⁵ Ibidem, p. 512.

al discurso tradicional de los derechos humanos radica en la visión androcéntrica de dicho discurso, que considera como modelo de titular de tales derechos al varón adulto y propietario, cuyos derechos suelen ser vulnerados en el ámbito público. Incluso, en relación al sistema interamericano de derechos humanos, se ha señalado que “es sólo en épocas recientes que ha empezado a hacerlo tomando en cuenta la perspectiva de género”⁶, volviendo la mirada a lo que ocurre en el ámbito privado y, como consecuencia de ello, en el aspecto sexual y reproductivo.

Por otro lado, se ha señalado que no fue hasta 1979 que se contó con un instrumento que cambió la concepción de los derechos de las mujeres: la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), denominada por Alda Facio como “la Carta Magna de todas las mujeres”, por ser el primer instrumento internacional con perspectiva de género⁷. LA CEDAW es un ejemplo del proceso de especificación en la evolución de los derechos humanos, “consistente en el paso gradual pero siempre acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos”⁸.

Sin embargo, hay que señalar que en ninguno de los pactos o convenios universales o regionales de protección de los derechos humanos se emplean las expresiones “derechos sexuales” o “derechos reproductivos”, aunque al igual que en el caso de otros derechos –como el derecho a la verdad- ello no ha impedido que sean protegidos, en la mayor parte de casos.

1.1. El concepto de derechos reproductivos

Sonia Correa y Rosalind Petchesky afirman que el término “derechos reproductivos” se empleó por primera vez en Estados

⁶ Abi Mershed, Elizabeth A.H., “Los derechos reproductivos en el contexto del sistema interamericano de protección de derechos humanos”, en *Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, UNFPA, Naciones Unidas Alto Comisionado para Derechos Humanos, San José, 2003, p.139. Véase también Badilla Ana Elena, “La igualdad de género en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Fernando Flores (coordinador) *Género y derecho constitucional*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2003, pp. 83-99.

⁷ Véase Bareiro Line, “Los derechos reproductivos y los derechos universales”, en *Promoción y defensa de los derechos reproductivos...*, op. cit., pp. 122-123.

⁸ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 109.

Unidos, probablemente con la fundación, en 1979, de la Red Nacional de Derechos Reproductivos (R2N2)⁹.

Sin embargo, sería a partir de la V Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), llevada a cabo en El Cairo en 1994, que el uso del término “derechos reproductivos” empezó a generalizarse para reivindicar los derechos que las mujeres tienen en el ámbito reproductivo. Como se sabe, la mencionada conferencia internacional analizó los desafíos ligados al crecimiento poblacional y al desarrollo sustentable, y tuvo un impacto muy importante porque los asuntos de población fueron planteados desde un enfoque de derechos humanos¹⁰.

Ello explica por qué el Programa de Acción de la CIPD contiene una definición de los derechos reproductivos, que fue ratificada en la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing en 1995. En virtud de esta definición “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación,

⁹ Correa Sonia y Petchesky Rosalind, “Reproductive and Sexual Rights: A Feminist Perspective”, en G. Sen, A. Germaine y L.C. Chen (eds), *Population Policies Reconsidered: Health, Empowerment and Rights*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994, p. 108. Las autoras advierten que las raíces del término derechos reproductivos, vinculadas a la idea de integridad corporal y autodeterminación sexual, tienen una genealogía más antigua y culturalmente más amplia.

¹⁰ Véase Copelon Rhonda y Petchesky Rosalind, “Hacia un enfoque interdisciplinario de los derechos reproductivos y sexuales como derechos humanos: reflexiones sobre la CIPD y el futuro”. Alice Miller señala incluso que hasta “antes de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo en El Cairo, los programas de planificación familiar en el mundo se las arreglaron para funcionar sin reconocer de alguna manera el papel central que el comportamiento sexual desempeña en la anticoncepción”, véase “Sexual no reproductivo: explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos”, en *Derechos sexuales y reproductivos. Aportes y diálogos contemporáneos*, Sofía Gruskin (ed.), Centro de la Mujer Flora Tristán, Lima, 2001, p. 114.

coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos” (Párrafo 7.3)¹¹.

Por su parte, la salud reproductiva es definida como “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 (Párrafo 7.2)”.

En relación a instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, cabe destacar que el inciso e) numeral 1) del artículo 16° de la CEDAW, establece lo siguiente:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) e) 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 derechos¹².

En cuanto a textos constitucionales, debe señalarse que el artículo 36° de la Carta ecuatoriana de 1998 menciona explícitamente a los derechos reproductivos:

Artículo 36°.- El Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor.

Velará especialmente por el respeto a los **derechos** laborales y **reproductivos** para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y acceso a los sistemas de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia, de la mujer trabajadora, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar y la que se que se encuentre en estado de viudez (...) (el subrayado es nuestro).

¹¹ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 5 al 13 de setiembre de 1994, véase www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd_poa.htm

¹² El artículo 6° d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, incluye dentro del genocidio a las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.

En relación a textos constitucionales provinciales o locales, debe mencionarse la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de 1996, cuyo artículo 21° inciso 4) señala que:

Artículo 21°.- La Legislatura debe sancionar una Ley Básica de Salud conforme a los siguientes lineamientos: (...) 4. Promueve la maternidad y paternidad responsables. Para tal fin pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus **derechos reproductivos**¹³ (el subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 43° del texto constitucional ecuatoriano hace explícita referencia a la salud sexual y reproductiva:

Artículo 43°.- (...) El Estado promoverá la cultura por la salud y la vida, con énfasis en la educación alimentaria y nutricional de madres y niños, y en la **salud sexual y reproductiva**, mediante la participación de la sociedad y la colaboración de los medios de comunicación social (...) (el subrayado es nuestro).

Cabe indicar que “constitucionalmente el derecho a decidir sobre el número de hijos y su espaciamiento está reconocido al menos en Brasil, México, Colombia, Ecuador, Perú y Paraguay”¹⁴. Por otro lado, se suele incluir en la lista de derechos reproductivos a la atención de

¹³ La Ley N° 153, Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires, expresamente establece en el artículo 4°, literal n, como parte de los derechos de las personas en su relación con el sistema de salud, el “ejercicio de los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a la información, educación, métodos y prestaciones que los garanticen”. Adicionalmente, la Ley N° 418, Ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable de la Ciudad de Buenos Aires, señala en el artículo 3° a), como parte de los objetivos de la norma, “garantizar el acceso de varones y mujeres a la información y a las prestaciones, métodos y servicios necesarios para el ejercicio responsable de sus derechos sexuales y reproductivos”. En Colombia, la Ley N° 823 de 2003, mediante la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres, señala en su artículo 6° que “El Gobierno ejecutará acciones orientadas a mejorar e incrementar el acceso de las mujeres a los servicios de salud integral, inclusive de salud sexual y reproductiva y salud mental, durante todo el ciclo vital, en especial de las niñas y adolescentes”; además de establecer que el Gobierno ejecutará programas para “preventivamente reducir las tasas de morbilidad y mortalidad femenina relacionadas con la salud sexual y reproductiva, salud mental y discapacidad”. En México, el artículo 6° fracción I, incisos b), c) y d) de la Ley de Salud para el Distrito Federal, establece la prestación de servicios de salud materno infantil, salud para la mujer y de salud sexual y reproductiva. En Bolivia, el Congreso Nacional aprobó el 5 de mayo de 2004, la Ley Marco sobre Derechos Sexuales y Reproductivos, aunque mediante carta de fecha 14 de mayo, el ex Presidente Carlos Mesa observó la Ley y la devolvió al Legislativo.

¹⁴ Véase Vásquez Roxana y Romero Inés, “Balance regional: ¿qué permanece y qué ha cambiado? En *Derechos Sexuales*, III Seminario Regional Derechos Reproductivos, Derechos Humanos, op. cit., p. 96.

la mujer durante el embarazo y el parto¹⁵. Hay también una tendencia a reconocer que la noción de derechos reproductivos incluye la reproducción asistida¹⁶.

Un tema más polémico es la inclusión de la interrupción del embarazo en la lista de derechos reproductivos. Cabe recordar que hay recomendaciones del Comité de Naciones Unidas en el sentido de revisar la legislación interna en materia de represión penal del aborto¹⁷, al considerar que vulnera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En países como Estados Unidos y España, la despenalización del aborto ha tenido como eje principal la defensa de los derechos a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad personal de la mujer¹⁸. Por su parte, en México y en Colombia, cuando la Corte Suprema y la Corte Constitucional –respectivamente– han resuelto demandas que cuestionaban la constitucionalidad de los dispositivos penales que permiten que en determinados supuestos de aborto el juez pueda prescindir de aplicar la pena, la argumentación jurídica para fundamentar la constitucionalidad de tales normas se ha

15 Bareiro, Line, “Los derechos reproductivos y los derechos universales”, op. cit. p. 130. El párrafo 7.2 del Programa de Acción de El Cairo, al definir la salud reproductiva, señala que “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 (...)”.

16 Miller, Alice “Las demandas por derechos reproductivos”, op. cit. p. 132.

17 En el caso peruano el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha emitido observaciones en los años 1996 y 2000, en las que muestra preocupación por las disposiciones penales que sancionan el aborto, por considerar que vulneran los artículos 3º, 6º y 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagran el derecho a la igualdad, a la vida y a no ser sometido a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, véase *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú*. N.U. Doc. CCPR/C/79/Add. 72 (1996) y *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú*, N.U. Doc. CCPR/CO/70/PER (2000). Observaciones semejantes ha emitido el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en 1998, véase *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Perú*. N.U. Doc. A/53/38/Rev. 1. Este tipo de observaciones han sido emitidas en relación a la legislación penal en materia de aborto de Argentina, Chile, Colombia, Guatemala y México.

18 En el caso español véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85 y en el estadounidense la sentencia expedida en caso *Roe vs. Wade*; ambas se encuentran publicadas en *Los derechos de la mujer en la jurisprudencia constitucional comparada*, Defensoría del Pueblo, Lima, agosto, 2000, Tomos I y II, pp. 225-289 y 151-198 respectivamente. También véase Villanueva Rocío, “El aborto: un conflicto entre derechos humanos” en *Aproximaciones conceptuales*, Manuela Ramos-UNIFEM, Lima, 1996, pp.187-217.

basado principalmente en la función de la sanción penal en un estado democrático y en la inexigibilidad de otra conducta a la mujer que interrumpe su embarazo en determinadas circunstancias. Si bien en el caso mexicano se trata del aborto eugenésico y en el caso colombiano del aborto por violación o por inseminación artificial no consentida, las mencionadas cortes han coincidido en sostener que aunque en tales supuestos subsiste el carácter delictivo es posible no aplicar la sanción al sujeto activo en casos específicos¹⁹.

Cabe señalar que la Defensoría del Pueblo del Perú, a través de la Resolución N° 01 de 26 de enero de 1998, ha señalado expresamente la importancia del respeto de los derechos reproductivos reconocidos en el artículo 6° de la Constitución, según el cual: “Artículo 6°.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud (...)”²⁰.

Si bien de los textos constitucionales mencionados así como de la definición contenida en el Programa de Acción de la CIPD se desprende que los derechos reproductivos protegen tanto a hombres como a mujeres, es usual considerarlos como “un conjunto de derechos muy especiales para las mujeres”²¹, quizá porque los roles socialmente asignados a éstas han determinado que la responsabilidad en materia

¹⁹ Véase Villanueva Rocío, “Género y justicia constitucional en América Latina”, en *Género y derecho constitucional*, Fernando Flores (coordinador), op. cit., pp. 37-82. En el caso mexicano se trata de la sentencia de la Corte Suprema dictada en enero de 2001. En el caso colombiano la sentencia, dictada por la Corte Constitucional, es la 647/01.

Cabe señalar que en abril de 2005, la abogada Mónica Roa ha presentado una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122° del Código Penal de Colombia (Ley 599 de 2000), que sanciona cualquier tipo de aborto. La actora alega que la prohibición absoluta del aborto vulnera los derechos a la vida, a la salud, a la integridad, a la igualdad y no discriminación así como el principio de dignidad humana, los derechos a la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en la Constitución colombiana y en diversos tratados internacionales.

²⁰ La Defensoría del Pueblo ha elaborado seis informes defensariales en materia de derechos reproductivos y planificación familiar. Véase los Informes Defensariales N° 7, N° 25, N° 27, N° 69, N° 78 y N° 90 en www.defensoria.gob.pe. Sobre el trabajo de la Defensoría del Pueblo en materia de derechos reproductivos véase, Ramos Mayda, “Los derechos reproductivos son derechos humanos: su protección por la Defensoría del Pueblo”, en *Debate Defensorial*, Revista de la Defensoría del Pueblo, N° 5, Lima, 2003, pp. 83-102.

²¹ Bareiro Line, “Los derechos reproductivos y los derechos humanos universales”, en *Promoción y defensa de los derechos reproductivos...*, op. cit. p. 119.

reproductiva recaiga casi exclusivamente en ellas. En la protección de tales derechos se ha invocado también la defensa de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de conciencia.

1.2. El concepto de derechos sexuales

Ni el Programa de Acción de El Cairo ni la Plataforma de Acción de Beijing utilizan el término derechos sexuales. Sin embargo, en el párrafo 96 de la Plataforma de Acción de Beijing se señala que “los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto 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”²².

Quizá el hecho de que ni el Programa de Acción de El Cairo ni la Plataforma de Acción de Beijing utilizaran y definieran el término derechos sexuales, haya contribuido a que exista un menor consenso sobre la naturaleza y alcance de los derechos sexuales. Sin embargo, es también preciso tener en cuenta que aún sigue siendo más difícil y polémico tratar los temas de sexualidad que tratar los temas de reproducción, sobre todo si se consideran las implicancias de hacerlo desde un enfoque de derechos. Es más, ha sido frecuente emplear la expresión “derechos sexuales y reproductivos” como si se tratara de un mismo universo de derechos. Como señala Alice Miller “la conjunción de los derechos sexuales con los derechos reproductivos ha provocado que los derechos sexuales sean considerados como un subconjunto de los derechos reproductivos, aunque con una formulación menos desarrollada”²³.

No obstante, considero que es conveniente hacer también un esfuerzo por definir qué son los derechos sexuales, pues si bien en ocasiones tales derechos pueden estar relacionados con los derechos reproductivos, no hay por qué vincular la sexualidad con la reproducción. Por otro lado, me parece importante una definición más precisa de los derechos

²² Véase www.unfpa.un.hn/pdfs/documentos_clave/beijin.pdf

²³ Miller, Alice M. “Sexual no reproductivo; explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos”, op. cit. p. 87.

sexuales para determinar cómo reivindicarlos a la luz de los derechos existentes, pues “la sexualidad merece protección como un derecho”²⁴. Esta aproximación no impide trabajar en futuras reformas legales que reconozcan expresamente la protección de los derechos sexuales.

