

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

1

Los derechos reproductivos son derechos humanos



Los derechos reproductivos son derechos humanos

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Con el apoyo de:

Fondo de Población de las Naciones Unidas

Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo

© 2008 Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
Reservados todos los derechos.

346.013.4

I59d Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Los derechos reproductivos son derechos humanos /
Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
San José, C.R. : IIDH, 2008 62 p. ; 21.59 x 13.97 cm.
ISBN 978-9968-917-77-3

1. Derechos de familia 2. Derechos reproductivos 3. Derechos sexuales 4. Derechos humanos.

Las ideas expuestas en los trabajos publicados en este libro son de exclusiva responsabilidad de los autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

Isabel Torres García
Coordinación académica

Denia Núñez Guerrero
Apoyo académico

Alda Facio
Autora

“Encuentro en el parque” (2007)
Cortesía de la pintora costarricense Alma Fernández
Oleo y collage sobre cartón, 50 x 35 cm.
Ilustración de la portada

Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH
Diseño, diagramación y artes finales

Editorama S.A.
Impresión

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail: uinformacion@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Tabla de contenido

Presentación	7
Introducción	11
1. Necesidad de enmarcar la salud sexual y reproductiva en un marco de derechos humanos	13
2. Evolución de los derechos humanos: hacia la inclusión expresa de los derechos reproductivos.....	17
3. Alcance y contenido de los derechos reproductivos.....	24
3.1. Los doce derechos que conforman los derechos reproductivos.....	24
3.2. Contenido de los derechos reproductivos	28
4. La responsabilidad u obligación del Estado frente a los derechos reproductivos	68
4.1. Obligación de respetar	74
4.2. Obligación de proteger.....	75
4.3. Obligación de garantizar o cumplir	77
En conclusión	83

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) han desarrollado acciones conjuntas desde el año 2002, en el marco de una fructífera alianza estratégica basada en la plena coincidencia de que el goce y ejercicio de los derechos humanos, constituyen la piedra angular de la democracia y del desarrollo.

En el trabajo de promoción y educación en derechos humanos de las mujeres que ambas entidades realizan, han identificado temas de especial preocupación en la región en la esfera de los derechos reproductivos. Es por ello que han propiciado procesos de investigación académica, que dan continuidad al estudio realizado y publicado hace algunos años “Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos” (IIDH, UNFPA: 2003).

Mediante la presente publicación, se pone a disposición un compendio de cuatro investigaciones, con el fin de propiciar conocimientos que faciliten el debate, la argumentación y la toma de decisiones:

- Tomo 1: Los derechos reproductivos son derechos humanos.
- Tomo 2: Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos.
- Tomo 3: La anticoncepción oral de emergencia. El debate legal en América Latina.

Tomo 4: Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina.

El primer texto aborda a los derechos reproductivos desde una perspectiva de género y de derechos humanos. Analiza la evolución, alcance y contenido de los derechos reproductivos como parte de los derechos humanos universales y por ende, de las obligaciones de los Estados en esa materia.

El segundo presenta, desde una perspectiva jurídica, cómo la justicia constitucional ha resuelto en América Latina los casos en los que se han discutido demandas argumentadas como derechos sexuales y reproductivos.

El tercer texto sistematiza quince procesos judiciales constitucionales sobre la anticoncepción oral de emergencia, el cual constituye el método anticonceptivo que más controversias judiciales ha originado en América Latina, planteadas en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú.

El cuarto y último analiza la reproducción asistida desde una perspectiva de género y derechos humanos en el contexto latinoamericano.

El IIDH y el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), esperan continuar contribuyendo a ampliar los conocimientos en dichas temáticas y sobre todo, que la apropiación de los mismos se convierta en una herramienta de trabajo por parte de las instituciones de Estado y de las organizaciones de la sociedad civil en pro de los derechos humanos.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo*

Los derechos reproductivos son derechos humanos

*Alda Facio**

* Costarricense, Master en Jurisprudencia Comparada y Derecho Internacional con énfasis en Derecho de la Mujer de la Universidad de Nueva York. Directora del Programa Mujer, Justicia y Género del ILANUD. Jurista feminista y experta internacional en asuntos de género y derechos humanos de las mujeres. Se ha desempeñado como consultora de diversos organismos internacionales y agencias del Sistema de Naciones Unidas. Fue asesora del Secretario General de la ONU para su estudio sobre violencia contra las mujeres. Fundadora y primera directora del Caucus de Mujeres por una Justicia de Género en la Corte Penal Internacional. Profesora de diversas universidades, tales como la Universidad de Costa Rica, Universidad de Toronto y la Universidad para la Paz de Naciones Unidas.

Introducción¹

El presente documento está dividido en cuatro partes. En la primera parte, titulada “La necesidad de entender la salud sexual y reproductiva desde una perspectiva de género de los derechos humanos”, se hace un intento por dar una idea de la magnitud de las violaciones a los derechos reproductivos, derivados principalmente aunque no únicamente, de no entender y trabajar la salud sexual y reproductiva como un asunto de derechos humanos.

En la segunda parte, titulada “Evolución de los derechos humanos, hacia la inclusión expresa de los derechos reproductivos”, se explica cómo la dinámica evolutiva y expansiva característica de los derechos humanos hace posible que aunque no estén explícitamente incluidos en la mayoría de los tratados, pactos y convenciones, los derechos reproductivos son parte integral e indivisible de los derechos humanos.

La tercera parte, titulada “El alcance y contenido de los derechos reproductivos”, dibuja en un primer apartado el universo de los derechos reproductivos como conformado por doce derechos humanos fundamentales que a su vez incluyen otros derechos humanos y, en un segundo apartado, hace un análisis de estos doce derechos reproductivos desde las definiciones que de ellos han hecho distintos instrumentos

¹ Versión actualizada, revisada y ampliada del artículo “*Asegurando el futuro: las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos reproductivos*”, publicado en el 2003 en el libro *Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos*. San José, Costa Rica: IIDH.

e instancias internacionales. En esta sección, se incluyen solamente las definiciones que explícitamente se refieren a los derechos reproductivos o, al menos, a la salud reproductiva de las mujeres en un intento de no hacer demasiado larga esta sección². El objetivo es que las y los activistas de derechos humanos, así como las y los funcionarios del Estado cuenten con una descripción detallada del contenido de los derechos reproductivos para que los puedan exigir unas/os y proteger y garantizar otras/os de la mejor manera.

En la cuarta parte, titulada “Las obligaciones legales de los Estados con respecto a los derechos reproductivos”, se describen las obligaciones que tienen los Estados con respecto a estos derechos con un objetivo doble. Por un lado para que todas las personas que trabajan en el Estado o en su representación estén enteradas de la responsabilidad tridimensional que generan los derechos humanos y así puedan realizar mejor su función de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de todas y todos, y por el otro, para que las y los activistas de derechos humanos tengan mejores argumentos a la hora de exigirle a los Estados que respeten, promuevan, protejan y garanticen los derechos reproductivos o para que tengan bases para exigirles a los Estados que rindan cuentas sobre sus violaciones y tengan con qué evaluar las actuaciones del Estado con respecto a estos derechos en particular.

² Es obvio que hay muchos otros derechos humanos que tiene que ver con la reproducción humana y con la salud reproductiva de las mujeres, como por ejemplo, el derecho a la libertad de culto o religión. Sin embargo, debido a que no hay, o no se encontró, un vínculo expreso entre estos derechos con la salud reproductiva o la reproducción y sexualidad humana hecho por un órgano oficial de la ONU o de la OEA, se optó por no incluirlos.

1. Necesidad de enmarcar la salud sexual y reproductiva en un marco de derechos humanos³

A pesar de que en el 2007 se conmemora el 20° aniversario de la Iniciativa para la Maternidad sin Riesgo⁴; la trágica realidad es que cada minuto una mujer pierde la vida debido al embarazo y al parto. Y éste es sólo el ápice del iceberg. Por cada mujer que muere, hay entre 20 y 30 que sobreviven al parto pero padecen lesiones debilitantes. En parte esto se debe a que un poco más de la mitad de las embarazadas de todo el mundo siguen careciendo de acceso a la atención del parto por personal capacitado, y las consecuencias son devastadoras. Según se estima, cada año 529,000 mujeres pierden la vida a raíz de complicaciones del embarazo y el parto; además, mueren cuatro millones de recién nacidos y otros cuatro millones nacen muertos. Este total es superior a la cantidad combinada de muertes debidas al SIDA, la tuberculosis y el paludismo. Además, otros diez millones de mujeres padecen lesiones debilitantes, inclusive infecundidad, prolapso uterino o fístula obstétrica. La atención por personal capacitado tiene importancia crítica para reducir el número de mujeres muertas o lesionadas al dar a luz. Según se estima, si se asegurara la atención del parto por personal capacitado, con respaldo de atención obstétrica de emergencia, podría reducirse en un 75% el número de defunciones derivadas de la maternidad.

De lo anterior se infiere que no todos los casos de muerte o mala salud reproductiva y/o sexual son producto de violaciones a los derechos humanos. La mortalidad materna y la mala salud reproductiva se constituyen en una violación de los derechos humanos cuando son causadas, en su totalidad o en parte, por el hecho de que el Estado incumple su deber de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos que conforman lo

³ Todos los datos son tomados de las páginas web de UNIFEM, FNUAP, OMS, y la CEPAL.

⁴ Tomado del Mensaje de Thoraya Ahmed Obaid, Directora Ejecutiva del UNFPA en el Día Internacional de la Salud, 2007.

que hoy llamamos *derechos reproductivos*. Cuando los y las funcionarias de un Estado ni siquiera saben que los derechos reproductivos son derechos humanos, o no saben enmarcar la salud reproductiva y sexual en un marco de derechos humanos, es mucho más probable que se cometan violaciones a los derechos humanos relacionados con ella. Por eso, uno de los objetivos de este artículo es demostrar que los derechos reproductivos son derechos humanos.

Aunque, como se mencionó, no todos los casos de mala salud sexual y reproductiva sean debidos a la violación de derechos humanos, sí se puede decir que la mayoría de los casos de mala salud sexual y reproductiva de las mujeres son gracias al poco valor que la sociedad otorga a su vida, salud y bienestar o al hecho de que el paradigma de un ser saludable es el hombre, blanco, occidental, propietario, heterosexual y sin discapacidades. Por ende, se considera que la mayor parte de los casos de mala salud sexual y reproductiva de las mujeres son casos de violación a su derecho humano a la igualdad y no discriminación. Como se tratará de demostrar en los próximos párrafos, el sexismo o las relaciones de género que resultan en discriminación contra las mujeres juegan un papel muy importante en el desproporcionado número de mujeres y niñas que sufren de mala salud sexual y reproductiva. Por ende, son las mujeres las personas a quienes más se les violan los derechos reproductivos. Por ello, son las mujeres las más necesitadas que los derechos reproductivos sean entendidos como derechos humanos.

Con el fin de ilustrar lo antes señalado, se presentan a continuación algunos ejemplos:

Según UNIFEM, FNUAP, CEPAL, OMS⁵ y otros, los problemas relacionados con la salud reproductiva siguen siendo la principal causa de muerte y mala salud de las mujeres en edad reproductiva en todo el mundo. Las mujeres pobres, sufren desproporcionalmente los embarazos no deseados, la violencia de género, la muerte materna, y otros problemas

⁵ Información tomada de las páginas web de todas estas agencias.

relacionados con su sistema reproductivo y su conducta sexual. Además, como las mujeres jóvenes encuentran más obstáculos para acceder a la información sobre su sexualidad, son las que más sufren de embarazos no deseados⁶.

Si bien es cierto que los hombres jóvenes tampoco tienen acceso a una buena información sobre su sexualidad, no sufren de la misma manera su paternidad involuntaria tanto por razones biológicas como por la construcción social del género. Y aquí hay que recordar que para la teoría de los derechos humanos, no importa si las diferencias entre los sexos se deban a factores biológicos o sociales, porque sea por una u otra razón el Estado está en la obligación de garantizar que ambos gocen de los derechos humanos sin importar su sexo, raza o cualquier otra condición natural o social. Esta es otra razón por la cual es tan importante entender los derechos reproductivos como derechos humanos.

Según varios estudios consultados, la mala salud sexual y reproductiva representa casi el 20% de la carga global de la mala salud de las mujeres, y el 14% de los hombres. Como se mencionó, se estima que cada año mueren unas 529,000 mujeres por causas relacionadas con el embarazo, la mayoría de las cuales podrían evitarse; el 99% de las muertes maternas se registran en los países en desarrollo. En los Estados en transición y en los países en desarrollo más de 120 millones de parejas no utilizan ningún medio contraceptivo, aunque no quieran tener hijos o deseen espaciar los partos. Alrededor de 80 millones de mujeres sufren embarazos involuntarios todos los años; de ellas, unos 45 millones abortan. De estas mujeres que abortan, alrededor de 19 millones lo hacen en malas condiciones que son causa de 68.000 fallecimientos, o sea, el 13% de todas las muertes relacionadas con el embarazo. Aparte de la mortalidad, el aborto en malas condiciones produce niveles elevados de morbilidad.

⁶ Aquí es importante señalar que las mujeres que ya no son jóvenes, sí lo fueron en su momento y por eso hoy día todas las mujeres, jóvenes o no, sufren las consecuencias de embarazos no deseados.

Según un estudio reciente de la CEPAL, “las consecuencias que tiene un embarazo adolescente no son las mismas para las mujeres que para los hombres. En general, son las jóvenes las que tienen que soportar la mayor parte de la carga social, económica y de salud. El comportamiento que se espera de la mujer durante la adolescencia es muy diferente al que se espera de los hombres y como tal es sancionado de manera diferente. Investigaciones realizadas en Chile, Barbados, Guatemala y México indican que ser madre joven influye en el tipo de hogar que estas muchachas tienen. Por ejemplo en el caso chileno, cinco años después de tener sus hijos, las madres jóvenes tienen el doble de probabilidad de vivir en un hogar que no es el suyo propio (por ejemplo en el hogar de sus padres) y tienen tres veces mayor probabilidad de que los abuelos encabecen el hogar que en el caso de las madres no adolescentes”⁷.

Según el informe anual del 2004 del Relator Especial sobre el derecho a la salud, cada año hay 340 millones de casos nuevos de infecciones bacteriales sexualmente transmitidas que en gran parte se prestan a tratamiento; muchas de estas infecciones no son tratadas. Todos los años se registran millones de infecciones virales, en gran parte incurables, entre ellas 5 millones de nuevas infecciones de VIH, de las cuales 600,000 son transmitidas de madres a hijos. Todos los días, 6,000 jóvenes de 15 a 24 años de edad contraen la infección del VIH. En el África subsahariana y en el Asia meridional, alrededor del 65% de los jóvenes que viven con VIH/SIDA son de sexo femenino.

Es decir, de los numerosos obstáculos a la salud sexual y reproductiva de ambos sexos sólo unos cuantos están determinados por factores biológicos. En realidad las condiciones sociales y económicas influyen de modo

⁷ Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL) Unidad Mujer y Desarrollo, (2007), “Trabajo, educación y salud de las niñas en América Latina y el Caribe: indicadores elaborados en el marco de la plataforma de Beijing”, Santiago de Chile, página 29.

considerable en la determinación de la salud sexual y reproductiva de la mujer. La baja condición social de las mujeres de todas las edades y su poco poder frente a los hombres de su familia o comunidad suele contribuir a su mala salud sexual y reproductiva. Muchas mujeres sufren violencia durante el embarazo, que puede provocar abortos y nacimientos prematuros, y el peso insuficiente de los recién nacidos. Usos y costumbres, prácticas y creencias tradicionales en materia de sexualidad generalmente afectan más negativamente a las mujeres como lo son la mutilación genital, el matrimonio temprano, los abusos sexuales a niñas, etc. Ideas sobre el lugar de la mujer y su sexualidad obstaculizan la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva, como el suministro de información fiable, y tienen un efecto especialmente nocivo para las adolescentes. La pobreza guarda relación con la desigualdad en el acceso a los servicios sanitarios y a los factores determinantes de la salud y ya sabemos que las mujeres son las más pobres de los pobres.

El planteamiento de estas cuestiones desde una perspectiva de género de los derechos humanos contribuiría a identificar políticas eficaces, equitativas, igualitarias y pragmáticas. En otras palabras, abordar estos problemas desde un marco de los derechos humanos con perspectiva de género ayudaría a dismantelar las barreras a la salud sexual y reproductiva que sufren todas las personas porque al incluir una perspectiva de género, se estaría tomando en cuenta las diferencias biológicas y sociales entre hombres y mujeres con el fin de desarrollar políticas y programas que resultarán en una buena salud sexual y reproductiva para toda la humanidad.

2. Evolución de los derechos humanos: hacia la inclusión expresa de los derechos reproductivos

Una característica de los derechos humanos es que son dinámicos y están en permanente expansión en razón de

las demandas de grupos de seres humanos excluidos de su protección o debido a los avances en el conocimiento humano. Es más, una constante en la evolución de los derechos humanos, ha sido el hecho de que progresivamente, tanto desde su teoría como en su práctica, se ha ido profundizando y ampliando el contenido de cada derecho humano, al tiempo que se sumaban nuevos derechos como parte integral e indivisible de los derechos humanos reconocidos. Como ejemplos de esta expansión, profundización o incorporación de nuevos derechos al derecho internacional de los derechos humanos puedo mencionar las generaciones de derechos humanos así como la agrupación o reagrupación de algunos derechos humanos ya reconocidos para conformar un nuevo derecho humano. Ejemplo de esto último es el derecho a vivir una vida libre de violencia de género que es el nombre que se le da a la agrupación de varios derechos incluidos en tratados internacionales de derechos humanos como el derecho a la dignidad, a la integridad, a la seguridad personal, a estar libre de tortura y otros tratos inhumanos o degradantes, etc.