Se ha señalado que los derechos sexuales garantizan que las personas tengan control sobre su sexualidad. Por ello, en mi opinión, los componentes de la sexualidad que deben considerarse protegidos son, cuando menos, la identidad sexual²⁵, la orientación sexual, la elección de pareja y la ausencia de actividad sexual coercitiva. De esta forma, se protegen la actividad sexual no procreativa o no heterosexual y se proscriben la violencia sexual, la mutilación genital, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la discriminación por opción sexual, entre otros²⁶. Es preciso recalcar que en virtud de estos derechos, las personas deben recibir educación e información sexual.

Cabe indicar que el artículo 23° inciso 3) de la Constitución ecuatoriana estatuye que:

Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: (...) 3. La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, **orientación sexual**; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole²⁷ (el subrayado es nuestro).

Son igualmente relevantes los artículos 23° inciso 2) y 24° inciso 10) de la Constitución ecuatoriana, pues el primero de ellos, al regular

²⁴ Ibidem, p. 96.

²⁵ Sobre la importancia de reconocer la fuerza de las intersecciones entre raza, género, clase e identidad sexual véase Miller Alice, “Las demandas por derechos sexuales”, op. cit. p. 124.

²⁶ El artículo 7° 1) numeral g) así como el artículo 8° 2) b) xxii) y e) vi) del Estatuto de la Corte Penal Internacional incluyen dentro de los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la esterilización forzada, entre otros. El artículo 39° inciso 3) de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, ubicado en el Capítulo Décimo *Niños, Niñas y Adolescentes*, asegura “el amparo a las víctimas de violencia y explotación sexual”.

²⁷ El término orientación sexual también es empleado en el artículo 11° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que prohíbe, entre otros, la discriminación por razón de género y orientación sexual.

el derecho a la integridad señala expresamente la prohibición de la violencia sexual y, el segundo, al reconocer el derecho de defensa garantiza que las víctimas de violencia intrafamiliar o sexual cuenten con defensores públicos.

En cuanto a textos constitucionales provinciales o locales, debe hacerse una especial mención a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo artículo 37° señala: “Artículo 37°.- Se reconocen los **derechos reproductivos y sexuales**, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos (el subrayado es nuestro). Se garantiza la igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores y se promueve la protección integral de la familia”.

Sin embargo, incluso a falta de un marco normativo específico, los derechos sexuales se encuentran protegidos por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la privacidad²⁸. Asimismo, el ejercicio de los derechos sexuales ha estado vinculado al derecho a no ser discriminado por razón de sexo. Por otro lado, y a diferencia de los derechos reproductivos, los derechos sexuales han sido invocados para amparar pretensiones de los hombres, en particular de los homosexuales.

Tal como se apreciará más adelante, la jurisprudencia constitucional comparada que se ha pronunciado sobre el derecho al ejercicio de la sexualidad ha apelado a uno de los aspectos más relevantes del liberalismo: la defensa de un ámbito en el que el individuo pueda tomar cualquier decisión sin la interferencia del Estado. Según Carlos Santiago Nino, el principio de autonomía individual es uno de los que fundamentan los derechos humanos. Según este principio: “Siendo valioso la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”²⁹.

²⁸ Sobre la crítica de la privacidad como derecho véase Miller Alice, “Las demandas por derechos sexuales”, op. cit. pp. 128-129.

²⁹ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 205. Sobre la crítica feminista a la dicotomía público/privado, véase MacKinnon, Catherine, *Feminism Unmodified*, Harvard University Press, MA, 1994, pp. 93 y siguientes.

Nino considera que un aspecto importante para la autorrealización de los individuos se da por las diversas modalidades de vida afectiva, sexual y familiar, es decir, por una amplia gama de libertad en el desarrollo de la vida privada³⁰.

El principio de autonomía individual trae como consecuencia que la interferencia estatal con conductas que no perjudiquen a terceros quede vedada³¹. Ésta es la concepción de John Stuart Mill acerca del principio del daño³², y ella se ve reflejada en la jurisprudencia que se citará más adelante.

Cabe señalar que mediante la Resolución Defensorial N° 38-2000/DP, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de mayo de 2000, la Defensoría del Pueblo del Perú emitió una serie de recomendaciones para combatir la violencia sexual. En el primer considerando de la mencionada resolución, la Defensoría del Pueblo sustentó su competencia para proteger los derechos sexuales, y señaló que éstos “incluyen el derecho humano de mujeres y hombres a gozar de una vida sexual libre de violencia y gratificante así como a tener control de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva”. La Defensoría del Pueblo invocó el derecho a la dignidad, los derechos

³⁰ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, op. cit. p. 225.

³¹ El perjuicio o daño es un concepto normativo, hace referencia a bienes que están determinados en reglas (ej. derecho penal: bien jurídicamente protegido) y se define como “la afectación del bien establecido por una regla, o si se quiere como la violación de determinadas reglas”, véase Jorge Malem, *Estudios de ética jurídica*, Fontamara, México, 1996, p. 51.

³² En 1859, John Stuart Mill escribió: “el único objeto que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar la fuerza contra un miembro de la comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de ese individuo, sea físico, sea moral no es suficiente. Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Éstas son buenas razones para discutir con él, para convencerle o para suplicarle, pero no para obligarle a causarle daño alguno si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción sea justificable, sería necesario que la conducta de ese hombre tuviese por objeto el perjuicio a otro. Para ello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”, *Sobre la libertad*, Aguilar, Barcelona, 1980, p. 32, trad. de Josefa Sainz Pulido. Este mismo autor dedicó otra obra, publicada en 1869, a la condición de subordinación de la mujer, véase John Stuart Mill, *The Subjection of Women*, Dover Publications, Inc., Londres, 1997. Hay traducción al castellano en John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill, *Ensayos sobre la igualdad sexual*, Mínimo Tránsito, Madrid, 2000, pp. 145-261, trad. de Pere Casanellas.

a la vida, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad así como a no ser víctima de violencia física o psíquica ni a ser sometido a tratos inhumanos o humillantes, consagrados en los artículos 1º y 2º, incisos 1) y 24) literal h) de la Constitución, en los artículos 6.1º, 7º y 9.1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 4.1º, 5.1º, 5.2º y 7.1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 3º, 4º, 5º y 6º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Para”.

2. Constitución y aplicación de derechos o principios

Miguel Carbonell afirma que la Constitución es, sobre todo, una norma jurídica³³. Dicha norma jurídica no tiene como única finalidad la distribución del poder entre los órganos estatales sino que, como señala Prieto Sanchís, está dotada de un contenido material, esto es de principios y derechos que condicionan la validez de las normas inferiores³⁴. Es en este sentido que se habla de la “rematerialización” constitucional, y por ello se afirma que las novedades del constitucionalismo se centran en dos aspectos teóricos: las fuentes del Derecho y los problemas de su aplicación e interpretación³⁵. Si bien las decisiones del legislador siguen vinculando al juez “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”³⁶.

Los derechos y principios, como toda norma jurídica, comparten los problemas de vaguedad o imprecisión que afectan al Derecho. El Derecho, a diferencia de otras ciencias como la física o la matemática, no cuenta con un lenguaje artificial sino que recurre al lenguaje natural (castellano). Ello determina que las normas jurídicas presenten los

33 Carbonell Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa-UNAM, México, 2002, p. X. Véase Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, UNAM, México, 2002, p. 142.

34 Prieto Sanchís Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México, 1999, p. 17.

35 *Ibidem*, p.16.

36 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 26, trad. De P. Andrés y A. Greppi. Prieto Sanchís afirma que si hay algún aspecto del positivismo que ha sido lesionado por la justicia constitucional, éste es el legalismo, es decir aquella tesis que hace de la ley la fuente suprema del Derecho, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Teoría de la Constitución...*, op. cit., p. 306.

mismos problemas que presentan los lenguajes naturales, entre ellos la vaguedad³⁷.

La vaguedad de las normas jurídicas alude a su imprecisión o indeterminación, es decir a la imposibilidad de dar una lista completa y acabada de las propiedades suficientes para usar el término. Términos como “privacidad”, “honor”, “trato degradante” o “libre desarrollo de la personalidad”, son ejemplos de palabras vagas. Por eso, Hart hacía referencia a la textura abierta del Derecho³⁸, y sostenía que este tipo de problemas eran la dieta diaria de las facultades de derecho.

Parte fundamental de la labor de los jueces consiste precisamente en reducir, a través de la interpretación, la imprecisión de las normas jurídicas. La interpretación, como dice Guastini, es un acto de decisión, especialmente si se realiza por un órgano de aplicación del derecho: “es una atribución (o adscripción) de un significado a un texto”³⁹. El juez escoge entre distintos significados, elección que supone un margen de discrecionalidad.

Esta labor cobra especialísima importancia cuando se realiza en el marco de la justicia constitucional, pues en definitiva se tratará de dar contenido a los derechos y principios constitucionales, y ello no es posible sin realizar una valoración⁴⁰. Como afirma Ferrajoli un fenómeno común a todas las democracias avanzadas es la expansión creciente del papel de la jurisdicción⁴¹.

La generalidad de los enunciados constitucionales determina que cuando el juez aplica directamente los derechos constitucionales tiene en sus manos “un amplio margen de actividad reguladora, y por ello pueden ser considerados en gran medida derechos jurisdiccionales”⁴².

37 Véase Villanueva Rocío, “Notas sobre interpretación jurídica (A propósito de la Ley N° 26260 y la violencia familiar)”, en *Violencia contra la mujer: reflexiones desde el Derecho*, Manuela Ramos, Lima 1996, pp. 93-114.

38 Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, Editora Nacional, México, 1963, trad. de Genaro Carrió, p. 156. José Juan Moreso se refiere a estos términos con el adjetivo de “densos”, véase *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 229.

39 Guastini Ricardo, *Estudios sobre interpretación jurídica*, Porrúa-UNAM, México, 2000, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, p. 113.

40 Aragón Manuel, *Constitución, democracia y control*, UNAM, México 2002, p. 158.

41 Ferrajoli Luigi, “Jurisdicción y democracia”, en *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, Porrúa-UNAM, México, 2004, p. 101.

42 Aragón Manuel, “Constitución y derechos fundamentales”, op. cit. p. 228.

Esta tarea no se concentra sólo en los tribunales o salas especializadas sino que se extiende a los jueces ordinarios que conocen los procesos en las primeras instancias y que deben resolver de acuerdo a la Constitución. Por ello se afirma que tales juzgadores son también jueces constitucionales, y que la interpretación que realicen debe estar sometida a la jurisprudencia de los organismos especializados⁴³.

Pero la vaguedad o imprecisión no es el único problema que enfrenta la justicia constitucional. Las constituciones suelen tener asimismo principios “tendencialmente contradictorios” –como los califica Prieto Sanchís–, o que simplemente entran en juego simultáneamente (ej. libertad de expresión vs derecho a la intimidad). Se llaman principios “a las normas que carecen o que presentan de un modo fragmentario el supuesto de hecho o condición de aplicación, como sucede con la igualdad o con muchos derechos fundamentales”⁴⁴, incluyéndose también en esa categoría las directrices o mandatos de optimización⁴⁵.

Los conflictos entre principios constitucionales no pueden ser resueltos aplicando los criterios para resolver las antinomias o contradicciones normativas (criterios de especialidad, jerarquía, cronológico): requieren ser ponderados por el juez. En efecto, la ponderación de bienes es una de las técnicas típicas que la moderna jurisprudencia constitucional emplea para resolver los conflictos entre derechos o principios constitucionales, dado que no existe una jerarquía entre ellos. Es preciso tener presente que tal jerarquía no ha sido establecida en la Constitución.

La ponderación es necesaria porque la determinación del grado de cumplimiento del principio o derecho depende de la presencia de otros

43 Fix Zamudio, “Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, López Guerra, Luis (coordinador), Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, p. 277.

44 Prieto Sanchís Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 180.

45 Robert Alexy señala que los principios son mandatos de optimización, “que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”. En cambio, para Alexy si una regla es válida, debe hacerse exactamente lo que ella exige, “ni más ni menos”, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 86-87.

principios o derechos en pugna.⁴⁶ En síntesis, “cuando el conflicto se plantee entre, por un lado, el principio o norma constitucional que resulta afectada o limitada por una norma o medida pública y, por otro lado, el principio o norma constitucional que pretendidamente constituye el fin o la razón de ser de esa limitación (típicamente, el caso de normas o medidas públicas que afecten derechos fundamentales), la estructura de la ponderación implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”⁴⁷. En cambio, cuando el “cuando el conflicto se plantee entre, por un lado, el derecho constitucional que avala la conducta del particular y, por otro lado, el derecho, o bien o valor constitucional afectado por esa conducta, la estructura de la ponderación implica tan sólo el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto”⁴⁸. En definitiva, se trata de analizar si hay razones a favor y en contra, sopesarlas o ponderarlas y ver cuál de ellas resulta más fuerte⁴⁹.

Según Prieto Sanchís, la medida o norma acusada debe perseguir un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia con otro principio o derecho, debe analizarse la idoneidad de la medida o norma para la consecución de la finalidad expresada, ha de acreditarse que es necesaria, es decir que no exista otra medida menos gravosa para alcanzar la citada finalidad, y debe ser proporcional, esto es, debe existir un equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida o norma limitadora o con la conducta de un particular para la protección de un principio constitucional o la consecución de un fin, y los daños que dicha medida o conducta ocasionan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro principio⁵⁰.

Lo que caracteriza a la ponderación de los principios constitucionales en conflicto es que no se obtiene una respuesta en virtud de la cual, por ejemplo, en todo conflicto el derecho a la libertad de expresión debe prevalecer sobre el derecho al honor, “sino que se logra sólo

46 Pietro Sanchís Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit. p. 180.

47 Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho*, 2da. edición corregida, Palestra, Lima, 2005, pp. 308-309.

48 Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el Derecho*, op. cit., p.309.

49 Ibidem, p. 325.

50 Prieto Sanchís señala que, en primer lugar debe evaluarse la constitucionalidad del fin perseguido por la medida enjuiciada, luego su idoneidad para alcanzar el fin, su necesidad y finalmente su proporcionalidad, véase *Justicia constitucional...*, op. cit. pp. 199-203.

una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso”⁵¹. En consecuencia, la ponderación no lleva a que se declare la invalidez de uno de los principios constitucionales en conflicto, o que en virtud de la especialidad uno actúe como excepción del otro, “sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro”⁵².

Por la propia generalidad de los principios y derechos, su aplicación comporta fuertes riesgos de subjetividad valorativa. Y es que la discrecionalidad se traslada de la esfera legislativa a la judicial, con una diferencia sustantiva: la discrecionalidad del legislador ha sido siempre inmotivada, “mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional”⁵³.

En atención a ello, según Prieto Sanchís, al mismo tiempo, los principios y derechos están llamados a cercenar la discrecionalidad⁵⁴ porque, en primer lugar suponen la cristalización de unos determinados valores que dan sentido y cierran el ordenamiento, y por el otro, porque se identifican con un tipo de razonamiento más complejo, como es el que caracteriza al juicio de ponderación⁵⁵.

Como se apreciará más adelante, los casos resueltos en América Latina han constituido estupendas ocasiones para ponderar posibles conflictos entre principios constitucionales; sin embargo, los argumentos desarrollados en las resoluciones judiciales se han centrado –principalmente– en la interpretación del alcance de los derechos constitucionales en materia sexual y reproductiva, lo que sin duda es también muy importante.

En todo caso, ya se trate de problemas sobre el alcance y significado de un derecho, sobre cómo resolver el conflicto entre dos derechos o principios constitucionales, o sobre ambos, lo cierto es que no se puede negar la posibilidad de subjetivismo judicial. Por ello, a fin de reducir al máximo esta posibilidad será preciso exigir una argumentación en los fallos que justifique la adopción de una determinada solución, aunque como sostiene Pietro Sanchís, en ocasiones la distancia que separa una

51 Gascón, p. 327.

52 Ibidem, p. 327.

53 Prieto Sanchís, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Teoría de la Constitución...*, op. cit., p. 319.

54 Ibidem, p. 318. Manuel Aragón sostiene que el control jurisdiccional tiene un carácter objetivado, *Constitución, democracia y control*, op. cit. pp. 136 y ss.

55 Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, op. cit. p. 43.

argumentación racional realizada a partir de la Constitución de una decisión subjetiva sea demasiado tenue⁵⁶.

Es por ello que Comanducci advierte que la discrecionalidad judicial puede resultar grata a los progresistas, pero sólo con la condición de que los jueces sean progresistas⁵⁷ y que Moreso afirma que “la teoría del derecho no está en condiciones de aliviar a nadie a la hora de tomar decisiones con trascendencia moral”⁵⁸.

Considero que no hay forma de desterrar el problema descrito, y es evidente que también se presenta tratándose de derechos sexuales y reproductivos. Queda claro que para combatir tal problema hay que seguir insistiendo en el “saludable reforzamiento de la argumentación a que nos invita el constitucionalismo de principios”⁵⁹, sin desconocer lo inevitable: “junto al ejercicio de racionalidad que requiere una Constitución de principios, en la legislación y en la jurisdicción queda siempre un hueco para la decisión, para el acto de poder”⁶⁰.

Como afirma Pietro Sanchís, la aplicación de principios constitucionales ha hecho “del razonamiento una exigencia constitucional y, por ello, cabe decir que los valores, principios y derechos fundamentales contribuyen a hacer más difíciles los casos fáciles (...)”⁶¹.

La aplicación del Derecho “es por naturaleza una actividad justificadora que requiere y ha de apoyarse en razones y formas argumentativas que no son especiales, sino que remiten a una racionalidad práctica general; la tarea justificadora requiere igualdad y universalidad, es decir, requiere un género de razonamiento que puede ser pronunciado ante cualquiera y sin necesidad de recurrir a la coacción o a la mera autoridad”⁶².

⁵⁶ Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”. op. cit. p. 335.

⁵⁷ Comanducci Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en *Teoría de la Constitución...*, op. cit. 153,

⁵⁸ Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, op. cit., p. 236.

⁵⁹ Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, op. cit. 336.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 342.

⁶¹ Pietro Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, op. cit. p. 41.

⁶² *Ibidem*, p. 44.

3. Los derechos reproductivos y sexuales ante el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos

Si bien el objeto de este artículo es exponer la protección constitucional que han recibido los derechos sexuales y reproductivos, es interesante conocer lo que al respecto han resuelto los organismos internacionales de protección de derechos humanos. Como afirma Héctor Fix- Zamudio tales organismos “no sólo influyen en los casos concretos de los cuales conocen y que deben ejecutarse en el ámbito interno, sino que la trascendencia más importante se refiere a la jurisprudencia de dichos tribunales, la cual se aplica cada vez con mayor frecuencia por los tribunales internos en los casos similares a los resueltos por los primeros, ya que éstos deben tutelar no sólo los derechos fundamentales consagrados por los ordenamientos constitucionales, sino también los establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por los estados correspondientes”⁶³. En atención a lo expuesto resulta conveniente citar algunos ejemplos.

3.1. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

3.1.1. Protección de derechos sexuales

3.1.1.1. Nicholas Toonen vs. Australia

El 4 de abril de 1994, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, expidió su dictamen en el caso Nicholas Toonen vs. Australia⁶⁴. El señor Toonen había presentado una comunicación ante el referido comité impugnando los artículos 122° (apartados a y c) y 123° del Código Penal de Tasmania (Australia), que prohibían las “relaciones sexuales por vías no naturales” y las “prácticas deshonestas entre personas del sexo masculino”. La víctima adujo que los mencionados artículos vulneraban el párrafo 1 del artículo 2°, el artículo 17° y el artículo 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, señaló que los efectos combinados de las citadas disposiciones del Código Penal eran discriminatorios

⁶³ Fix-Zamudio, Héctor, “Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, op. cit, p. 288.

⁶⁴ Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/50/D/488/1992 de 4 de abril de 1994.

pues juntas prohibían todas las formas de contacto íntimo entre los hombres. En el caso del artículo 122° del Código Penal la víctima adujo que se configuraba una situación de discriminación indirecta, en la medida en que –a pesar de ser neutral– se aplicaba en mayor medida contra los hombres homosexuales que contra los hombres y mujeres heterosexuales.

El Comité de Derechos Humanos señaló que era “indiscutible que la vida sexual consensual llevada a cabo en privado entre adultos queda incluida en el concepto de vida privada”, y que los artículos 122° y 123° del Código Penal de Tasmania, representaban una injerencia arbitraria en el derecho que confiere el párrafo 1 del artículo 17° del Pacto. Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos afirmó que se debía estimar que la referencia al “sexo” en el párrafo 1° del artículo 2) así como en el artículo 26° del Pacto, incluía la inclinación sexual.

En consecuencia, el mencionado Comité opinó que los hechos examinados constituían violaciones del derecho a la privacidad (artículo 17.1) y a no ser discriminado (artículo 2.1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁵.

3.1.2. Derechos reproductivos

3.1.2.1. K. L. vs. Perú

K. L., una adolescente de 17 años, tenía 19 semanas de gestación y estaba embarazada de un feto anencefálico. Sin embargo, un hospital público le negó la posibilidad de interrumpir su embarazo.

En febrero de 2002 Demus –Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer–, CLADEM –Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos Humanos de la Mujer– y el Center for Reproductive Law and Policy –CRLP– presentaron un comunicación ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, denunciando al Perú por violar, los artículos 2°, 3°, 6°, 7°, 17°,

⁶⁵ Como el Comité halló una violación a los derechos contenidos en los artículos 17.1 y 2.1 del Pacto, no consideró necesario examinar si había habido una violación del artículo 26. Un caso relativo a la libertad sexual en el sistema europeo de protección de derechos humanos es *Dudgeon vs. Reino Unido*, 4 Eur.Ct.H.R. 149 (1981). Por su parte, es pertinente señalar que la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha aprobado, el 22 de abril de 2002, la Resolución 2002/36 sobre Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, a través de la que se hace un llamado a los gobiernos concernidos para investigar pronta y profundamente los casos de homicidios por razones discriminatorias, incluida la orientación sexual (E/CN.4/RES/2002/36).

24° y 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el caso de K.L.

En efecto, el 27 de junio de 2001, en el Hospital Arzobispo Loayza, se le realizó una ecografía diagnosticándosele que estaba embarazada de un feto anencefálico. El 3 de julio, el doctor Ygor Pérez Solf, médico obstetra del mencionado hospital le informó que tenía dos opciones: continuar con el embarazo o interrumpirlo, aconsejándole optar por la segunda de ellas. La citada adolescente decidió interrumpir el embarazo, realizándosele las pruebas clínicas pertinentes, las que confirmaron el padecimiento del feto.

El 19 de julio, fecha en la que debía ser internada para la intervención, el doctor Pérez informó a K.L. que debía solicitar por escrito autorización al director del hospital. Como K.L. era menor de edad, su madre presentó dicha solicitud. El 24 de julio de 2001, el doctor Maxiliano Cárdenas Díaz, Director del Hospital Loayza, respondió por escrito que no era posible realizar la interrupción del embarazo, pues en el Perú sólo está despenalizado el aborto terapéutico.

El 13 de enero de 2002, con una demora de tres semanas respecto de la fecha prevista para el parto, K.L. dio a luz una niña anencefálica que vivió cuatro días, período en el cual la referida adolescente tuvo que amamantarla.

A la luz de los hechos descritos, las denunciantes alegaron ante el Comité de Derechos Humanos que “el embarazo forzado de K. constituyó un peligro cierto para su integridad física y psíquica, peligro que no podía evitarse sino con su interrupción”. Por otro lado, presentaron la declaración médica de los doctores Aníbal Faúndez y Luis Távara, quienes señalaron que la anencefalia es una enfermedad fatal para el feto en todos los casos y que un embarazo de ese tipo ponía en peligro la vida de la madre.

Asimismo, las peticionarias alegaron que se debía exceptuar del requisito del agotamiento de los recursos internos, pues, en atención a lo establecido por el propio Comité en múltiples ocasiones, el autor no está obligado a agotar un requisito que sería ineficaz. En este orden de ideas, se señaló que los recursos judiciales disponibles a nivel nacional eran ineficaces para el presente caso.

Cabe señalar que el Estado peruano no presentó al Comité ninguna información sobre la admisibilidad o el fondo del caso, pese a haber sido requerido para ello mediante recordatorios de 23 de julio de

2003, 15 de marzo y 25 de octubre de 2004. Ello significa que no presentó elemento alguno que permitiera desacreditar lo señalado en la comunicación.

Mediante dictamen de 24 de octubre de 2005 (Comunicación N° 1153/2003), el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolvió que en este caso el Perú había vulnerado los artículos 2°, 24°, 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagran los derechos a un recurso efectivo, a no ser discriminado por razón de la edad, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, y a la no injerencia arbitraria en la vida privada⁶⁶. El mencionado comité sostuvo que:

- a. La omisión del Estado en no conceder el aborto terapéutico a K.L., quien estaba embarazada de un feto anencefálico, fue la causa del sufrimiento por el que ella tuvo que pasar, sufrimiento moral prohibido por el artículo 7° del Pacto.
- b. Al negar a K.L. la posibilidad de una intervención médica para suspender su embarazo –a pesar de que un médico le informó que tenía la posibilidad de continuarlo o suspenderlo de acuerdo a la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre–, el Estado peruano interfirió de manera arbitraria en su vida privada, revelando una violación del artículo 17° del Pacto.
- c. Al no recibir K.L. el apoyo médico y psicológico necesario en las circunstancias específicas del caso, ni durante ni después del embarazo, el Estado peruano vulneró el artículo 24° del Pacto;
- d. Al no contar K.L. con un recurso adecuado, el Estado peruano vulneró el artículo 2° en relación a los artículos 7°, 17° y 24° del Pacto.

Por consiguiente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en atención al apartado a) del párrafo 3 del artículo 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispuso la obligación del Estado peruano de otorgar a K.L. un recurso efectivo que incluya

⁶⁶ El Comité de Derechos Humanos declaró inadmisibile la parte de la comunicación en la que se alegaba la presunta vulneración de los artículos 3° y 26° del Pacto, por no estar debidamente fundamentada. En relación al artículo 2° del Pacto recordó su constante jurisprudencia, en el sentido de que el citado artículo “constituye un compromiso general de los Estados, y por su carácter accesorio, no puede ser invocado asiladamente por particulares en virtud del Protocolo Facultativo”. Por otro lado, el Comité consideró que –en las circunstancias del caso– no era necesario tomar una decisión relativa al artículo 6° del Pacto.

una indemnización, así como la de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro; concediéndole un plazo de 90 días para informar sobre las medidas que hubiera tomado para dar cumplimiento al referido dictamen.

3.2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

3.2.1. Protección de derechos reproductivos

Se ha afirmado que “la CIDH está en la etapa inicial de su trabajo relacionado en forma directa con los derechos reproductivos y el desarrollo de jurisprudencia”⁶⁷. La primera petición que recibió la CIDH sobre la vulneración de derechos reproductivos, fue el caso de María Mamérita Mestanza Chávez contra Perú.

El 27 de marzo de 1998, la señora Mestanza fue sometida a una operación de ligadura de trompas en el Hospital Regional de Cajamarca, sin haber sido informada previamente de las condiciones de la operación ni sometida a una previa evaluación médica. Falleció ocho días después. Tenía 32 años, 7 hijos y sólo educación primaria.

La Defensoría del Pueblo investigó este caso y lo incluyó en el segundo informe que realizó en materia de planificación familiar⁶⁸.

3.2.1.1. Mamérita Mestanza vs. Perú

El caso fue llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), por el Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), por la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH), por el Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas (CRLP) y por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

Las organizaciones peticionarias denunciaron que se violaron los derechos a la vida, a la integridad personal y a la igualdad ante la ley, vulnerando los artículos 4º, 5º, 1º y 24º de la Convención Americana

⁶⁷ Abi-Mershed, “Los derechos reproductivos en el contexto ...”, op. cit., p.148.

⁶⁸ Véase el Informe Defensorial N° 27 “La aplicación de la anticoncepción quirúrgica y los derechos reproductivos II. Casos investigados por la Defensoría del Pueblo”, Lima, agosto 1999, p. 87-93.

sobre Derechos Humanos, los artículos 3º, 4º, 7º, 8º y 9º de la Convención Americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará), los artículos 3º y 10º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los artículos 12º y 14º (2) de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁶⁹.

En el año 2003 la partes suscribieron un acuerdo de solución amistosa, en el que el Estado peruano reconoció su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 1.1º, 4º, 5º y 24º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 7º de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, en agravio de Mamérita Mestanza Chávez.

Por otro lado, el Estado peruano se comprometió a adoptar las recomendaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo respecto a políticas públicas sobre salud reproductiva y planificación familiar y a “llevar a cabo, permanentemente, cursos de capacitación en **derechos reproductivos**, violencia contra la mujer, violencia familiar, derechos humanos y equidad de género, en coordinación con organizaciones de la sociedad civil especializadas en estos temas”.