Con la incorporación de la perspectiva de género en el análisis de la realidad y en la teoría y práctica de los derechos humanos, se han ido ampliando aún más los derechos humanos para responder a las necesidades e intereses de la población femenina –un poco más de la mitad de la población humana– que antes de la utilización de la perspectiva de género para analizar las violaciones a los derechos humanos, estaban excluidas de su protección. Además, hay que tener presente que los derechos humanos de las mujeres no atañen a un “sector” de la población sino a todos los sectores ya que hay personas del sexo femenino en todos y por lo tanto, la expansión de los derechos humanos a las mujeres significa la más inclusiva ampliación que han sufrido los derechos humanos en su dinámica historia.

Por otro lado, con la perspectiva de género también se visibilizaron las necesidades e intereses de los hombres en tanto que género masculino, porque la perspectiva androcéntrica

no parte de la visión de los hombres como género sino de los hombres como estereotipo o como representantes de la humanidad toda. Por ende, las necesidades de los hombres en tanto género masculino también son invisibilizadas por la perspectiva androcéntrica debido a que desde esta perspectiva sólo se consideran violaciones a los derechos humanos aquellos actos cometidos en la esfera pública por agentes del Estado. Así, la nula oferta de vasectomías en condiciones dignas, por ejemplo, no era considerada una violación a varios derechos humanos de los hombres, como por ejemplo, su derecho a decidir el número y espaciamiento de hijos, el derecho a la autonomía reproductiva, etc.

Una vez que el androcentrismo en la teoría y práctica de los derechos humanos fue sustituido por una perspectiva de género, fue fácil entender que los derechos humanos reconocidos sí incluían los derechos reproductivos. Esto es así porque la perspectiva de género permitió ver toda una gama de intereses y necesidades humanas, así como violaciones a los derechos humanos, que eran sentidas mayoritariamente por mujeres pero también por hombres en cuanto a su género y que por lo tanto no eran visibles con la perspectiva androcéntrica. Desde una perspectiva androcéntrica, sólo se ven las necesidades e intereses de los hombres en tanto que seres paradigmáticos de la humanidad o las necesidades e intereses que ellos creen tienen las mujeres, en tanto que seres no autónomos. Necesidades e intereses como la contracepción, el aborto, el parto, la esterilización, etc. fueron planteadas por las feministas como temas de derechos humanos porque tenían que ver directamente con la vida y cuerpos de los seres humanos de sexo femenino. Fue así como se comprendió que el derecho a la salud, por ejemplo, tenía que incluir el derecho a la salud reproductiva y sexual si realmente iba a proteger y garantizar la salud de las mujeres también.

Pero hay que recordar que antes de la década de los noventa, la mayoría de las ONGs, Estados, agencias y órganos de Naciones Unidas no utilizaba el sistema de derechos humanos

para promover el adelanto de la condición jurídica y social de las mujeres. Ciertamente que antes de esta década existían entidades que se dedicaban exclusivamente al mejoramiento de las condiciones de las mujeres, pero no lo hacían desde la óptica de los derechos humanos sino más bien desde una óptica asistencialista o desde el enfoque del desarrollo. Sin embargo, después de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena, la necesidad de trabajar el tema del adelanto de las mujeres desde el marco de los derechos humanos se hizo obligatoria al evidenciarse que las mismas características del Derecho Internacional de Derechos Humanos y sus procedimientos lo hacen así:

1. Los derechos humanos son universales. El principio de universalidad significa que todos los seres humanos tienen derechos inherentes a su humanidad; por lo tanto, las mujeres, al ser igualmente humanas que los hombres, tienen derecho al goce y ejercicio de todos ellos, incluyendo sus derechos reproductivos.
2. Los Estados tienen la obligación legal de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos: son legalmente responsables (*accountable*) de su implementación y por su violación y deben rendir cuentas ante la comunidad internacional. Por lo tanto, los Estados tienen el deber de promover, respetar, proteger y garantizar con la debida diligencia todos los derechos humanos de las mujeres, incluyendo sus derechos reproductivos, y son responsables por las violaciones a éstos.
3. Los derechos humanos deben ser garantizados sin discriminación. El principio de igualdad está garantizado en todos los tratados de derechos humanos y desarrollado específicamente en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW). Por lo tanto, los derechos reproductivos deben ser protegidos y garantizados sin discriminación.

4. Los derechos humanos no son discrecionales, no son metas sociales ni aspiraciones políticas. A diferencia de las metas de desarrollo concernientes a la situación de las mujeres, los derechos humanos de las mujeres deben ser promovidos, protegidos y garantizados por todos los gobiernos. Por lo tanto, los derechos reproductivos no son discrecionales, los Estados no pueden justificar su no promoción o protección en razones religiosas, culturales, o de otra índole.
5. Los derechos humanos tienen mecanismos legales y políticos para establecer el rendimiento de cuentas y las responsabilidades por no obrar de acuerdo con las obligaciones que ellos establecen. Por lo tanto, los Estados y la comunidad internacional están obligados a crear y mantener mecanismos legales y políticos para los derechos humanos de las mujeres, incluyendo los derechos reproductivos.
6. La protección y promoción de todos los derechos humanos es un interés legítimo de la comunidad internacional, por encima de todo reclamo de soberanía. Por lo tanto, también los derechos humanos de las mujeres están por encima de todo reclamo de soberanía, incluyendo los derechos reproductivos.

En la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), celebrada en El Cairo en 1994, los Estados participantes reconocieron que la salud sexual y reproductiva es fundamental para las personas, las parejas y las familias, así como para el desarrollo social y económico de las comunidades y las naciones. La Conferencia representó la superación de programas de planificación centrados en “la familia”, situando a la mujer en el centro de un planteamiento integral de la reproducción. Además, reconoció que la salud reproductiva y sexual tenía que entenderse en el marco de los derechos humanos desde una perspectiva de género.

El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo aprobado por consenso, establece 15 muy importantes principios relacionados con la salud sexual y reproductiva. El principio 1 da comienzo con la frase: “Todos los seres humanos *nacen* libres e iguales en dignidad y derechos”. Según el principio 8: “Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual”. Además, el capítulo VII, se titula “Derechos reproductivos y salud reproductiva” con lo cual se hace un vínculo explícito entre los derechos reproductivos y la salud. El párrafo 7.2 es largo, pero es tan importante en el desarrollo de los derechos reproductivos como derechos humanos que lo incluyo completo:

7.2. La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y

resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.

También se incluye completo el párrafo 7.3 porque claramente establece que los derechos reproductivos son derechos humanos:

7.3. Teniendo en cuenta la definición que antecede, 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 y de cada persona a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y las personas deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia.

Al año siguiente, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing, este planteamiento fue ratificado también por consenso agregándose lo siguiente:

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. (Párr. 96.)

Es fácil así comprobar que los derechos reproductivos son parte integral e indivisible de los derechos humanos pero como la ampliación y profundización de los derechos humanos en general y de los derechos humanos de las mujeres en particular, es un proceso dinámico, a continuación se describe cómo los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, incorporan los derechos reproductivos y como éstos han sido definidos por algunas agencias y órganos de la ONU y de la OEA.

En opinión de la autora, no siempre es posible distinguir o diferenciar los derechos sexuales y los derechos reproductivos. Los límites son difusos, por ejemplo, a cuál correspondería: ¿gozar de la sexualidad sin obligación de reproducirse o reproducirse sin tener relaciones sexuales?, ¿la educación sexual?, ¿el no ser despedida por embarazo? ¿el que las mujeres no mueran por causas evitables en razón de parto y embarazo?. En todo caso, se evidencia que falta más desarrollo doctrinario en la materia; en este artículo se hace más referencia a los derechos reproductivos, que son los que están más desarrollados jurisprudencialmente.

3. Alcance y contenido de los derechos reproductivos

3.1 Los doce derechos que conforman los derechos reproductivos

Aunque fue en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, cuando por primera vez se habla del derecho humano a determinar libremente

el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos, no fue hasta finales del siglo pasado, en la Conferencia Mundial Sobre la Población y el Desarrollo, celebrado en El Cairo, en 1994, que se acuñó el término “derechos reproductivos” para designar al conjunto de derechos humanos que tienen que ver con la salud reproductiva y más ampliamente con todos los derechos humanos que inciden sobre la reproducción humana así como aquellos que afectan el binomio población-desarrollo sostenible.