3.2.2. Protección de derechos sexuales

Tratándose de la violencia sexual perpetrada contra las mujeres durante los conflictos armados, los derechos o principios que se han invocado para condenar la actividad sexual coercitiva han sido la dignidad personal, la privacidad, la integridad y la prohibición de la tortura⁷⁰.

⁶⁹ La Defensoría del Pueblo presentó ante la CIDH un informe de *amicus curiae* en el caso de Mamérita Mestanza. Cabe indicar que la CIDH admitió el caso mediante Informe de Admisibilidad 66/00.

⁷⁰ Hay otros casos de violencia sexual que han sido analizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos véase Badilla, Ana Elena “La igualdad de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, op. cit., p. 91-93. Igualmente es interesante el Informe N° 38/96 de 15 de octubre de 1996 (Caso 10.506 Argentina), mediante el cual la CIDH emite recomendaciones al estado argentino en torno a las revisiones vaginales a las mujeres que desean tener contacto personal con los privados de libertad.

3.2.2.1. Raquel Mejía vs Perú

El 17 de octubre de 1991, la CIDH recibió una petición en la que se denunciaba la violación de los derechos humanos de Fernando Mejía Egocheaga y de su esposa Raquel Martín de Mejía. Se solicitaba que la CIDH declarara la responsabilidad del Perú, en relación a Raquel Mejía por la violación del derecho a la integridad personal (artículo 5º) y del derecho a la privacidad (artículo 11º), ambos en relación al artículo 1.1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del derecho a un recurso interno efectivo (artículo 25).

Los peticionantes denunciaron que en la noche del 15 de junio de 1989 en Oxapampa (Cerro de Pasco) un grupo de personas con las caras cubiertas con pasamontañas y portando ametralladoras irrumpieron en la casa de Fernando Mejía y de su esposa Raquel, reclamando ver al primero, quien era el Secretario General del Sindicato Único de Trabajadores de la Educación Peruana (SUTEP) y miembro de Izquierda Unida. Cuando éste abrió la puerta seis individuos vistiendo uniforme militar entraron a la casa, uno de ellos golpeó al señor Mejía con su arma. Luego, quien estaba a cargo del operativo ordenó que subieran a Mejía a una camioneta amarilla de propiedad del gobierno. Los hechos fueron presenciados por su esposa Raquel.

Esa misma noche, aproximadamente 15 minutos después de los hechos antes referidos, un grupo de seis a diez militares con el rostro cubierto con pasamontañas negros se presentaron nuevamente en el domicilio de los Mejía. El militar encargado del operativo de secuestro de Fernando Mejía, ingresó a la casa presuntamente para solicitar a Raquel los documentos de identidad de su esposo.

Mientras ésta los buscaba, la siguió al cuarto y le dijo que ella también estaba considerada como subversiva, integrante del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. Raquel Mejía trató de explicarle que ni ella ni su esposo pertenecían a movimiento revolucionario alguno, sin embargo, sin escucharla, empezó a rociarse con sus perfumes y finalmente la violó. Acto seguido la condujo fuera de su casa para que viera al hombre que había denunciado a su esposo; éste yacía boca abajo en la parte de atrás de la misma camioneta que había sido utilizada para secuestrar a Fernando Mejía. Finalmente, el individuo que abusó sexualmente de ella, subió a la camioneta y se marchó.

Aproximadamente 20 minutos después, la misma persona regresó a la casa de los Mejía con la intención de comunicar a Raquel que posiblemente su esposo sería trasladado en helicóptero a Lima al día

siguiente. Luego la arrastró al cuarto y nuevamente la violó. Raquel Mejía pasó el resto de la noche bajo un estado de terror, temiendo por el regreso de quien había abusado sexualmente de ella y por la seguridad y la vida de su esposo.

A la mañana siguiente la señora Mejía fue a la policía de Oxapampa para denunciar la desaparición de su esposo. Allí le indicaron que no podía presentar una denuncia por desaparición hasta que no transcurrieran cuatro días. También le sugirieron que pidiera información en las oficinas de la Policía Republicana. Para ello debía dirigirse a la Biblioteca Municipal donde los miembros del Batallón Nueve de Diciembre estaban acantonados desde su arribo a Oxapampa días atrás.

Cuando llegó a la Biblioteca Municipal, Raquel Mejía pudo reconocer que los soldados que allí se encontraban vestían los mismos uniformes que usaron las personas que habían secuestrado a su esposo la noche anterior y que habían abusado sexualmente de ella. Allí los soldados se identificaron como miembros del Batallón Nueve de Diciembre y señalaron que el comandante a cargo se llamaba Chito. Luego, otro soldado se acercó y bruscamente la obligó a retirarse del lugar. Raquel Mejía identificó a esta persona como uno de los secuestradores de su esposo.

El 18 de junio por la mañana Raquel Mejía tomó conocimiento de que el cadáver del profesor Melgarejo había sido encontrado en la margen del Río Santa Clara y que otro cadáver semi enterrado yacía al lado del primero. Raquel Mejía, en compañía del Juez Suplente y del Secretario del tribunal a cargo de la causa, se dirigió al lugar señalado y allí, en la base de la columna que sostiene el puente, descubrió el cadáver decapitado de Aladino Melgarejo y yaciendo a su lado, el cadáver de su esposo Fernando Mejía. Éste mostraba signos claros de tortura, heridas punzantes en piernas y brazos y una herida abierta en el cráneo, aparentemente causada por la bala de un arma. Su cuerpo estaba severamente golpeado e hinchado.

A solicitud de la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH) y de Raquel Mejía, el 21 de junio el Fiscal Provincial de Oxapampa ordenó a la policía local investigar los homicidios de Fernando Mejía y Aladino Melgarejo.

El 22 de junio el mencionado fiscal inspeccionó el área donde se encontraron los cadáveres, hallando cartuchos de balas FAL semejantes a las usadas por el Ejército peruano. Inmediatamente después solicitó al

Jefe Político Militar de la región que identificara a los oficiales a cargo del Batallón Nueve de Diciembre.

En tres oportunidades entre el 28 y 30 de junio de 1989, Raquel Mejía recibió llamadas telefónicas anónimas en las que se le amenazaba de muerte si continuaba con la investigación del homicidio de su esposo. Temiendo por su seguridad, en agosto de 1989 Raquel Mejía abandonó el país dirigiéndose primero a Estados Unidos y después a Suecia donde obtuvo asilo político.

A pesar de existir una denuncia penal por lo ocurrido con el señor Mejía, no se llevaron a cabo los actos procesales necesarios para esclarecer el delito. Cabe indicar que en dos oportunidades, el 6 de mayo y el 2 de julio de 1991, el juez penal de Oxapampa requirió al Jefe Político Militar de Mantaro-Junín, General Luis Pérez, que identificase a los oficiales que participaron en la “campaña antisubversiva” en Oxapampa entre el 13 y el 17 de junio de 1989. El Ejército no respondió nunca a lo solicitado.

Raquel Mejía denunció ante la CIDH que cuando en junio de 1989 presentó su declaración a la policía de Oxapampa en relación al secuestro y posterior homicidio de su esposo, omitió denunciar los abusos sexuales de los que había sido objeto pues estaba temerosa de que la revelación de las violaciones cometidas contra su persona pudieran causarle ostracismo y exponerla a mayor peligro o daño físico. Asimismo, sostuvo que en el Perú no existían recursos internos efectivos a través de los cuales una víctima de violencia sexual por miembros de las fuerzas de seguridad podía obtener una investigación imparcial de los hechos y la sanción de los culpables, más aún en zonas de emergencia⁷¹.

El Informe N° 5/96 de la CIDH

La posición de la CIDH sobre el caso de Raquel Mejía fue fijada en el Informe N° 5/96. Como se ha señalado Raquel Mejía no denunció la violencia sexual de la que fue víctima ante las autoridades peruanas. Por lo tanto, el Estado peruano podría haber invocado que no se habían agotado los recursos internos. Sin embargo, el Perú no realizó tal invocación.

⁷¹ Es importante señalar que la CIDH citó los informes del Relator Especial contra la Tortura, de Amnistía Internacional y de Human Rights Watch, que coincidían en que respecto a los casos de abuso sexual muy pocos miembros de las fuerzas de seguridad eran procesados, pues por el contrario eran protegidos por sus propias instituciones.

En opinión de la CIDH, de los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, resultaba, en primer lugar, que se trataba de una regla cuya invocación podía ser renunciada de forma expresa o tácita por el Estado que tenía derecho a invocarla. En segundo lugar, que la excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debía ser planteada en las primeras etapas del procedimiento, a falta de la cual podía presumirse la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado. Por ello la CIDH consideró que como el Estado peruano había omitido plantear la mencionada excepción, se debía considerar que había renunciado a ella. El Estado tampoco suministró información a la CIDH sobre el caso.

La Comisión consideró que la falta de comparecencia de un Estado o su omisión de suministrar información no transformaban *per se* los hechos denunciados en verdaderos. Más bien, debía realizarse un análisis de los mismos a la luz de ciertos criterios que permitieran establecer que no existían otros elementos de convicción que pudieran llevar a una conclusión diversa de aquella presentada por el peticionario. La CIDH determinó que tales criterios eran el de consistencia, credibilidad y especificidad.

Dado que el Gobierno peruano omitió discutir los hechos presentados por los peticionarios, la Comisión consideró la versión presentada por éstos y luego de establecer que la misma se ajustaba a los criterios de consistencia, credibilidad y especificidad decidió “presumir como verdaderos los hechos relativos a la violación de Raquel Mejía por efectivos pertenecientes al Ejército Peruano”.

En opinión de la CIDH, los peticionarios presentaron una versión detallada y consistente de los hechos, indicando fecha y lugar en que ocurrieron, señalando como responsable a un individuo que vestía uniforme de faena del Ejército peruano y se encontraba con un número importante de soldados. Por otro lado, Raquel Mejía vivía en un área sujeta a la legislación de emergencia, en la que los militares habitualmente asumían el control de la población y se constituían en la máxima autoridad, aún por encima de los funcionarios civiles debidamente elegidos. Como consecuencia de ello, según la CIDH en estas áreas habitualmente se perpetraban numerosas violaciones a los derechos humanos.

Adicionalmente, la CIDH consideró que la versión presentada por la denunciante, se corroboraba por diversos informes de organismos intergubernamentales y no gubernamentales en los que se documentaba

numerosas violaciones de mujeres en el Perú, perpetradas por miembros de las fuerzas de seguridad en zonas de emergencias y donde se hacía referencia al caso concreto de Raquel Mejía, describiéndolo como representativo de esta situación⁷².

Por otro lado, la CIDH señaló que los actos que afectaron al esposo de Raquel Mejía se encontraban estrechamente vinculados con los abusos de los que ésta fue víctima pues tuvieron lugar la misma noche y fueron perpetrados por los mismos individuos. Por ello, las pruebas aportadas, aún cuando no atañían directamente al caso en cuestión, resultaban suficientes, en concepto de la CIDH, para presumir la responsabilidad de miembros del Ejército peruano en la comisión de los vejámenes contra Raquel Mejía.

Es importante destacar que la CIDH señaló que “el abuso sexual, además de constituir una violación a la integridad física y mental de la víctima, implica un ultraje deliberado a su dignidad. En este sentido se transforma en una cuestión que queda incluida en el concepto de vida privada. La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que el concepto de vida privada alcanza a la integridad física y moral de una persona, y en consecuencia incluye su vida sexual”.

Destacó que en el ámbito del derecho internacional humanitario, el artículo 27° del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, explícitamente prohibía el abuso sexual. Asimismo, la CIDH sostuvo que el artículo 147° del mencionado convenio, que establece los actos considerados como infracciones graves o crímenes de guerra, incluía la violación en tanto constituía “tortura o trato inhumano”⁷³. Igualmente, afirmó que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) había declarado que la “infracción grave de causar deliberadamente grandes

⁷² Entre ellos el Informe de 1992 del Relator Especial contra la Tortura designado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, informes de Amnistía Internacional y de Human Rights Watch.

⁷³ Artículo 147°.- Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.

sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud” incluía los abusos sexuales⁷⁴.

Por otro lado, la CIDH citó el artículo 76° del Protocolo I, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que prevé una prohibición expresa de la violación y otros tipos de abusos sexuales. Hizo lo propio con el artículo 85.4°. Por ello señaló que de acuerdo a lo establecido en tales normas –Cuarto Convenio y Protocolo I– cualquier acto de violación cometido individualmente constituía un crimen de guerra. Para el caso de conflictos no internacionales, señaló la CIDH, que tanto el artículo 3° común a las cuatro Convenciones de Ginebra, como el artículo 4.2° del Protocolo II, adicional a dichos instrumentos, incorporaban la prohibición contra la violación y otros abusos sexuales en la medida en que fueran el resultado de la comisión de un daño deliberado contra una persona.

La violación como tortura

La CIDH estableció que la violación sexual de Raquel Mejía constituía tortura. Señaló que si bien de la letra de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no surgía qué debía entenderse por tortura, en el ámbito interamericano la determinación de qué actos configuraban tortura se encontraba establecida en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

A partir de dicho instrumento la CIDH concluyó que para que existiera tortura debían conjugarse tres elementos:

1. Que se trate de un acto a través del cual se inflijan a una persona penas, sufrimientos físicos y mentales;
2. Cometido con un fin;
3. Por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero.

La CIDH estableció que en el caso de Raquel Mejía se conjugaban los tres elementos, pues:

- a. la violación como acto de violencia contra su integridad le había causado penas y sufrimientos físicos y mentales;
- b. la violación había sido perpetrada para castigarla personalmente e intimidarla, pues ella había sido requerida como terrorista, al

⁷⁴ ICRC, Aide Mémoire (Dec, 3, 1992) citado en T, Meron, *Rape as a Crime under International Humanitarian Law*, 87, ÁGIL 426.

igual que su esposo. Por otro lado, Raquel Mejía se había sentido aterrorizada no sólo por su seguridad sino por la de su hija, quien dormía en la otra habitación y por la vida de su esposo;

- c. la violación había sido cometida por un miembro de las fuerzas de seguridad, que se hacía acompañar por un número importante de soldados.

Finalmente, la CIDH señaló que las violaciones de las que había sido objeto Raquel Mejía en tanto afectaron su integridad física y mental, incluida su dignidad personal, configuraron una transgresión de su derecho a la intimidad cuya responsabilidad resultaba atribuible al Estado peruano. Por lo tanto, el Estado peruano omitió respetar los derechos a la integridad personal y a la protección a la honra y dignidad de Raquel Mejía, incurriendo en una violación de los artículos 5° y 11° de la Convención Americana. También declaró que se habían violado los artículos 25° (derecho a un recurso efectivo), 8° (derecho a un debido proceso), y 1.1° (obligación de garantizar los derechos consagrados por la citada Convención).