Es más, como se mencionó, en el Programa de Acción del Cairo, se define explícitamente qué se debe entender por “derechos reproductivos”. Si bien estos derechos no están explicitados como tales en ningún instrumento legal internacional de derechos humanos, sí están dispersos en todos y sí hay consenso sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales en ámbitos de la vida reproductiva. Es por ello que se puede afirmar que los derechos reproductivos sí están reconocidos internacionalmente y sí son jurídicamente vinculantes.

Hay que recordar que en el plano internacional las resoluciones finales de órganos convencionales, adoptadas en el marco de sus atribuciones para recibir y procesar denuncias, luego de un procedimiento equitativo y que garantice la defensa de los intereses del Estado que ha aceptado voluntariamente esa competencia, son de cumplimiento obligatorio por parte del Estado por lo que las y los activistas de derechos humanos pueden referirse a ellas a la hora de formular una queja, iniciar una campaña educativa, hacer una investigación, etc.⁸

Debido al dinamismo inherente a la teoría y práctica de los derechos humanos, el universo de los derechos reproductivos se está ampliando constantemente. Sin embargo, por la naturaleza de este documento, se ha delimitado⁹ este universo

⁸ Por esta razón se han incluido varias resoluciones sobre derechos reproductivos de los distintos comités.

⁹ Derechos humanos como la libertad de tránsito y el debido proceso también pueden interpretarse como formando parte del universo de

a los siguientes doce derechos humanos fundamentales¹⁰ ya reconocidos en instrumentos internacionales, regionales y nacionales. En estos derechos se incluyen:

1- *El derecho a la vida*

- El derecho a no morir por causas evitables relacionadas con el parto y el embarazo.

2- *El derecho a la salud*

- El derecho a la salud reproductiva

3- *El derecho a la libertad, seguridad, e integridad personales*

- El derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- El derecho a estar libre de violencia basada en el sexo y el género.
- El derecho a vivir libre de la explotación sexual.

4- *El derecho a decidir el número e intervalo de hijos*

- El derecho a la autonomía reproductiva.
- El derecho a realizar un plan de procreación con asistencia médica o de una partera reconocida, en un hospital o en un ambiente alternativo.

5- *El derecho a la intimidad*

- El derecho de toda persona a decidir libremente y sin interferencias arbitrarias, sobre sus funciones reproductivas.

los derechos reproductivos, ya que el primero es parte de la autonomía reproductiva y el segundo es necesario para garantizar todos los derechos.

¹⁰ Para el análisis de los derechos que forman el universo de los derechos reproductivos, este documentó se basa en el libro *Cuerpo y derecho*, del Centro para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas (CRLP) y la Facultad de Derechos de la Universidad de Los Andes, Editorial Themis, S.A., Bogotá, Colombia, 2001. Ver específicamente el capítulo I. Pp. 17-43.

6- *El derecho a la igualdad y a la no discriminación*

- El derecho a la no discriminación en la esfera de la vida y salud reproductiva.

7- *El derecho al matrimonio y a fundar una familia*

- El derecho de las mujeres a decidir sobre cuestiones relativas a su función reproductora en igualdad y sin discriminación.
- El derecho a contraer o no matrimonio.
- El derecho a disolver el matrimonio.
- El derecho a tener capacidad y edad para prestar el consentimiento para contraer matrimonio y fundar una familia.

8- *El derecho al empleo y la seguridad social*

- El derecho a la protección legal de la maternidad en materia laboral.
- El derecho a trabajar en un ambiente libre de acoso sexual.
- El derecho a no ser discriminada por embarazo.
- El derecho a no ser despedida por causa de embarazo.
- El derecho a la protección de la maternidad en materia laboral.
- El derecho a no sufrir discriminaciones labores por embarazo o maternidad.

9- *El derecho a la educación*

- El derecho a la educación sexual y reproductiva.
- El derecho a la no discriminación en el ejercicio y disfrute de este derecho.

10- *El derecho a la información adecuada y oportuna*

- El derecho de toda persona a que se le de información clara sobre su Estado de salud.
- El derecho a ser informada sobre sus derechos y responsabilidades en materia de sexualidad y reproducción y acerca de los beneficios, riesgos y efectividad de los métodos de regulación de la fecundidad y sobre las implicaciones de un embarazo para cada caso particular.

11- *El derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer*

- El derecho a modificar las costumbres que perjudican la salud reproductiva de las mujeres y las niñas.

12- *El derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación*

- El derecho a disfrutar del progreso científico en el área de la reproducción humana.
- El derecho a no ser objeto de experimentación en el área de la reproducción humana.

3.2 Contenido de los derechos reproductivos

1-El derecho a la vida: Este derecho, al ser indispensable para el ejercicio de todos los demás, está reconocido explícita o implícitamente en todos los tratados internacionales de derechos humanos. Además, todos establecen, de una u otra manera, que este derecho debe ser protegido por ley. Si bien es cierto que hace algunas décadas se interpretaba este derecho de manera demasiado restrictiva como la prohibición de la privación arbitraria de la vida, hoy en día se entiende que entraña, entre otras, la obligación Estatal de crear y garantizar las condiciones necesarias para que los seres humanos no

mueran por causas evitables. Esto quiere decir que el derecho a la vida incluye el derecho que tienen todas las mujeres a no morir por causas evitables relacionadas con el parto y el embarazo. En conclusión, el derecho a la vida incluye el derecho a no morir por causas evitables relacionadas con el parto y el embarazo.

A pesar de ser un derecho tan fundamental, este derecho es violado cada minuto a las mujeres. De acuerdo al UNFPA, UNICEF Y UNIFEM, por cada minuto que pasa, una mujer muere durante el embarazo o el alumbramiento, situación que sigue prácticamente inalterable desde 1990¹¹. Siempre según estas agencias, la tasa de la mortalidad derivada de la maternidad varía ampliamente entre los países desarrollados y el mundo en desarrollo. Mientras que una mujer que da a luz en un país en desarrollo corre el riesgo de morir en una de cada 13 ocasiones, en los países industrializados este riesgo disminuye a 1 entre 4,100. Se calcula que más de 515,000 mujeres mueren todos los años a causa del embarazo y el alumbramiento. Más de un 90% de estas muertes se producen en el mundo llamado “en desarrollo”.

Es por esta razón que tanto el Comité de Derechos Humanos (CDH) así como el Comité que monitorea la CEDAW (Comité de la CEDAW) han afirmado que el derecho a la vida no puede entenderse de manera restrictiva y que la protección de este derecho exige que los Estados adopten “medidas positivas”¹². Estos comités, junto con el comité que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), han determinado la responsabilidad estatal por violación del derecho a la vida de las mujeres con respecto a las altas tasas de mortalidad materna y han recomendado que se revisen las normas que penalizan el aborto. En observaciones finales a los informes de por ejemplo, Argentina, Colombia, Perú, México, Nicaragua y Chile, estos

¹¹ Información tomada de las páginas web de estas agencias.

¹² Ver Observación General No. 6 del CDH y la Recomendación General 19 de la CEDAW.

comités han dicho que estos Estados deben tomar todas las medidas necesarias para evitar que las mujeres pierdan su vida como resultado de la legislación restrictiva en esta materia. En el caso de Chile, el CDH formuló el siguiente lineamiento: “El Estado parte está en el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la vida de todas las personas, incluidas las mujeres embarazadas que deciden interrumpir su embarazo”¹³. En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el derecho a la vida impone obligaciones positivas a los gobiernos para prevenir y evitar situaciones que ponen en riesgo la vida de las personas como ocurre en el contexto de los derechos reproductivos de las mujeres que mueren por causas relacionadas con el embarazo, complicaciones de un aborto clandestino y víctimas de la violencia doméstica¹⁴.

En cuanto a la mortalidad materna como violación a los derechos humanos, el Relator Especial sobre el derecho a la salud ha dicho que:

(...) mientras que en los países ricos la proporción de muertes maternas es de 1 por cada 8,700 partos, en los países con ingresos bajos es de 1 por cada 10. Esta situación es especialmente escandalosa no sólo porque esas muertes son prevenibles, sino también porque ponen de manifiesto

¹³ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Chile, 30 de marzo, 1999, CDH, Doc. N.U. CCPR/C/79/Add.104, par. 15, [CDH, Observaciones finales de Chile]. Véase también Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia, 1 de abril, 1997, CDH, Doc. N.U. CCPR/C/79/Add.76, par. 24 [en adelante, CDH, Observaciones finales de Colombia]; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, 18 de noviembre, 1996, CDH, Doc. N.U. CCPR/C/79/Add.72, pars. 15 y 22, [CDH, Observaciones finales de Perú]; Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer: Argentina, 23 de julio, 1997, CEDAW, Doc. N.U. A/52/38 Rev. 1, parte II, pars. 304 y 318-319 [en adelante, CEDAW Observaciones finales de Argentina]; Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer: Colombia, 4 de febrero, 1999.

¹⁴ Caso Saúl Godínez Cruz c. Honduras, informe N. 8097, en *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 13 de agosto, 1989, parr. 185.

profundas desigualdades sanitarias. En primer lugar, la carga de la mortalidad materna recae desproporcionadamente con las mujeres de los países en desarrollo. En segundo lugar, tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados la carga de la mortalidad materna recae de manera desproporcionada en las mujeres de las minorías étnicas, las indígenas y las mujeres que viven en la pobreza. En tercer lugar, no hay una sola causa individual de muerte y discapacidad en los hombres de 15 a 44 años de edad que se aproxime a la magnitud de la mortalidad y morbilidad maternas. En otras palabras, la mortalidad y morbilidad maternas ponen de manifiesto fuertes discrepancias entre el hombre y la mujer en lo que respecta al disfrute de los derechos de salud sexual y reproductiva.

En resumen, la mortalidad materna pone de relieve múltiples desigualdades por razones étnicas y de género en el plano mundial. Y en todos los casos es recurrente la clara desventaja de quienes viven en la pobreza...

Además el Relator insiste en que:

... la mortalidad materna no es sólo una cuestión de salud, sino también una cuestión de derechos humanos. El hecho de que la mortalidad materna es evitable viola los derechos de la mujer a la vida, la salud, la igualdad y la no discriminación. Además, la magnitud del problema de la mortalidad materna no es tan importante como muchas de las cuestiones sumamente graves de derechos humanos que durante muchos años han atraído gran parte de la atención de las ONG de derechos humanos, sino más; por ejemplo, las campañas de algunas de esas organizaciones contra la pena de muerte. En 2005 fueron ejecutadas unas 2,500 personas condenadas a muerte. Es casi seguro que esa cifra es una subestimación y cabe asumir que se podría multiplicar por diez. ¿Cuántas muertes maternas se produjeron en ese mismo período? Unas 500,000.

Desde 1980, el Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias ha examinado unos 50,000 casos. ¿Cuántos fallecimientos maternos se produjeron en ese período de 26 años? Bastante más de 10 millones. No cabe duda de que el número de desapariciones durante ese período es muy superior a 50,000, aunque nadie mantiene que se acerque siquiera a los 10 millones. A pesar de ello, la cuestión de las desapariciones ha dado lugar a la creación de un “procedimiento especial” propio (el Grupo de Trabajo) y a varios instrumentos internacionales sobre esta cuestión concreta de derechos humanos y ha atraído la atención constante de muchas organizaciones de la sociedad civil.

La pena de muerte y las desapariciones son cuestiones sumamente graves de derechos humanos que merecen totalmente la atención que reciben. Pero la mortalidad materna es también un problema sumamente grave de derechos humanos y no ha recibido de la comunidad de derechos humanos la atención que merece. De hecho, con algunas pocas excepciones, la mortalidad materna prácticamente no ha sido tomada en cuenta por la corriente predominante de la comunidad de derechos humanos.

... ha llegado el momento de que las ONG de derechos humanos consideren que la mortalidad materna es una catástrofe de derechos humanos en grado superlativo. Las ONG deben emprender campañas contra la mortalidad materna y otras cuestiones graves de salud y derechos humanos con la misma firmeza con que han denunciado la pena de muerte, las desapariciones, las ejecuciones extrajudiciales, la tortura, la detención arbitraria y los presos de conciencia. Si no lo hacen, entonces cuestiones sumamente importantes de salud y derechos humanos nunca se integrarán en la corriente predominante de los derechos humanos¹⁵.

2-El derecho a la salud: este derecho humano incluye el derecho a la salud reproductiva. La salud reproductiva fue

¹⁵ A/HRC/4/28, página 12.

definida en el Programa de Acción del Cairo 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 de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y de 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.

Si el derecho a la salud reproductiva es parte del derecho a la salud, es obvio entonces que el derecho a la salud reproductiva está garantizado por varios tratados internacionales, como la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la CEDAW, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador.

Es más, el Artículo 25 de la reciente Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece la obligación estatal de asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. También establece que los Estados proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población.

¹⁶ Programa de Acción de El Cairo, Par. 7.3.

Según el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados deben crear condiciones que aseguren atención y servicios médicos para todos en caso de enfermedad. Esta provisión ha sido interpretada y desarrollada en el Comentario General 14, emitido por el Comité DESC, en el que se destaca el deber de los Estados de ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva. Además integra el principio fundamental de no-discriminación con base en el género en la prestación de servicios de salud, y recomienda integrar una perspectiva de género al diseño de políticas y programas de salud. Este Comité también se ha pronunciado sobre la falta de cumplimiento de este derecho en su revisión del cumplimiento del Pacto por parte de varios países de la región. Por ejemplo, en el caso de Perú, el Comité expresó su preocupación por las altas tasas de mortalidad infantil y materna debidas a los inadecuados o inexistentes servicios de salud e instó al Estado peruano a que mejorara el sistema de salud y lo extendiera a todos los sectores de la población¹⁷.

Por su parte, la CEDAW incluyó en el artículo 12, inciso 1, la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, incluyendo los referidos a la planificación de la familia. El Comité de la CEDAW ha abordado la obligación de los gobiernos en la esfera de la salud reproductiva en su Recomendación 24 sobre la mujer y la salud, declarando, entre otros aspectos, que los Estados parte “ejecuten una estrategia nacional amplia para fomentar la salud de la mujer durante todo su ciclo de vida. Esto incluirá (...) el acceso universal de todas las mujeres a una plena variedad de servicios de atención de la salud de gran calidad y asequibles, incluidos servicios

¹⁷ Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Perú, 16 de mayo, 1997, Comité DESC, Doc. N.U. E/C. 12/Add.1/14, pars. 16, 23 y 36.

de salud sexual y reproductiva”. En las recomendaciones a Chile, Colombia, México y Perú, el Comité de la CEDAW expresa su preocupación sobre la situación de la salud sexual y reproductiva de las mujeres pobres, rurales, indígenas y adolescentes, y sobre los obstáculos al acceso a métodos anticonceptivos¹⁸.

En cuanto al derecho de niños, niñas y adolescentes a acceder a servicios de salud y orientación en materia de salud sexual y reproductiva, el Comité de los Derechos del Niño (CDN) ha hecho recomendaciones en este sentido a varios Estados. En materia de acceso a los procedimientos de esterilización voluntaria, el CDH recomendó a Argentina eliminar los obstáculos que se oponen a su obtención¹⁹.

Las conferencias mundiales han ayudado a elaborar el marco jurídico y las metas de política para la aplicación del derecho a la salud reproductiva de la mujer. Por ejemplo, en cuanto a la cuestión del abuso por parte de los trabajadores sanitarios, el Programa de Acción del Cairo insta a los gobiernos en todos los niveles a que “implanten sistemas de supervisión y evaluación de servicios orientados hacia el usuario, con miras a detectar, prevenir y controlar abusos por parte de los directores y proveedores de los servicios de planificación de la familia y a asegurar el mejoramiento constante de la calidad de los servicios” (Párr. 7.17). Con este fin, los gobiernos deberían asegurar el respeto de los derechos humanos y las normas éticas y profesionales en el suministro de la planificación familiar y los servicios de salud reproductiva con ella relacionados destinados a garantizar el consentimiento responsable, voluntario y bien fundado.

¹⁸ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer: Chile, 9 de julio, 1999, CEDAW, Doc. N.U. CEDAW/C/1999/L.2/Add.1.

¹⁹ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 3 de noviembre, 2000, CDH, Doc. N.U. CPR/CO/70/ARG, par. 14.

A su vez, en la Plataforma de Acción de Beijing se insta a los gobiernos a “asegurarse de que todos los servicios y trabajadores relacionados con la atención de la salud respeten los derechos humanos y sigan normas éticas, profesionales y no sexistas a la hora de prestar servicios a la mujer, para lo cual se debe contar con el consentimiento responsable, voluntario y bien fundado de ésta. Alentar la preparación, aplicación y divulgación de códigos de ética orientados por los códigos internacionales de ética médica, al igual que por los principios éticos que rigen a otros profesionales de la salud” (Párr. 106, g). Además, reconociendo que la confidencialidad y la accesibilidad de la información son críticas para la realización de los derechos reproductivos de la mujer, la Plataforma de Acción insta a los gobiernos a “reformular los sistemas de información, los servicios y la capacitación en materia de salud destinados a los trabajadores de la salud, de manera que respondan a las necesidades de género y se hagan eco (...) del derecho de usuario a la privacidad y la confidencialidad” (Párr. 106, f).