En consecuencia, la CIDH recomendó al Estado peruano que efectuara una exhaustiva, rápida e imparcial investigación de los abusos sexuales de los que fue víctima Raquel Mejía, a fin de identificar a sus perpetradores para que se les impusiera las sanciones pertinentes, y procediera a pagar una justa indemnización a la parte lesionada.

4. Procesos constitucionales y protección de derechos sexuales y derechos reproductivos en América Latina: algunos ejemplos

En el ámbito interno, la importancia que en toda democracia tienen los derechos fundamentales determina que se les dote de un régimen de protección jurídica reforzada. Por ello Ferrajoli afirma que el garantismo “es la otra cara del constitucionalismo, estando encaminado a formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente”⁷⁵.

En materia de derechos sexuales y reproductivos merece la pena destacar, especialmente, los procesos de amparo e inconstitucionalidad que han tenido lugar en distinto países. Son instrumentos judiciales

⁷⁵ Ferrajoli Luigi, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional” en *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N° 16, ITAM, México, 2002, p. 16.

que han permitido que las víctimas reaccionen frente a una vulneración de alguno sus derechos constitucionales. Los casos que a continuación se describen confirman que los grandes problemas de interpretación jurídica se han trasladado al campo de la interpretación constitucional⁷⁶.

4.1. Derechos reproductivos

Sin lugar a dudas el método anticonceptivo que más polémica han generado recientemente es la anticoncepción oral de emergencia. A continuación haré referencia a la sentencia expedida por el Noveno Juzgado de Lima, con ocasión de un proceso de cumplimiento promovido por un grupo de mujeres para que el Estado distribuyera anticoncepción oral de emergencia. Asimismo, citaré el proceso de amparo que resolvió la Corte Suprema de Justicia de Argentina sobre la inducción al parto de una mujer embarazada de un feto anencefálico, así como el proceso de inconstitucionalidad promovido ante la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, cuestionando el decreto que reguló las técnicas de reproducción asistida.

4.1.1. Perú

4.1.1.1. Proceso de cumplimiento sobre la distribución de la anticoncepción oral de emergencia: sentencia de 16 de junio de 2004 (Expediente N° 42095-02) del Noveno Juzgado Civil de Lima

Este proceso constitucional tiene como finalidad ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme, o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenen emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento⁷⁷.

Un grupo de mujeres peruanas presentó una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud para que, en aplicación de las Normas de Planificación Familiar, distribuyera anticoncepción oral de emergencia, previa información a las usuarias.

⁷⁶ Aragón Manuel, *Constitución, democracia y control*, op. cit. p. 153. Véase *Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*, Luisa Cabral, Julieta Lemaitre y Mónica Roa (editoras), Temis, Bogotá, 2001.

⁷⁷ Artículo 66° de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, el 31 de mayo de 2004.

Las mencionadas mujeres adujeron que las Normas de Planificación Familiar aprobadas por Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, modificada por Resolución Ministerial 399-2001-SA/DM, incorporaban la anticoncepción oral de emergencia como método anticonceptivo, a pesar de lo cual el Ministerio de Salud no había cumplido con distribuir el citado anticonceptivo⁷⁸.

Por otro lado, señalaron que las mujeres con recursos económicos suficientes podían acceder al mencionado anticonceptivo en los servicios privados de salud, mientras que a quienes no contaban con dichos recursos se les negaba tal acceso, al estar impedidas de obtener el anticonceptivo en los servicios estatales de planificación familiar.

El Ministerio de Salud contestó la demanda sosteniendo que no se había distribuido anticoncepción oral de emergencia porque existía incertidumbre científica respecto a los mecanismos de acción, sus contraindicaciones eran numerosas y podía provocar reacciones adversas de moderada intensidad.

La Jueza analizó la naturaleza del proceso de cumplimiento, sosteniendo que el acto cuyo cumplimiento se demandaba era la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, modificada por la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA-DM, que contenía un mandato cierto de provisión de métodos anticonceptivos de cumplimiento obligatorio para la entidad demandada.

En consecuencia, la Jueza del Noveno Juzgado Civil de Lima declaró fundada la demanda y ordenó cumplir con la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/SM, modificada por Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM. Cabe señalar que la citada sentencia no analizó los mecanismos de acción de la anticoncepción oral de emergencia ni la situación de discriminación que se generaba por el hecho de que

⁷⁸ Estas resoluciones ministeriales han sido tácitamente derogadas por la Norma Técnica de Planificación Familiar, aprobada por Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA, que también incorpora la AOE.

las mujeres con determinados recursos podían adquirirla en cualquier farmacia del país⁷⁹.

4.1.2. Argentina

4.1.2.1. Proceso de amparo en el caso de una mujer embarazada de un feto anencefálico: sentencia de 11 de enero de 2001 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El 17 de octubre de 2000, en el Hospital Materno Infantil Ramón Sardá, se diagnosticó –a través de una ecografía– que la señora S.T. de 35 años de edad, casada y con una hija de 12 años, estaba embarazada de un feto que no presentaba desarrollo de masa encefálica ni calota

⁷⁹ Mediante Sentencia de 5 de marzo de 2002, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, declaró que había lugar a una acción de amparo presentada con el objeto de que se prohibiera la venta de Imediat, un anticonceptivo oral de emergencia. En consecuencia ordenó a la Administración Nacional de Medicamentos y Técnica Médica del Ministerio Nacional de Salud y Acción Social, que dejara sin efecto la fabricación, distribución y comercialización del fármaco Imediat. Debe indicarse que en Argentina es posible adquirir otras marcas de píldoras de anticoncepción oral de emergencia. En México, el 27 de octubre de 2005, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia (7-1), determinó no “ejercer la facultad de atracción para conocer y resolver el recurso de revisión 37/2005”. Dicho recurso de revisión se originó debido a que un juez de distrito sobreseyó el juicio iniciado por una demanda de amparo presentada a propósito de una modificación a la Norma NOM-055-SSA2-1993, que regula los servicios de planificación familiar, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de enero de 2005, que incluye a la AOE como método anticonceptivo. Los demandantes solicitaron a un Tribunal Colegiado de Circuito que revisara tal sobreseimiento. A su vez, el mencionado tribunal remitió el asunto a la Suprema Corte, solicitando el ejercicio de la facultad de atracción. La Suprema Corte de Justicia –sin analizar el fondo del asunto– determinó, básicamente, que no le correspondía ejercer la facultad de atracción, porque lo que discutía era un asunto procesal, en la medida en que el juez había sobreseyó el caso por considerar que la demanda era improcedente pues los demandantes carecían de interés jurídico. El asunto ha regresado al Tribunal Colegiado de Circuito para que él resuelva el recurso de revisión. Por otro lado, mediante sentencia de 28 de noviembre de 2005, la Corte Suprema de Chile, rechazó íntegramente el recurso de casación sobre el fondo y la forma presentado contra la resolución expedida por la Novena Sala de Apelaciones de Santiago (diciembre de 2004), la misma que revocó la de primera instancia que había declarado nula de derecho público la resolución N° 7.224, de 24 de agosto de 2001 del Instituto de Salud Pública de Chile, que se materializó en el registro ISP F-8527/01, que permitió la venta del fármaco Postinor 2. La Corte Suprema de Chile señaló, entre varios argumentos, que el demandante no había probado que el fármaco Postinor 2 tuviera efecto abortivo: “no es cuestión demostrada en este juicio la cualidad abortiva del fármaco aludido ni tampoco que su utilización pudiera provocar, en grado de certeza, un peligro de la vida del que está por nacer (...)” (fundamento 34).

En el caso peruano el juez del Vigésimo Noveno Juzgado Civil de Lima, mediante sentencia de 17 de agosto de 2005, ha ordenado al Ministerio de Salud (MINSA) abstenerse de distribuir AOE, “en tanto no se garantice la implementación de una adecuada política de información dirigida a la población respecto a los alcances y efectos del referido fármaco”. Dicha sentencia ha sido apelada por el MINSA.

craneana (feto anencefálico). Tenía 19 semanas de gestación, es decir casi cinco meses de embarazo. El 2 de noviembre de 2000, la señora S.T. solicitó al referido hospital que le indujera el parto o llevara a cabo la intervención que el médico estimara para poner fin al embarazo. Las autoridades del hospital se negaron a practicar la intervención quirúrgica solicitada, aduciendo que era imprescindible una orden judicial que la autorizara. S.T. presentó una demanda de amparo contra el centro hospitalario, con el objeto de obtener una autorización judicial “para anticipar el parto o interrumpir el embarazo”. La demanda se basó en el artículo 14° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que establece que la acción de amparo procede frente a la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que amenace o lesione derechos.

La jueza de primera instancia rechazó la demanda. La magistrada a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 7 de la Ciudad de Buenos Aires, juzgó que la pretensión debía encuadrarse en la hipótesis del aborto terapéutico, regulado en el artículo 86° inciso 1) del Código Penal argentino. Sin embargo, consideró que no se había demostrado que el embarazo pudiera poner en grave riesgo la salud de la madre. Por lo tanto, concluyó que la negativa de la entidad hospitalaria a practicar la intervención quirúrgica solicitada “no constituía una conducta arbitraria ni ilegítima en los términos del artículo 14° de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

La Cámara de Apelaciones confirmó la decisión de primera instancia por la mayoría de dos votos contra uno. La recurrente interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de la Ciudad, el que fue concedido el 22 de diciembre de 2000. El 26 de diciembre de 2000, dicho tribunal se pronunció por mayoría (4 votos a 1), haciendo lugar al recurso, y revocando la resolución apelada. En consecuencia, autorizó a la dirección del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá para que procediera a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la señora S.T.

El Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal contra la sentencia del Tribunal Superior. La Corte Suprema declaró formalmente procedente el recurso extraordinario toda vez que se hallaba “en juego la interpretación de normas federales (artículo 14, 14 bis, 18, 19, 33, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y la Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana

sobre los Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Ley 23849 aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño, la Convención de los Derechos del Niño; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, tratados de jerarquía constitucional) y haber sido la decisión apelada contraria a los derechos que el recurrente sustenta en dichas normas”.

La Corte Suprema confirmó por cinco votos contra tres la decisión del Tribunal Superior. La señora S.T tenía para entonces ocho meses de gestación. La Corte Suprema se basó principalmente en los siguientes argumentos:

- a. La anencefalia es una enfermedad clínica que excluye la viabilidad extrauterina del feto.
- b. Se trataba de un parto prematuro y no inmaduro.
- c. La Corte, coincidiendo con el *aquo*, sostuvo que la petición de amparo no implicaba la autorización para efectuar un aborto pues no se perseguía una acción que tuviera por objeto la muerte del feto. Sostuvo que el valor defendido por el recurrente se definía como una supervivencia intrauterina durante escasos días frente a una muerte inmediata después del parto, científicamente considerada inevitable. En esa situación debía analizarse si adelantar el nacimiento adelantaba realmente la muerte del defendido.
- d. Atendiendo a los informes médicos, la Corte sostuvo que adelantar o postergar el alumbramiento en esta etapa de la gestación no beneficiaba o empeoraba la suerte del *nasciturus*. No cabía suponer que la preservación de la vida impusiera la postergación artificiosa del nacimiento, “para prolongar la única supervivencia que le es relativamente asegurada: la intrauterina”. En esas circunstancias coexistía la frágil e incierta vida intrauterina del *nasciturus* con el sufrimiento psicológico de la madre y de su familia entera.
- e. El nacimiento no sería un medio para causar la muerte del feto, el fallecimiento sería exclusivamente la consecuencia de su patología congénita, por lo tanto no se violaba el artículo 2° de la Ley N° 23849 aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño ni el artículo 4° de la mencionada convención. “Si fallece, como se anuncia, será por sufrir la grave dolencia que lo afecta, no por haberse dado cumplimiento al paso necesario natural de la vida que consiste en la separación de su madre por efecto del parto”.

- f. En una suerte de ponderación, la Corte Suprema tomó en cuenta la prolongación de “la vida intrauterina del feto” y lo irremediable del fatal desenlace frente a “los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física, y en fin, a todos aquellos reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional”; señalando que como elemento esencial de esta decisión se amparaba “la salud de la madre, cuya estabilidad psicológica ya afectada por los hechos, que hablan por sí mismos— constituye un bien a preservar con la mayor intensidad posible dentro de los que aquí son susceptibles de alguna protección”⁸⁰.
- g. La Corte Suprema reiteró que no se trataba de una acción humana enderezada a provocar la muerte durante la gestación sino la inducción del nacimiento una vez llegado el momento en que el avance del embarazo asegurara dentro del margen de toda situación vital el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir. Asimismo, afirmó que era una decisión “con pleno respeto a la vida desde el momento de la concepción”.

Como a partir del fallo citado la interrupción del embarazo de un feto anencefálico no constituye un delito de aborto, mediante Ley N° 1.044 de 26 de junio de 2003, la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reguló el adelantamiento del parto en los establecimientos asistenciales del sistema de salud de la Ciudad de Buenos Aires respecto de toda mujer embarazada con un feto que padece anencefalia o patología análoga incompatible con la vida extrauterina. Se requiere certificación médica de inviabilidad del feto, consentimiento informado de la mujer embarazada y que el feto haya alcanzado las veinticuatro semanas de edad gestacional, o la mínima edad gestacional en la que se registra viabilidad de fetos intrínseca o potencialmente sanos.

Sin embargo, existen otras razones que podrían sustentar no sólo que se permita la inducción al parto de una mujer que se encuentra embarazada de un feto anencefálico (quien debe esperar por lo menos a las veinticuatro semanas de gestación) sino eventualmente que se permita la interrupción del embarazo en una etapa más temprana.

En efecto, si el aborto supone la interrupción de la gestación de un feto vivo —pues el bien jurídico protegido es la vida en formación—

⁸⁰ Quien realiza una ponderación algo más explícita es el magistrado Gustavo Bossert, quien afirma en su voto que “el simple objetivo de prolongar vida uterina de *nasciturus* no puede prevalecer ante el daño psicológico de la madre que deriva del intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y de calota craneana, con viabilidad nula en la vida extrauterina”.

cabría sostener que en la medida en que el feto anencefálico carece de actividad cerebral, no se trataría –científicamente hablando– de una vida y por lo tanto, la interrupción de dicho embarazo sería un acto atípico⁸¹.