En el Sistema Interamericano, el Protocolo de San Salvador contiene un desarrollo importante del derecho a la salud. Además de reconocer el derecho de las personas a gozar del nivel más alto posible de salud física y mental, establece que los Estados parte reconocen la salud como un “bien público” y describe un conjunto de medidas para el cumplimiento de ese derecho. Interpretando estas medidas en el campo del derecho a la salud reproductiva, los Estados están obligados a: 1-Brindar atención a la salud reproductiva básica y ésta debe estar disponible a todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado; 2-Educar a la población en materia de salud reproductiva; y 3-Satisfacer las necesidades de salud reproductiva de los grupos de más alto riesgo y aquellos cuya pobreza los coloca en situación de especial vulnerabilidad.

3-El derecho a la libertad, seguridad, e integridad personales: este derecho se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 3 como el

derecho a la vida, la libertad y la seguridad de su persona. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos está consagrado en el artículo 9 también como el derecho a la libertad y a la seguridad personal y en la Convención Americana de Derechos Humanos está consagrado en el artículo 5 como el derecho a la integridad personal que incluye el derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes que su vez incluye el derecho a estar libre de violencia basada en el sexo y el género, que a su vez incluye el derecho a vivir libre de la explotación sexual.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, conocida como la Convención de Belém do Pará, reconociendo que la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, afirma que la violencia contra las mujeres constituye una violación de sus derechos humanos y de sus libertades fundamentales, estableciendo específicamente el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia basada en el sexo o el género y en su artículo 1 define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

La violencia de género en sus diversas formas, además de constituir violaciones directas del derecho a la vida, la dignidad, la integridad corporal y a estar libres de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, muchas veces también es una violación de los derechos reproductivos de las mujeres puesto que repercute en su salud y autonomía reproductiva y sexual. La violencia sexual viola los derechos reproductivos de las mujeres, en particular sus derechos a la integridad corporal y al control de su sexualidad y de su capacidad reproductiva. La violencia sexual pone también en grave riesgo el derecho de la mujer a la salud, incluida su salud física, psicológica, reproductiva y sexual, puesto que la violencia sexual ocurre tanto en la esfera privada como pública

y se considera una violación de los derechos humanos de las mujeres, tanto si el perpetrador es un agente del Estado como un particular²⁰.

En 1999, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia Contra las Mujeres emitió un informe centrado en particular en el vínculo entre violencia contra las mujeres y salud reproductiva²¹ encontrando que muchas formas de violencia contra la mujer dan lugar a violaciones de sus derechos reproductivos por cuanto suelen poner en peligro su capacidad reproductiva y/o les impiden que ejerzan opciones reproductivas o sexuales, encontrando también que las violaciones de los derechos reproductivos constituyen violencia contra la mujer en sí mismas.

Según este mismo informe:

La violencia contra la mujer puede producirse en el contexto de la política de salud reproductiva. La violencia y las violaciones de la salud reproductiva de la mujer pueden deberse bien sea en la acción directa del Estado, que aplique políticas reproductivas perjudiciales, o a que el Estado no cumpla sus obligaciones fundamentales de promover a la mujer. Por ejemplo, acciones directas del Estado que violan los derechos reproductivos de la mujer pueden ser la reglamentación del volumen de la población por el Gobierno, que puede violar la libertad y la seguridad de la persona si da lugar a la esterilización obligatoria o a los abortos por coerción o a sanciones penales de la anticoncepción, la esterilización y el aborto voluntarios. Por otra parte, casos del Estado que no cumple sus obligaciones fundamentales pueden ser, por ejemplo, el hecho de no aplicar eficazmente leyes que prohíban la mutilación genital femenina o el no establecer una edad mínima legal para el matrimonio. Esta forma de desempoderar a las mujeres las deja más expuestas

²⁰ Ver artículo 2 de la Convención de Belem do Pará.

²¹ Ver Doc.N.U. E/CN.4/1999/68/ADD.4.

a las numerosas formas de violencia perpetradas por personas e instituciones privadas.

(..) En el contexto de la política de salud reproductiva los informes (recibidos por esta Relatoría) indican que las políticas del Estado contribuyen a la violencia contra la mujer que se manifiesta en esterilización, anticoncepción y abortos forzosos, embarazo mediante coerción y abortos en condiciones poco seguras. Si bien no siempre resultan en la muerte de la víctima todas esas prácticas pueden causarla y violan el derecho de la mujer a la vida. La OMS estima que solamente las hemorragias excesivas o las infecciones causadas por los abortos en condiciones de poca seguridad causan la muerte de 75.000 mujeres al año. Los abortos forzosos, la anticoncepción forzosa, el embarazo mediante coacción y los abortos en condiciones poco seguras constituyen violaciones de la integridad física de la mujer y la seguridad de la persona. Por ejemplo, en los casos en que los funcionarios del gobierno utilizan la fuerza física y/o detienen a las mujeres para obligarlas a someterse a esos procedimientos, las prácticas pueden equivaler a la tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes²².

Por su lado, el Comité de la CEDAW declaró, en su Recomendación General No. 19 de 1992, que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”. En esta recomendación el Comité puso de manifiesto las estrechas conexiones entre violencia y discriminación, declarando de manera expresa que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer. Determinó, además, que la violencia contra la mujer ejercida en forma de coerción en lo referente a la fecundidad y la reproducción, pone en riesgo su salud y su vida. Específicamente explica que “la esterilización o el aborto cuando son obligatorios afectan adversamente la salud física

²² Ídem. Parr. 44 y 45.

y mental de la mujer e infringen los derechos de la mujer a elegir el número y el espaciamiento de sus hijos”. El comité recomienda específicamente que “los Estados deben procurar que se apliquen medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción, para asegurar que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, tales como los abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad”²³.

Además, en la cuarta comunicación fechada el 12 de febrero del 2004 el Comité de la CEDAW consideró el asunto de una esterilización llevada a cabo sin el consentimiento de la interesada. El Comité encontró que el Estado Parte violó los derechos de la interesada establecidos en el apartado e) del párrafo 1 del artículo 16 de la Convención²⁴, y recordó que ya la Recomendación General 19 establece que “la esterilización obligatoria influye adversamente en la salud física y mental de la mujer y viola su derecho a decidir el número y el espaciamiento de sus hijos”.

Además el Comité formuló al Estado Parte recomendaciones específicas en cuanto a indemnizar a la afectada y además las siguientes recomendaciones generales, que las incluyo porque concretizan aún más el derecho reproductivo a no sufrir violencia de género, a decidir el número y espaciamiento de los hijos y a la integridad personal:

- Tomar nuevas medidas para asegurarse de que todo el personal competente de los centros sanitarios públicos y

²³ Ver Recomendación General No. 19, U.N. Doc. CEDAW/C/1992/L.1/Add.15.

²⁴ Artículo 16. 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 la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos [.]

privados, incluidos los hospitales y las clínicas, conozca y aplique las disposiciones oportunas de la Convención y los párrafos pertinentes de las recomendaciones generales Nos. 19, 21 y 24 del Comité relativos a los derechos y la salud reproductiva de la mujer.

- Revisar la legislación nacional relativa al principio del consentimiento con conocimiento de causa en los casos de esterilización y asegurarse de su conformidad con los derechos humanos y normas médicas internacionales, entre ellas el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina elaborado por el Consejo de Europa (el “Convenio de Oviedo”) y las directrices de la Organización Mundial de la Salud. A este respecto, estudiar la posibilidad de modificar la disposición de la Ley de salud pública por la cual un médico puede “practicar la esterilización sin el procedimiento informativo generalmente establecido cuando se considere oportuno dadas las circunstancias”.
- Hacer un seguimiento de los centros sanitarios públicos y privados, incluidos los hospitales y las clínicas, en que se practiquen esterilizaciones, para asegurarse de que los pacientes dan su consentimiento con pleno conocimiento de causa antes de que se lleve a cabo la intervención de esterilización, e imponer las debidas sanciones en caso de que no sea así²⁵.

El marco de protección del derecho de toda persona a estar libre de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, provee asimismo un marco esencial para la protección del derecho a la integridad de las mujeres. El artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ampara a las personas contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. De manera similar, la Convención Americana en su artículo 5, inciso 2 contiene la protección contra la tortura y los tratos crueles,

²⁵ CEDAW/C/36/D/4/2004, Comunicación No. 4/2004.

inhumanos o degradantes. Al interpretar este derecho, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que la violación sexual puede constituir tortura en determinadas circunstancias²⁶. El artículo 1° de la Convención contra la Tortura y otras Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT) sanciona como “tortura” todo acto por el que se inflige intencionalmente daño o sufrimiento, físico o mental severos a una persona, con el propósito de obtener de ésta o de una tercera información o una confesión, castigarla por un acto cometido por ésta o tercera persona, o por la sospecha de ello. La coacción e intimidación contra una persona, por cualquier otra razón basada en alguna forma de discriminación, por o con la instigación o consentimiento o aquiescencia de un funcionario público u otra persona actuando con capacidad oficial, también son conductas definidas como tortura por la CCT.