Por el contrario, si se considera vida a la existencia de un feto anencefálico, la interrupción del embarazo podría ser igualmente un acto atípico pues se trataría de un aborto terapéutico. En dicho caso, corresponderá demostrar que existe un peligro para la salud de la madre, la cual incluye no solamente la salud física sino la psíquica. Me parece pertinente señalar que en el caso que se acaba de comentar, el doctor Ricardo Illia –médico obstetra– sostuvo, en una de las audiencias llevadas a cabo, que el daño psicológico de la madre que se deriva del intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y de calota craneana con nula viabilidad extrauterina, tenía visos de tortura.

4.1.3. Costa Rica

4.1.3.1. Proceso de inconstitucionalidad contra la norma que regula las técnicas de reproducción asistida: sentencia 2000-02306 (Expediente N° 95-001734-0007-CO) de 15 de marzo de 2000 de la Corte Suprema de Justicia

El proceso de inconstitucionalidad tiene por objeto la defensa de la Constitución frente a infracciones de su jerarquía normativa. Pérez Royo afirma que el control de las normas “es la tarea más importante del Tribunal Constitucional y su auténtica razón de ser”⁸².

El 7 de abril de 1995 el ciudadano Hermes Navarro del Valle solicitó a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que se declarara la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 24029-S, de 3 de febrero de 1995, en virtud del cual se autorizaba la realización de

⁸¹ De conformidad con el artículo 108° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud del Perú, se considera ausencia de vida el cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de los órganos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de trasplante, injerto o cultivo.

⁸² Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2000, séptima edición, op. cit. p. 935. En síntesis, en relación al control judicial de la ley, se distingue entre el modelo americano, en el que todo juez tiene reconocida la potestad de inaplicar las leyes que estime contrarias a la Constitución, y el modelo europeo, en el que sólo un tribunal especial (Tribunal o Corte Constitucional), tiene competencia para declarar, con efectos generales, la inconstitucionalidad de la ley, véase Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”. Op. cit. pp. 247 yss.

técnicas de reproducción asistida entre cónyuges y se establecían reglas para su realización. Los artículos 9° y 10° de la mencionada norma señalaban que estaba prohibida la fecundación *in vitro* de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento y que todos los óvulos debían ser transferidos a la cavidad uterina de la mujer, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones o preservarlos para la transferencia en ciclos subsecuentes de la paciente o de otras pacientes. Por otro lado, los artículos 5° y 6° del decreto permitían la fecundación heteróloga, es decir la fecundación de la mujer casada con semen de un tercero.

El recurrente fundamentó la admisibilidad de la demanda en el artículo 75° párrafo segundo de la Ley de Jurisdicción Constitucional, toda vez que se trataba de la defensa de intereses difusos o que atañían a la colectividad, pues cualquier persona podía accionar a favor del derecho a la vida. La Sala Constitucional admitió la demanda, señalando que se cuestionaba la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 24029-S por considerar que infringía el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano.

El señor Navarro sostuvo que la vida se iniciaba desde la fecundación y por lo tanto cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada– violaba el derecho a la vida consagrado en el artículo 21° de la Constitución, el artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los Derechos del Niño. Afirmó que ser humano se era desde el momento de fecundado el óvulo y que el embrión humano poseía dignidad y derechos fundamentales.

Asimismo, señaló que a pesar de lo dispuesto en los artículos 9° y 10° del Decreto Ejecutivo N° 24029-S, la manipulación de seis concebidos por madre para que sobreviviera por lo menos uno, suponía que morirían cinco de ellos. Igualmente, los concebidos podían desecharse si la madre moría por enfermedad o accidente antes de la implantación o simplemente se negaba ante una riña con el marido.

En relación a los casos en que la fecundación se producía con semen de un donante, el recurrente adujo que el decreto no precisaba si el donante tenía derecho a permanecer en el anonimato, recordando que el artículo 53° de la Constitución garantizaba el derecho de todo ser humano a saber quiénes eran sus padres. Además, mencionó los

posibles efectos negativos en el desarrollo emocional del niño concebido mediante fecundación *in vitro* y transferencia de embriones (FIVET), a quien adicionalmente, se le vulneraba el derecho a la intimidad al convertirlo “en un divo, en un emblema”.

La Corte Suprema declaró inconstitucional por la forma el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, por infracción del principio de reserva legal, sosteniendo que dicho principio exigía que sólo por ley formal, emanada del Poder Legislativo, era posible regular, y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales. Asimismo, señaló que sólo los reglamentos ejecutivos de las leyes podía desarrollar los preceptos de éstas, no pudiendo la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella estaba habilitada a imponer.

No obstante, el Decreto Ejecutivo N° 24029-S fue también declarado inconstitucional por razones de fondo. En primer lugar, la Corte Suprema señaló que “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico” y que el derecho a la vida se declaraba a favor de todos, debiendo protegerse tanto al ser ya nacido como al que estaba por nacer. Asimismo, la Corte Suprema señaló que la vida humana se encontraba protegida en el artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 4° del Pacto de San José. De dichas disposiciones y del artículo 21° constitucional se deducía que la vida humana debía protegerse desde la concepción.

En segundo lugar, y en relación a las prohibiciones y restricciones contenidas en el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, afirmó que no bastaba con ellas pues la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con prohibiciones y restricciones atentaba contra la vida y la dignidad del ser humano. El embrión humano no podía ser tratado como objeto y expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. La Corte Suprema textualmente señaló: “Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras el desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas”.

El Decreto Ejecutivo N° 24029-S fue declarado inconstitucional por cinco votos contra dos. Sin embargo, en el salvamento del voto los magistrados afirmaron que el derecho a la reproducción humana, si bien no estaba reconocido en la Constitución de Costa Rica, se derivaba del derecho a la libertad y a la autodeterminación, del derecho a la intimidad personal y familiar y de la libertad para fundar una familia. Por otro lado, sostuvieron que tampoco se había infringido el principio de reserva legal pues la titularidad de los derechos mencionados autorizaba su ejercicio sin necesidad de que existiera regulación permisiva.

Cabe señalar que el 19 de enero de 2001, el señor Gerardo Trejos Salas presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra la República de Costa Rica, en la que se alega la responsabilidad internacional del estado costarricense por la Sentencia N° 2000-02306 de 15 de marzo de 2001, que declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 24029-S. El peticionario señaló que la referida sentencia viola los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 8°, 11°(2), 17°, 24°, 25°, 26° y 32° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como los artículos 3°, 10° y 15° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los artículos 1° y 7°(h) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en perjuicio de Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros.

Mediante Informe N° 25/04, de 31 de marzo de 2004, la CIDH admitió la petición formulada por Gerardo Trejos Salas, en cuanto a las supuestas violaciones de derechos protegidos en los artículos 1°, 2°, 11°, 17° y 24° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En dicho informe de admisibilidad la CIDH señala que en la etapa de fondo:

examinará el derecho general de fundar una familia establecido en la Convención Americana y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en muchas constituciones, junto con el derecho a la protección de la vida privada y familiar, a la luz de las cuestiones planteadas en la petición bajo estudio. Estos derechos no son absolutos; el problema particular a ser examinado es si la acción estatal encaminada a restringir el acceso a medidas que favorecen la planificación familiar y la procreación, son compatibles con las disposiciones antes referidas de la Convención Americana. En ese

sentido, la denuncia no es manifiestamente infundada de acuerdo a la Convención.

Es importante resaltar que en el mencionado informe de admisibilidad se cita el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo, aunque sin utilizar el término derechos reproductivos sino el de “derecho de las parejas y de los individuos (...) a adoptar las decisiones relativas a la procreación, sin discriminación, coacción, ni violencia, según lo establecido en los instrumentos de derechos humanos (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, Cairo 1994)”.

4.2. Derechos sexuales

Se ha señalado que existe mayor consenso sobre el concepto de derechos reproductivos que sobre el concepto de derechos sexuales. Sin embargo, en América Latina se ha brindado –a través de procesos de amparo– amplia protección a los derechos sexuales. Como se sabe, el amparo procede contra hechos u omisiones por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulneran un conjunto derechos constitucionales.

4.2.1. Costa Rica: procesos de amparo presentados para proteger el derecho a la libertad sexual de las personas privadas de libertad

A través de reiterada jurisprudencia la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, ha protegido el derecho de las personas privadas de libertad al ejercicio de su sexualidad.

4.2.1.1. Sentencia de 16 de marzo de 1994 (Exp. N° 0383-A-94 Voto N° 1401-94)

Eliécer Acuña Zúñiga, quien venía cumpliendo una sentencia de ocho años de prisión, presentó una demanda de amparo aduciendo que se había vulnerado sus derechos constitucionales, pues la autoridad administrativa penitenciaria le había denegado la visita conyugal porque ésta se realizaba con su compañera, Victoria Jiménez y no con su esposa. Cabe destacar que la visita conyugal con la señora Jiménez le había sido concedida el 23 de agosto de 1992. El señor Acuña se encontraba separado de su esposa desde hacía tres años. Sin embargo, su cónyuge presentó un escrito ante la autoridad administrativa penitenciaria oponiéndose a la visita conyugal y por ello ésta le fue denegada.

La autoridad administrativa penitenciaria sostuvo que no se estaba impidiendo el derecho de libertad sexual, sino que el privado de libertad era casado y no divorciado, como él había manifestado, por lo que no se debía favorecer el adulterio “más aún legalizarlo con la concesión de una visita conyugal”. Además afirmó que ese tipo de visitas no estaba contemplado en la circular de visitas conyugales.

Sin embargo, en la Sentencia de 16 de marzo de 1994 la Sala Constitucional señaló que:

si el privado de libertad venía disfrutando regularmente de su visita conyugal con la señora Victoria Jiménez, de la cual se tienen motivos suficientes para presumir que ha sido su compañera, y las autoridades penitenciarias permitieron esta actuación durante un lapso muy prolongado, no podrían ahora, por la sola oposición de un tercero, sin lesionar su vinculación afectiva de pareja, suspender o revocar el beneficio que venía disfrutando si ha cumplido los requisitos de procedimiento que establece el Decreto Ejecutivo N° 22139-J de 26 de febrero de 1993. Tómese en cuenta, para el caso concreto, que si bien el recurrente todavía se encuentra unido legalmente a la señora Ernela Blandón Martínez, ya que el vínculo matrimonial se encuentra en vía de disolución, ha sido su compañera Jiménez Pérez con la que ha mantenido y fortalecido su relación de pareja.

La Sala Constitucional resolvió “declarar con lugar el recurso”, disponiendo la reanudación de la visita conyugal del señor Acuña con “su compañera” Victoria Jiménez. En esta sentencia llama la atención que no se invoquen artículos constitucionales como parte de la argumentación jurídica.

4.2.1.2. Sentencia de 27 de marzo de 1996 (Exp. 6166-95 Voto N° 1433-96)

Adriana Díaz y Manfred Soto presentaron una demanda de amparo con el propósito de que se les reconociera “el derecho a la libertad sexual a la que todo ser humano tiene derecho aún privado de libertad”.

Los recurrentes, ambos privados de libertad, habían solicitado a la autoridad administrativa penitenciaria a principios de noviembre de 1995, que se realizaran los estudios del caso para que pudieran tener visita conyugal, sin que hubieran obtenido respuesta. Los recurrentes eran solteros pero habían convivido durante tres años.

La administración penitenciaria, invocando el artículo 65° del Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados de Libertad, sostuvo que era requisito para conceder la visita conyugal presentar certificado de matrimonio.

De acuerdo con la Sala Constitucional, en el presente caso el debate debía centrarse en el contenido constitucional de las libertades de los privados de libertad. La mencionada Sala invocando los artículos 20^{o83} y 28^{o84} de la Constitución de Costa Rica señaló que si bien el juez limita al condenado en su ámbito personal de movimiento, dicha autoridad: “no le ha condenado ni podría condenarle a abandonar sus libertades religiosas, políticas, morales, sexuales. Éstas pueden serle limitadas cuando no hay más remedio dadas las condiciones ineludiblemente restrictivas de la visión en reclusión”.

Asimismo, cabe destacar que la Sala Constitucional estableció que el mencionado artículo 28° inhibía incluso al legislador –*a fortiori* al administrador– de escudriñar lo más sagrado de una persona: su libertad política, religiosa, moral y sexual. Por lo tanto, exigir a los recurrentes: “una certificación de estado civil para tener derecho a visita íntima en prisión, así fuera exclusivamente a título de un elemento más de valoración como se informa bajo juramento, equivale a otorgar poderes inconstitucionales a la administración penitenciaria, que velaría no sobre el derecho y la ética (social o comunitaria) de los costarricenses, sino sobre la libertad moral o sexual de una persona, librada al ámbito más íntimo del individuo”.

La Sala Constitucional inaplicó en el presente caso el “Reglamento de los derechos de los privados y privadas de libertad”, señalando que era inconstitucional en lo referido a la exigencia de constancia de estado civil⁸⁵. Declaró que había lugar a la demanda en relación a la citada exigencia, ordenando resolver la solicitud de visita conyugal dentro del tercer día.

⁸³ Artículo 20.- Todo hombre es libre en la República; no puede ser esclavo el que se halle bajo la protección de sus leyes.

⁸⁴ Artículo 28.- (...) Las acciones privadas que no dañen la moral y el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

⁸⁵ La Sala Constitucional fundamentó el control difuso en el artículo 19° de la Ley General de la Administración, según el cual el régimen jurídico de los derechos fundamentales está reservado a la ley, y en el artículo 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud del cual todo juez de la República debe inaplicar las normas inconstitucionales.

4.2.1.4. Sentencia de 4 de abril de 1997 (Exp. 97-000586-0007-CO Res: 1997-01922)

Víctor Errol de la Fuente Young presentó una demanda de amparo en su favor y en el de María Isabel Villalobos Sánchez, y ésta última presentó otra en su favor y en el de Víctor Errol, ambas contra la administración penitenciaria. Los citados procesos fueron acumulados.

Víctor Errol, privado de libertad, sostuvo que la administración penitenciaria, so pena de prohibirle la visita conyugal, pretendía obligar a su compañera, María Isabel Villalobos Sánchez, a asistir a talleres de violencia familiar. En opinión del señor Errol dicha exigencia era abiertamente inconstitucional.

El señor Errol estaba casado, aunque en una declaración jurada dejó constancia de que desde hacía varios años no mantenía vínculo con su cónyuge. Por su parte, la señora Villalobos había ingresado por primera vez al centro de reclusión como parte de un grupo religioso y había entablado una relación afectiva con otro privado de libertad, quien en su momento la había agredido físicamente.