Este amplio marco de protección internacional al derecho a vivir libre de violencia basada en el sexo o el género, incluye también lo dispuesto por los tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda con mandatos para procesar a individuos por genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad después de los conflictos armados que tuvieron lugar en esos países. Estos tribunales han sostenido que la violación sexual cometida durante un conflicto armado constituye tanto tortura como genocidio de acuerdo con el derecho internacional²⁷. El Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma), aprobado en 1998, define explícitamente, por primera vez en el derecho internacional penal, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otras formas de violencia sexual como crímenes contra la humanidad y

²⁶ Ver caso Raquel Martín de Mejía c. Perú, informe núm. 5/96, caso 10.970, sentencia del 1° de marzo, 1996, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, OEA/Ser.L/V/IL91,doc.7 rev., 28 de febrero, 1996.

²⁷ Véase por ejemplo, Fiscal c. Akayesu, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 964-T, 2 de septiembre, 1998.

como crímenes de guerra²⁸. El Estatuto de Roma determina que la violación y otros delitos reproductivos y sexuales están al mismo nivel de los crímenes internacionales más atroces, constitutivos en muchos casos de tortura y genocidio. Además, reconoce por primera vez que las violaciones a la autodeterminación reproductiva de las mujeres –tanto el embarazo forzado como la esterilización forzada– se cuentan entre los crímenes más graves de acuerdo con el derecho internacional humanitario.

Además, el Programa de Acción de Durban²⁹, pide a los Estados que reconozcan que la violencia sexual, cuando ha sido utilizada sistemáticamente como arma de guerra contra las mujeres, frecuentemente esta relacionada con el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia.

En cuanto al derecho a estar libre de explotación sexual, que es un componente esencial del derecho a estar libre de violencia, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas define la explotación sexual como “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”³⁰ y la CEDAW reitera la obligación de los Estados parte de tomar todas las medidas necesarias

²⁸ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, abierto a firma el 17 de julio, 1999, N.U. Doc. AA/CONE18319, Arts. 7-8.

²⁹ Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción de Durban, Parr. 54.

³⁰ Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, A/55/383, 2 de noviembre, 2000, artículo 3°, lit. a. “Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la

para eliminar el tráfico y la explotación de la prostitución de mujeres³¹.

Sobre la explotación sexual y su relación con los derechos reproductivos, la Relatora Especial sobre Violencia contra las Mujeres encontró que hay un vínculo muy estrecho. Por ejemplo, las mujeres obligadas a la prostitución se encuentran más expuestas a graves riesgos para la salud, incluidas las enfermedades de transmisión sexual, incluyendo el SIDA. Aparte de este riesgo de infección por relaciones sexuales con numerosos clientes, el empleo de inyecciones anticonceptivas en los burdeles expone aún más a esas mujeres pues se utiliza la misma aguja muchas veces, posiblemente contaminada. Cuando se contrae el SIDA y otras enfermedades que pueden dejarlas estériles, estas mujeres pueden verse obligadas a volver a la prostitución porque en muchas culturas las mujeres estériles o promiscuas, no pueden casarse, perpetuando así el círculo vicioso de servidumbre sexual.

Es debido a la complejidad del problema de la explotación sexual, que además de la protección ofrecida por la Convención contra el Tráfico de Personas y la CEDAW, la Convención de Belém do Pará, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de los Derechos del Niño y diferentes convenciones contra la esclavitud³² proveen un marco de protección muy amplio, en reconocimiento a la variadísima gama de formas de explotación sexual.

4-El derecho a decidir el número e intervalo de hijos: este derecho, conocido como el derecho a la autonomía reproductiva, está explícitamente reconocido en el artículo 16 de la CEDAW, que dice que todas las mujeres tienen el derecho: “a decidir libre y responsablemente el número

esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

³¹ Ver CEDAW, artículo 6.

³² Ver, por ejemplo, la Convención sobre la Esclavitud de 1926, la Convención sobre el Trabajo Forzoso de 1930, etc.

de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. También está reconocido en artículo 3° de la Declaración Universal y en el artículo 7° de la Convención Americana como el derecho a la libertad que incluye, obviamente, la libertad de decidir cuántos/as y cuándo tener hijos/as.

El Comité de la CEDAW determinó que “este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad”³³, y tanto este Comité de la CEDAW como el CDH se han pronunciado a este respecto al monitorear las obligaciones de varios países latinoamericanos y caribeños. Particularmente, estos comités han expresado su preocupación por las denuncias de esterilizaciones involuntarias y métodos anticonceptivos impuestos sin consentimiento que se han llevado a cabo, generalmente en mujeres rurales o indígenas. Por ejemplo, en las Observaciones Finales de México, se encuentra la siguiente observación: “El Comité observa la elevada demanda insatisfecha de métodos anticonceptivos, especialmente entre las mujeres urbanas pobres, las mujeres rurales y las adolescentes. También observa con inquietud los casos de aplicación de métodos anticonceptivos en algunas localidades sin el consentimiento expreso de la mujer que se exige en la legislación del país”. Para el CDH, los Estados están obligados a garantizar que quienes se sometan a la anticoncepción quirúrgica den su consentimiento libre e³⁴ informado y así lo ha repetido en sus observaciones finales.

Los diferentes comités han señalado que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con

³³ Recomendación General N. 24, par. 17.

³⁴ Ver por ejemplo, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, 15 del noviembre, 2000, CDH, Doc. N.U. CCPR/CO/70/PER, par. 21. Le preocupan al Comité las denuncias recibidas sobre esterilizaciones involuntarias, particularmente de mujeres indígenas en zonas rurales y de mujeres de los sectores sociales más vulnerables.

el derecho a la vida de la mujer cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que generan altas tasas de mortalidad materna. También es obvio que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con la capacidad de decidir cuándo y con quién tener relaciones sexuales. Muchas mujeres aún no tienen esta capacidad. La intimidación, la coacción, el incesto, la prostitución forzada, la explotación, la violación sexual y todo ejercicio de poder para conseguir el dominio sexual son algunas de las circunstancias que inciden en la imposibilidad de la mujer para decidir sobre cuándo quedar embarazada. En situaciones de conflicto armado, como sucede en Colombia y ha sucedido en Guatemala, México y otros países de la región, la violación, la explotación sexual, el embarazo forzado son fenómenos de ocurrencia frecuente. Ante estos embarazos no deseados, no planeados y hasta forzados, la mayoría de las mujeres de la región no tienen acceso al aborto y ni siquiera, a la anticoncepción de emergencia.

Una reciente resolución de la Organización Mundial de la Salud, establece que la “autonomía reproductiva no sólo incluye el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos, sino que también incluye el derecho a realizar un plan de procreación con asistencia médica o de una partera reconocida, en un hospital o en un ambiente alternativo...”³⁵. El modelo de partos asistidos por parteras fue citado por la OMS como un modelo cuyos beneficios incluyen costos más bajos, menores cantidades de nacimientos prematuros y una mayor satisfacción con la experiencia del parto. De acuerdo a esto, los Estados estarían obligados a brindar y hasta a apoyar estos modelos alternativos para cumplir con su obligación de garantizarle a todas las mujeres y hombres su derecho a la autonomía reproductiva.

³⁵ Traducción libre. Ver resolución de la OMS en inglés en *Global Advisory Group on Nursing and Midwifery, Report of the Sixth Meeting*, Geneva 19-22 November, 2000 en EB107R2.

5-El derecho a la intimidad: este derecho incluye el derecho de toda mujer a decidir libremente y sin interferencias arbitrarias, sobre sus funciones reproductivas.

El derecho a la intimidad se encuentra protegido en diferentes tratados internacionales de derechos humanos tales como el artículo 12 de la Declaración Universal que establece que “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia...”, el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece el mismo derecho para los y las niñas, y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada...”. Así mismo, el artículo 11 de la Convención Americana protege el derecho a la intimidad cuando estipula que toda persona tiene derecho a que se respete su honra y se reconozca su dignidad, a que su vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia no sean objeto de injerencias ni ataques arbitrarios que atenten contra su honra y su reputación, y a ser protegida legalmente contra estos ataques. Al interpretar esta disposición, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la estrecha conexión entre el derecho a la integridad y a la intimidad, declarando que la protección a la intimidad cobija “la protección a la integridad física y moral de la persona y garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo”³⁶.