Según la administración penitenciaria, el señor Errol, condenado a veinticinco años de prisión por el delito de homicidio calificado y robo agravado, concebía la visita conyugal como la posibilidad de coito y satisfacción sexual, no visualizándola como un espacio donde se profundizaran y fortalecieran vínculos y sentimientos que se mantuvieran y consolidaran en el tiempo, a través de una estructura familiar funcional y con proyectividad. De acuerdo a la administración penitenciaria la visita conyugal había sido denegada pues según los informes técnicos no se presentaba “un acertado beneficio para la seguridad personal de ambos y para la seguridad institucional”.

La Sala Constitucional citó la Sentencia N° 2175-96 según la cual:

“Es claro entonces, que nuestro sistema de libertad, deja fuera del alcance de la ley –o lo que es lo mismo, de la acción del Estado– una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es el hombre, no la sociedad, quien tiene dignidad y consiguientes derechos y libertades fundamentales. En virtud del artículo 28° constitucional, la ley no puede invadir la esfera de la actividad privada, si ésta no causa perjuicio a terceros, a la moral o al orden público, en los alcances restrictivos señalados”.

La Sala Constitucional reiteró que los derechos de las personas privadas de libertad debían ser respetados, puesto que el único que habían perdido era el de libertad, y solamente se les podía restringir otros en atención a la condición de reclusión en que se encontraban. En relación a la persona que solicita la visita conyugal con alguien que se encuentra privado de libertad, la Sala recordó que no podía ser sometida a condiciones más allá de la “regulación del horario y otras relativas a la visita y disciplina del penal”, determinado que:

“procede la declaratoria con lugar del presente recurso, toda vez que es clara la intromisión de la Administración Penitenciaria en un ámbito de la vida íntima no sólo del privado de libertad De La Fuente Young, sino también de su compañera, quien no tiene por qué verse afectada en su centro de trabajo, ni ser sometida obligatoriamente a terapia alguna como requisito previo para determinar con quién ella desea mantener vida sexual, toda vez que no sólo se trata de un requisito que no se encuentra en la normativa reglamentaria que regula la materia, sino que además se invade con ello en forma no razonable la privacidad y autonomía de la voluntad de la señora Villalobos Sánchez y del señor De la Fuente Young”.

En consecuencia, la Sala Constitucional declaró con lugar las demandas de amparo y ordenó resolver la solicitud de visita conyugal, sin tomar en cuenta el requisito de que se sometiera a atención terapéutica de ningún tipo.

4.2.2. Colombia

4.2.2.1. Demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 46 (parcial) del Decreto 2277 de 1979, que establecía que la homosexualidad era una causal de mala conducta para los profesores: sentencia C-481/98 de 9 de setiembre de 1998

El ciudadano Germán Humeberto Rincón Perfetti presentó la mencionada demanda contra parte del inciso d) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979, por el cual se adoptaron normas sobre el ejercicio de la profesión docente: “Artículo 46. Causales de mala conducta. Los siguientes hechos debidamente comprobados, constituyen causales de mala conducta. b. El homosexualismo o la práctica de aberraciones sexuales”.

El demandante adujo que la disposición cuestionada vulneraba su derecho a la igualdad y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, al trabajo y a escoger libremente profesión u oficio, reconocidos en los artículos 13°, 15°, 16°, 25° y 26° de la Constitución.

El ciudadano Jorge Isaac Rodelo Menco remitió a la Corte un escrito, firmado también por un numeroso grupo de padres de familia de un colegio, en el que sostenían que la homosexualidad era “una anormalidad con consecuencias graves, pues ha permitido la proliferación de enfermedades letales y altera el sano desarrollo de una persona”.

Si bien la Corte Constitucional señaló que la norma acusada había sido derogada por una disposición posterior, consideró necesario entrar al examen de la expresión impugnada.

La mencionada corte afirmó que existe un nexo profundo entre el reconocimiento del pluralismo (CP Art. 7°) y el libre desarrollo de la personalidad (CP Art. 16°), “ya que mediante la protección a la autonomía personal, la Constitución aspira a ser un marco en el cual puedan existir las más diversas formas de vida humana, frente a las cuales el Estado debe ser neutral”. Asimismo, sostuvo que era lógico concluir “que la preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual –entre ellas la homosexual– hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad”.

Citando jurisprudencia previa, la mencionada corte señaló que en determinados casos el control por parte del juez constitucional del respeto de la igualdad tenía que ser más estricto, como en el supuesto de la diferencia de trato por razón de la orientación sexual al ser “sospechosamente discriminatoria”. En efecto, según la Corte, dicho trato diferente de las autoridades contra un homosexual está sometido a un control judicial o escrutinio estricto, debido a tres razones:

“(i) que estamos en presencia de grupos minoritarios tradicionalmente discriminados; (ii) que si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, entonces la diversidad de trato se funda en una categoría prohibida pues equivale a una discriminación por razón de sexo; y (iii) finalmente, si la preferencia sexual es libremente escogida, entonces se estaría limitando a un grupo de personas –los homosexuales– el libre desarrollo de la personalidad, mientras que a los heterosexuales se les asegura el pleno goce de ese derecho en materia sexual”.

De igual modo, citando jurisprudencia previa la Corte afirmó que para que un trato diferente satisfaga los estándares de un escrutinio estricto es necesario:

“(i) no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente no sólo debe ser adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y, (iii) finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación”.

A partir de tales criterios la Corte Constitucional analizó la legitimidad de la consagración de la homosexualidad como falta disciplinaria en el ejercicio docente, concluyendo que era inconstitucional la expresión “El homosexualismo” del literal b) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979.

Es interesante mencionar, que la citada corte luego de revisar información bibliográfica, concluye que no existe evidencia empírica para afirmar que un homosexual es más propenso que un heterosexual para abusar de una persona menor de edad. Por lo tanto, consideró que no existía necesidad de analizar otros mecanismos menos lesivos de la igualdad para proteger a los menores, pues la medida acusada no era ni siquiera adecuada para alcanzar la finalidad pretendida.

Asimismo, es interesante destacar el análisis que realiza la Corte Constitucional sobre el argumento, implícito en los padres de familia, de que “la presencia abierta de profesores homosexuales podría inducir comportamientos indebidos o identificaciones anormales en sus educandos”, es decir, la idea de que la homosexualidad de un docente implica el riesgo de que el alumno devenga en homosexual, lo que es perjudicial y debe ser evitado. Al respecto, la Corte señaló que dado que la homosexualidad goza de una protección constitucional especial, no podía admitirse como deber del Estado “evitar a toda costa que un menor pueda desarrollar una orientación homosexual”, no estando ni siquiera claro “que la persecución de homosexuales persiga una finalidad constitucionalmente imperiosa”.

Adicionalmente, afirmó que no era “razonable suponer que la simple presencia de un profesor con una determinada orientación sexual provoque una orientación igual en sus alumnos pues, si así fuera (...), resultaría inexplicable que existieran hijos y alumnos homosexuales de padres y maestros heterosexuales”. Para reforzar el argumento de la Corte, en el sentido de que la formación de la orientación sexual de una persona es un proceso muy complejo, en el cual inciden condicionamientos biológicos, factores ambientales y decisiones personales, en la sentencia se citan estudios que demuestran que la gran mayoría de hijos e hijas de padres homosexuales se convierten en adultos heterosexuales.

4.2.2.2. Tutela presentada ante la negativa de la visita íntima una pareja homosexual privada de libertad: sentencia T-499/03 de 12 de junio de 2003 de la Corte Constitucional

El Defensor del Pueblo Regional Caldas presentó, en nombre de las internas Martha Lucía Álvarez Giraldo y Martha Isabel Silva García, una acción de tutela (amparo) en contra de la administración penitenciaria, invocando la protección de los derechos constitucionales a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de las personas mencionadas, pues no les permitía la visita íntima homosexual⁸⁶.

Martha Lucía Álvarez Giraldo y Martha Isabel Silva García cumplían condenas en distintos centros penitenciarios. La señora Álvarez gozaba de 72 horas de permiso cada mes, a pesar de que se encontraba detenida desde 1994 y estaba condenada a 10 años de pena como responsable del delito de homicidio agravado. Martha Silva y Martha Álvarez tuvieron que ser trasladadas a penales distintos, pues debido a su relación, la anterior pareja de Martha Silva había atentado contra su integridad física y contra la de la señora Álvarez, ya que inicialmente las tres se encontraban en el mismo centro de reclusión.

⁸⁶ El 18 de mayo de 1996, Martha Lucía Álvarez Giraldo presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición en contra del estado colombiano por vulnerar los derechos consagrados en los artículos 5.1, 5.2, 11.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ante la negativa de las autoridades penitenciarias de autorizar la visita íntima debido a su orientación sexual. El caso fue admitido en la CIDH mediante Informe N° 71/99 de 4 de mayo de 1999 (Caso 11656 Colombia). Cabe señalar que cuando la señora Álvarez presentó esta denuncia tenía otra pareja.

Mediante memorando 0743 de 14 de diciembre de 2001, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– había regulado el ingreso a los establecimientos carcelarios, determinando que los visitantes mayores de edad, no abogados, debían exhibir su cédula de ciudadanía y el certificado judicial vigente, expedido por el DAS.

El 6 de agosto de 2002, la señora Martha Isabel Silva García solicitó a la directora del penal en el que se encontraba recluida autorización para recibir visitas íntimas de su compañera Martha Lucía Álvarez, sustentada en “la decisión de la Corte Suprema de Justicia del pasado 11 de octubre de 2001 (...) mediante la cual se ordenó al INPEC autorizar la visita conyugal a la interna (...), en las mismas condiciones que se le autoriza a las mujeres heterosexuales”. Dicha petición fue respondida el 16 de agosto, señalando la directora que “la decisión a que usted hace relación produce efectos inter partes” y que “sobre este aspecto no tengo instrucciones que me permitan acceder a su petición, lo que no obsta para que usted pueda dirigirse a otra Autoridad que tenga la competencia para decidir”.

El 6 de setiembre de 2002 el propio Defensor del Pueblo Regional Caldas solicitó a la autoridad penitenciaria que concediera la autorización para la visita íntima. En respuesta, la administración le solicitó al Defensor del Pueblo que informara a la señora Álvarez que “por el hecho de ser condenada NO HA PERDIDO ALGUNOS DERECHOS pero sí se encuentran restringidos, y el derecho a ingresar a otro centro de reclusión mientras disfruta de permisos de 72 horas no es conveniente por motivos de seguridad”.

Además, se le exigía registrar una dirección distinta a la del penal en razón de ser beneficiaria del permiso de 72 horas y, también se le exigía la presentación de un certificado expedido por el DAS, que no podía obtener dado que venía cumpliendo una condena.

El 8 de setiembre de 2002 la señora Álvarez, haciendo uso del permiso de 72 horas, viajó hasta el centro penitenciario donde se encontraba Martha Silva, pero ni siquiera se le permitió el ingreso. Posteriormente, la señora Álvarez volvió a solicitar la intervención de la Defensoría del Pueblo, a fin de que en su siguiente permiso se le permitiera la visita íntima. Ante la nueva intervención de la Defensoría del Pueblo, la respuesta de la Administración fue que se abstendría “de autorizar dicho ingreso, atendiendo entre otras razones a los motivos de orden interno a que obedecieron sus traslados”.

En relación a este caso, la Corte Constitucional señaló que le correspondía “considerar si las instrucciones administrativas, que regulan el ingreso de visitantes a establecimientos carcelarios, pueden condicionar hasta hacer nugatorio el ejercicio de la sexualidad de las personas privadas de libertad o con antecedentes judiciales o de policía (...)”.

En opinión de la Corte Constitucional si bien la administración penitenciaria no cuestionaba la opción sexual de las recurrentes, las reiteradas e injustificadas negativas a la visita íntima, quebrantaron los derechos fundamentales a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

Citando jurisprudencia previa, la Corte Constitucional señaló que⁸⁷:

Tanto para aquellos reclusos que tengan conformada una familia como para los que no, el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo claro del derecho al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 16 de la Carta.

Una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano el cual debe verse de una manera integral teniendo en cuenta, por tanto, el aspecto corporal o físico. La relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. La privación de la libertad conlleva una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad, pero no lo anula.

La relación física entre el recluso y su visitante es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad.

En cuanto al Memorando 0743 de 14 de diciembre de 2001, la Corte Constitucional determinó que si bien regulaba de manera general el ingreso de visitantes a los establecimientos penitenciarios, no preveía el ingreso de quien cumplía pena en otro reclusorio. En todo caso, la exigencia de los requisitos allí establecidos no podían limitar los derechos constitucionales de los visitantes hasta desconocerlos.

La Corte Constitucional concluyó que “las personas privadas de libertad pueden reclamar oportunidades para afianzar en la intimidad

⁸⁷ Véase la Sentencia T-269 de 2002 (ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra).

sus relaciones de pareja, y que las autoridades carcelarias no pueden entorpecer sus propósitos, en razón de que la dignidad humana está especialmente protegida en los artículos 1º, 2º, 4º, 15^{o88} y 16^{o89} constitucionales”. En consecuencia, determinó que la administración penitenciaria tenía que permitir el ingreso de Martha Álvarez para que pudiera entrevistarse en intimidad con Martha Silva o disponer el lugar donde se realizarían tales encuentros, salvaguardando la dignidad y los derechos a la igualdad e intimidad de las nombradas.

Asimismo, solicitó al Defensor del Pueblo que en los cuatro meses siguientes a la notificación de la decisión, iniciara las acciones judiciales y administrativas para que el Ministerio del Interior y la Justicia reglamentaran las visitas íntimas en los centros de reclusión, de tal forma que se contaran con criterios claros, generales y uniformes en la materia, que permitieran garantizar a los internos el ejercicio de su sexualidad en condiciones de igualdad, y salvaguardando su dignidad e intimidad, sin desconocer las condiciones específicas de cada establecimiento.

4.2.2.3. Tutela presentada ante la negativa de la visita íntima a una pareja heterosexual privada de libertad: sentencia T-718/03 de 20 de agosto de 2003 de la Corte Constitucional

Julio Emilio Usaga, quien se encontraba recluso en la Cárcel de Varones de la ciudad de Pereira por delito de rebelión, instauró una acción de tutela contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– sede Pereira y el Comando del Departamento de Policía de Risaralda, pues el INPEC se había negado a transportar a Anllis Silena Reyes, compañera y madre de su hijo, a su lugar de reclusión, pues ella también se encontraba recluida en la Cárcel de Mujeres La Bada del Municipio de Dosquebradas, y había sido autorizada también a la visita íntima. El recurrente solicitaba la protección de su derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 15º de la Constitución.

El 30 de diciembre de 2002, la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Reclusión de Mujeres Pereira solicitó a

⁸⁸ Artículo 15.- Toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar (...).

⁸⁹ Artículo 16.- Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

la Comandancia de Policía DERIS de la misma ciudad, estudiar la posibilidad de designar escolta para el traslado de dos internas recluidas en el centro carcelario de Dosquebradas al Centro de Reclusión de Varones de Pereira con el objeto de hacer efectivas las visitas conyugales autorizadas, por condiciones de seguridad dado que las mencionadas internas estaban sindicadas por el delito de rebelión.

Ante el juez de tutela de primera instancia, el Director Regional del INPEC afirmó que el actor debía haber puesto en su conocimiento la insuficiencia de las actuaciones de la directora del establecimiento carcelario, y que existía información de inteligencia confidencial según la cual se planeaba un rescate de las internas por el delito de rebelión. Adicionalmente, señaló que:

el accionante ve según él su derecho a la visita conyugal vulnerado pero ahí sí podríamos alegar que es por su propia culpa, ya que al ponerse al margen de la ley sus derechos quedan limitados como en el presente caso a que su compañera sea transportada con las medidas de seguridad que se requiere, de lo contrario hay una causal de exoneración al ente estatal accionado, ya que el accionante se encuentra recluido en un centro carcelario es por su propia y exclusiva culpa, como consecuencia del actuar delictivo.

La Corte Constitucional consideró que si bien no se discutía el derecho fundamental del detenido a las visitas conyugales, tal derecho se vulneraba por la omisión administrativa de dar cumplimiento a la orden judicial que autorizó la visita íntima del actor. Por lo tanto, en su opinión, debía responder las siguientes interrogantes: ¿qué entidad pública era la obligada a cumplir con la orden judicial de traslado de una persona detenida para hacer efectiva la visita conyugal a otro detenido?, ¿hasta dónde iban los deberes de la autoridad pública obligada al traslado y los deberes de las autoridades de policía para hacer efectiva la orden judicial de traslado? y ¿se vulneraban los derechos fundamentales del actor con el comportamiento de las autoridades directa o indirectamente obligadas a hacer efectiva la orden judicial del traslado?

De acuerdo a la uniforme jurisprudencia, la Corte Constitucional afirmó que: “Las visitas conyugales en los establecimientos de reclusión hacen parte del derecho a la intimidad personal y familiar, y al respeto de la dignidad humana, como uno de los principios rectores del estado social de derecho. Pero su realización está limitada a que en el

establecimiento correspondiente se den las condiciones adecuadas de higiene, privacidad, seguridad, etc”.

De acuerdo a la legislación vigente, la Corte Constitucional determinó que era al INPEC a quien le correspondía el traslado de los detenidos y que si razones de orden público le impedían cumplir a cabalidad sus funciones, podía recurrir a otras autoridades públicas para el cumplimiento efectivo de sus funciones.

Luego de analizar la actuación de la Directora de la Cárcel de Mujeres Pereira, la Corte Constitucional sostuvo que si bien emprendió acciones para la realización del derecho a la visita íntima del actor y de su compañera, tal actuación fue incompleta porque desconocía la obligación de la Policía de prestar la colaboración necesaria para el traslado de las internas, y porque no informó al Director Regional del INPEC sobre la dificultad de hacer efectiva la orden judicial que autorizaba las visitas íntimas.

En cuanto al Director Regional del INPEC, la Corte sostuvo que, en ejercicio de la función de inspección y vigilancia de las cárceles (artículo 3° de la Ley 65 de 1993), correspondía asegurarse de que las actuaciones de las autoridades del INPEC condujeran a hacer efectivas las providencias judiciales sobre privación de la libertad en los centros de reclusión. Asimismo, en relación a lo declarado ante el juez de primera instancia, la Corte Constitucional afirmó que se evidenciaba el desconocimiento de principios y valores que guiaban el tratamiento de las personas privadas de libertad. La Corte Constitucional encontró que la omisión del INPEC carecía de justificación constitucional.

En relación al Comandante de la Policía Departamental de Risaralda, la Corte Constitucional determinó que había omitido sus deberes de colaboración armónica mediante la prestación del auxilio necesario para hacer efectiva la autorización de las visitas íntimas, al haber afirmado que tal apoyo no se encontraba dentro de la filosofía de la Policía Nacional.

La Corte Constitucional concedió al señor José Emilio Usaga la tutela de su derecho fundamental a la visita íntima, y ordenó a la Directora del INPEC Reclusión Mujeres de Pereira, al Director Regional del INPEC Viejo Caldas y al Comandante Departamental de Policía de Risaralda, que en tres meses diseñaran y ejecutaran un plan para cumplir efectivamente con las visitas íntimas autorizadas a Anllis Silena Reyes y a Julio Emilio Usaga.

4.2.3. Perú

4.2.3.1. Proceso de amparo ante una sanción administrativa sustentada en la orientación sexual del recurrente: sentencia de 24 de noviembre de 2004 (Exp. 2868-2004-AA/TC) del Tribunal Constitucional

José Antonio Álvarez Rojas presentó un recurso extraordinario contra la Sentencia de la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Áncash, de fecha 24 de mayo de 2004, que declaró improcedente la demanda de amparo presentada contra el Ministerio del Interior⁹⁰.

El 29 de diciembre de 2003, José Álvarez presentó una demanda de amparo contra el Ministerio del Interior, solicitando su reincorporación al servicio activo de la Policía Nacional, con el reconocimiento de su tiempo de servicio. Sostuvo que cuando prestaba servicios en la jefatura del área policial de Pomabamba-Ancash se expidió un parte administrativo disciplinario por faltas contra el decoro y la obediencia, imponiéndosele la sanción de 10 días de arresto simple, que posteriormente fue elevada a 18 días por el jefe de la Subregión de la Policía Nacional de Huari-Ancash. Adicionalmente, por los mismos hechos se le pasó de la situación de actividad a la de disponibilidad, mediante Resolución Regional N° 062-IV RPNP-UP AMDI, de 28 de agosto de 1996, por habersele encontrado responsable de la comisión de faltas contra el decoro y el espíritu policial. Finalmente, por Resolución Directoral N° 728-2000 DGPNP/DIPER, de fecha 7 de abril de 2003, se dispuso su pase al retiro, violándose el principio *ne bis in idem*.

Por los mismos hechos José Álvarez fue procesado y absuelto por el Cuarto Juzgado de Instrucción Permanente de la II Zona Judicial de la Policía Nacional, resolución que fue confirmada por la Sala del Consejo Superior de Justicia de la PNP.

El Tribunal Constitucional analizó el caso concluyendo que se había vulnerado el principio *ne bis in idem*, principio implícito en el artículo 139° inciso 3) de la Constitución⁹¹. Lo interesante de la resolución es que el mencionado tribunal advierte que, en el ejercicio

⁹⁰ A partir del 1 de diciembre de 2004, fecha en la que entró en vigencia el Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley N° 28237, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda (artículo 18°).

⁹¹ Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...).

de la potestad sancionadora, la Policía Nacional había vulnerado otros derechos fundamentales de José Álvarez, quien sólo había alegado la vulneración del principio de *ne bis in idem* y la vulneración de su derecho a la defensa⁹².

En virtud de la aplicación de *iura novit curia*, el Tribunal Constitucional recordó “la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo que involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquél”⁹³, pues las normas constitucionales son indisponibles para el juez constitucional y, en consecuencia, aunque no hayan sido invocadas deben aplicarse.

Como se ha señalado, José Álvarez había sido sancionado por haber cometido falta contra la obediencia, y según el Ministerio del Interior ésta se habría cometido por no haber pedido autorización para contraer matrimonio con Keli Micheli Rojas Minchola el 3 de mayo de 1996.

Para el Tribunal Constitucional la cuestión que debía analizarse era si ¿era admisible constitucionalmente la exigencia de contar con autorización de la institución policial para que sus efectivos pudieran contraer matrimonio?

Si bien el Tribunal Constitucional señala, por un lado, que del artículo 4º de la Carta Política⁹⁴ no se deriva un derecho fundamental al matrimonio y por lo tanto el derecho de contraer libremente matrimonio no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, por el otro afirma que tal derecho “sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2º, inciso 1) de la Constitución”⁹⁵:

Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para

92 El Tribunal Constitucional consideró que se había violado el derecho a la defensa del demandante, pues se le había impuesto la sanción de arresto simple sin seguir un previo procedimiento disciplinario y sin que pudiera defenderse de los cargos imputados.

93 Sobre la necesidad de que se respete el contradictorio en el proceso de amparo y la aplicación del *iura novit curia*, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano STC 0905-2001-AA/TC.

94 Artículo 4º.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio (...).

95 Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...).

la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

Uno de los ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubi*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él –aunque no únicamente–, a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad –para autorizar o negar– de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración.

El Tribunal Constitucional consideró que la sanción de 18 días de arresto impuesta a José Álvarez por no haber pedido autorización de la Policía Nacional para casarse, vulneraba el principio de legalidad⁹⁶ y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, analizó la sanción disciplinaria impuesta por cometer faltas contra el decoro y el espíritu policial. La comisión de tales faltas se sustentaba en el hecho de que José Álvarez había demostrado “total desconocimiento de las cualidades morales y éticas como miembro de la PNP” al haberse casado con Kelly Miguéli Rojas, una persona del mismo sexo, quien presumiblemente había adulterado su documento de identidad, cambiado sus nombres masculinos de pila por nombres femeninos. Además, la sanción se sustentaba en que José Álvarez había mantenido una relación de convivencia con esa persona a pesar de conocer “–o tener que razonablemente haber inferido, en función de su condición de auxiliar de enfermería– las anomalías físicas de sus órganos genitales”. Esto último por cuanto el 6 de agosto de 1996, Kelly Rojas (quien figuraba como Oswaldo Miguel) había sido sometida a un reconocimiento médico legal, expedido por la Dirección Regional de Salud de Huari, y se había diagnosticado que en la actualidad no

⁹⁶ El artículo 50° del Decreto Legislativo N° 745 establece que se pasará a retiro al efectivo que no solicite autorización para contraer matrimonio con un extranjero, y el artículo 67° del mismo decreto legislativo estatuye que el personal de la Policía en situación de actividad o disponibilidad, para contraer matrimonio con persona extranjera requerirá autorización por Resolución del Director General de la Policía. El Tribunal Constitucional expresamente señaló que no se detendría, en este caso, en los alcances de tales disposiciones.

se podía definir el sexo inicial por existir plastía previa en órganos genitales “D/C hermafroditismo”.

El Tribunal Constitucional consideró *prima facie* que si la sanción se impuso al recurrente porque un tercero (la persona con la que se casó) cometió un delito, ella resultaba no sólo desproporcionada sino que afectaba el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional advirtió que la sanción había sido impuesta también por el hecho de que José Álvarez había mantenido relaciones de convivencia con un transexual, “con anomalías físicas”, hecho que debía haber advertido en su condición de auxiliar de enfermería.

A criterio del Tribunal debía analizarse si la convivencia con un transexual podía o no ser considerada ilícita desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador. Para ello, destacó que de conformidad con el artículo 1º de la Constitución, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad eran el fin supremo de la sociedad y del Estado⁹⁷ y que la Constitución peruana no distinguía a las personas por su opción sexual. En ese sentido, el carácter digno de una persona no se perdía por ser homosexual o transexual “o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría”. El Tribunal Constitucional determinó que no se podía condenar una opción o preferencia cuya elección sólo correspondía adoptar al individuo como ser libre y racional. Asimismo, señaló que al sancionar administrativamente a un servidor público por determinada opción y preferencia sexual “simultáneamente el Estado, de modo subrepticio, está imponiendo como jurídicamente obligatorio lo que él, autoritariamente, o una mayoría, juzga como moralmente bueno”...“Lo que juzga inconstitucional es que, inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, susceptible de sanción la relación que establezca con uno de sus miembros”.

Por las razones expuestas el Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la demanda y ordenó al Ministerio del Interior reincorporar al servicio activo a José Álvarez, reconociéndole su tiempo de servicios como reales y efectivos.

⁹⁷ Artículo 1º.- La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

A manera de balance

La jurisprudencia citada a lo largo del artículo permite confirmar la importancia de la interpretación jurídica y de que las resoluciones judiciales sean debidamente motivadas. Cuando los derechos sexuales y reproductivos han sido protegidos, es decir en la mayor parte de casos, se ha invocado para ello los derechos o principios reconocidos en textos constitucionales, como la dignidad personal, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, entre otros. Tratándose de mujeres embarazadas de un feto anencefálico, se ha puesto en evidencia que debe protegerse el derecho a la salud de la mujer, habiendo señalado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que negar la interrupción del embarazo en esas circunstancias causa un sufrimiento moral prohibido por el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por otra parte, se ha señalado que la vida privada incluye la vida sexual, y en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha afirmado que la violencia sexual no es sólo un ataque a la integridad física y mental sino también a la dignidad e intimidad personal. El derecho al ejercicio de la sexualidad ha sido explícitamente reconocido, estableciéndose que al Estado le está vedado escudriñar en determinados aspectos de la vida de las personas, entre ellos la vida sexual. Se ha señalado, igualmente, que la privación de libertad no priva del ejercicio de la sexualidad, ya se trate de personas heterosexuales u homosexuales. Las visitas íntimas de las personas privadas de libertad están protegidas por el derecho a la intimidad y por el principio de dignidad. De otro lado, se ha afirmado que el carácter digno de una persona no se pierde por su orientación o preferencia sexual. Finalmente, se ha sostenido que es el ser humano quien es titular de derechos, no la sociedad. De ahí que el derecho al libre desarrollo de la personalidad posibilite que las personas elijan su modo de vida, incluso si el modo de vida escogido no es de aceptación de la mayoría.

Más problemas se han evidenciado con respecto a la anticoncepción oral de emergencia y las técnicas de reproducción asistida. Sobre todo este último tema parece ser parte de la agenda pendiente, no sólo porque ha llegado a la CIDH sino porque –como en el Perú– carece de regulación legal. En todo caso, no hay que olvidar que incluso espacios de libertad conquistados podrían resultar muy poco significativos si es que no se garantiza a las personas ciertas condiciones materiales. Como afirman Correa y Petchesky, los derechos sexuales y reproductivos se definen en términos de poder y de recursos: “poder para realizar

decisiones informadas sobre nuestra propia fertilidad, maternidad, crianza de hijos/as, salud ginecológica y actividad sexual, y los recursos para tomar tales decisiones de una manera segura y eficaz”⁹⁸.

⁹⁸ Correa Sonia y Petchesky Rosalind, “Reproductive and Sexual Rights: A Feminist Perspective”, op. cit. p. 107.