En el contexto de los derechos reproductivos, este derecho es violado cuando el Estado o los particulares interfieren en el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. Vale la pena resaltar que la Comisión Europea de Derechos Humanos ha sostenido que las decisiones que cada persona toma sobre su cuerpo, y particularmente las

³⁶ Ver caso X e Y c. Argentina, informe núm. 38/96, caso 10.506, sent., 15 octubre 1996, en Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996, OEA/Ser.L/11.95, doc.7, rev., 14 marzo 1997, pág. 72, par. 91.

decisiones sobre la capacidad reproductiva, recaen en la esfera privada de cada individuo³⁷. El CDH también ha establecido la conexión entre este derecho y el derecho a la igualdad, estableciendo que el derecho a la igualdad puede verse seriamente afectado cuando los Estados no respetan el ejercicio del derecho a la intimidad de la mujer y cuando se imponen obstáculos que limitan la toma de decisiones de las mujeres con respecto a sus funciones reproductivas. En su observación General No.28, párrafo 20, el CDH afirmó que:

Otro ámbito en que puede ocurrir que los Estados no respeten la vida privada de la mujer guarda relación con sus funciones reproductivas, como ocurre, por ejemplo, cuando se exige que el marido dé su autorización para tomar una decisión respecto de la esterilización, cuando se imponen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos. En esos casos, pueden estar en juego también otros derechos amparados en el pacto, como los previstos en los artículos 6 y 7. También puede ocurrir que los particulares interfieran en la vida íntima de la mujer, como el caso de los empleadores que piden una prueba de embarazo antes de contratar a una mujer...³⁸.

Asimismo, el derecho a la intimidad cobija el derecho a que el médico respete la confidencialidad de su paciente. El CDH ha establecido que el derecho a la intimidad es violado por los Estados cuando no se respeta la confidencialidad del médico con su paciente al imponérsele la obligación legal de denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto, y ha

³⁷ Ver caso Bruggeman y Sheuten c. República Federal Alemana (aplicación núm. 6959/75), sent., 12 julio 1997, en Reporte de la Comisión Europea de los Derechos Humanos, Vol. 3, 1977, pág. 244 y caso Paton c. Gran Bretaña (aplicación núm. 8416/ 78), sent., 13 mayo 1980, en Reporte de la Comisión Europea de Derechos Humanos, vol. 3, 1980, pág. 408, par. 27.

³⁸ Ver Observación General No. 28 del CDH.

recomendado “que se revise la ley para establecer excepciones de la prohibición general de todo aborto y proteger el carácter confidencial de la información médica”³⁹.

6-El derecho a la igualdad y a la no discriminación: este derecho incluye el derecho a la no discriminación en la esfera de la salud reproductiva. Este derecho es uno de los pilares fundamentales de los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional. Es más, está reconocido en casi todos los tratados internacionales de derechos humanos: El artículo 2 de La Declaración Universal, los Arts. 2 y 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 1 de la Convención Americana establecen explícitamente la protección a este derecho pero el principio de igualdad entre mujeres y hombres está implícito en todos los demás.

Sin embargo, es la CEDAW la que de manera comprehensiva elabora y amplía la noción de discriminación por sexo y establece la obligación de los Estados de garantizar la igualdad ante la ley. Esta Convención define, en su artículo 1, la discriminación contra la mujer como la “distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su Estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Además, en su artículo 2, establece las obligaciones del Estado con respecto a este derecho:

³⁹ CDH, Observaciones finales de Chile, par. 15. Para un mayor análisis del derecho a la intimidad de las usuarias de servicios de salud y del deber de confidencialidad de los prestadores de servicios, véase B. M. Dickens y Rebecca J. Cook, “Law and Ethics in conflict over confidentiality?”, en *International Journal of Gynecologists & Obstetrics*, 2000, págs. 385-391.

Los Estados parte condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; y g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Con relación a la discriminación en el área de salud, el Comité DESC ha establecido la necesidad de eliminar todo tipo de discriminación en el área de la salud, y de manera particular en el acceso a servicios, lo cual implica la eliminación de las barreras que impiden que las mujeres accedan a servicios, a educación e información en el área de la salud sexual y reproductiva⁴⁰. Al respecto dice la Observación General 14, “El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que

⁴⁰ Observación General No. 14 sobre la Salud, pars. 18-21.

se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva...⁴¹.

En su recomendación general No. 24 sobre la mujer y la salud, el Comité de la CEDAW expresa que:

La obligación de respetar los derechos exige que los Estados partes se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud. Los Estados partes han de informar sobre el modo en que los encargados de prestar servicios de atención de la salud en los sectores público y privado cumplen con su obligación de respetar el derecho de la mujer de acceder a la atención médica. Por ejemplo, los Estados partes no deben restringir el acceso de la mujer a los servicios de atención médica ni a los dispensarios que los prestan por el hecho de carecer de autorización de su esposo, su compañero, sus padres o las autoridades de salud, por no estar casada o por su condición de mujer.

Agregando en esta misma recomendación que “las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer constituyen una barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente”⁴².

En varias observaciones finales el Comité de la CEDAW, así como el CDN, han insistido sobre su preocupación en cuanto a la situación de discriminación que viven las mujeres indígenas y rurales en cuanto a la salud reproductiva y en especial, en cuanto a la esterilización no consentida.

Si bien la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, también define el derecho

⁴¹ Ídem, par. 21.

⁴² Recomendación General No. 24 sobre mujer y salud, par. 14.

a la igualdad y la no discriminación, su Comité no ha hecho recomendaciones explícitas sobre la relación entre los derechos reproductivos de las mujeres y la discriminación racial o étnica.

Es más, hasta hace muy poco, el cruce de la discriminación contra la mujer y la discriminación racial y sus consecuencias no había sido objeto de consideración detallada. Los problemas se definían como manifestación de una de las dos formas de discriminación, pero no como de ambas. Con ese enfoque no se lograba analizar el fenómeno en todo su alcance, lo que hacía que los remedios fueran ineficaces o inadecuados. Esta situación está cambiando en la actualidad. Por ejemplo, en el Programa de Acción de Durban⁴³, se pide a los Estados que adopten políticas y programas en concertación con mujeres y niñas indígenas y afrodescendientes para eliminar todos los obstáculos por razones de género, etnia y raza, haciendo especial mención de su salud mental y física, incluyendo su salud reproductiva.

En cuanto a la igualdad y no discriminación contra las personas con discapacidad, las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad⁴⁴, establecen el principio de igualdad de derechos, lo que significa que también tienen los mismos derechos reproductivos. Sin embargo, no hay, por parte de los comités de vigilancia de los tratados, pronunciamiento explícitos sobre los derechos reproductivos de estas personas, aunque el Comité de la CEDAW sí ha dicho que los Estados deben “prestar especial atención a las necesidades y los derechos en materia de salud de las mujeres pertenecientes a grupos vulnerables como (...) las mujeres con discapacidad física o mental”⁴⁵.

⁴³ Conferencia contra el Racismo, Durban, 2001, párr. 18.

⁴⁴ Ver Doc. N.U.A./RES/48/96, adoptadas en 1993.

⁴⁵ Comité de la CEDAW, Recomendación General No. 24.

En cuanto a la discriminación por orientación sexual, en los últimos años algunos comités han desarrollado este concepto con base en las provisiones sobre igualdad y no discriminación de los instrumentos internacionales. Las disposiciones que garantizan la igualdad y prohíben la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, deben ser interpretadas para proteger a las personas en contra de cualquier tipo de discriminación, incluida la orientación sexual. Así lo determinó el CDH cuando estableció de manera unánime que las leyes de Tasmania, que criminalizan la sodomía consensual, eran violatorias del derecho a la privacidad y a la no discriminación por razones de sexo contenido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁴⁶. De la misma manera, y aunque esta disposición ya fue derogada, el CDH sostuvo que Chile debía eliminar el delito de sodomía porque era violatorio del pacto por “reforzar actitudes de discriminación entre las personas sobre la base de la orientación sexual”⁴⁷.

7-El derecho al matrimonio y a fundar una familia: este derecho incluye el derecho de las mujeres a decidir sobre cuestiones relativas a su función reproductora en igualdad y sin discriminación, así como a su derecho a contraer o no matrimonio. De acuerdo con las normas de derechos humanos, el derecho al matrimonio implica el derecho a contraerlo libremente y a fundar una familia, a disolverlo y a tener capacidad y edad para prestar el consentimiento.

Gran cantidad de convenciones, declaraciones y recomendaciones dan gran importancia a la familia y a la situación de igualdad que debería tener la mujer en el seno de la familia. Entre ellas se cuentan la Declaración Universal,

⁴⁶ Ver caso Nicholas Toonen c. Australia, comunicación núm. 488/1992, 4 de abril, 1994, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Doc. N.U. CCPR/C/50/D/488/1992.

⁴⁷ Observaciones finales del CDH: Chile, 30 de marzo, 1999 Doc. N.U. CCPR/C/79/Add.104 par. 20.

artículo 16, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 16 la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, etc.

La CEDAW, artículo 16 y la Recomendación General 21 de su Comité también establecen este derecho. Y en cuanto al derecho a fundar una familia y al rol de la mujer en ella, la Recomendación 21 establece: “Los Estados Parte deberían velar por que conforme a sus leyes, ambos padres, sin tener en cuenta su Estado civil o si viven con sus hijos, compartan los derechos y las obligaciones con respecto a ellos en pie de igualdad. Las obligaciones de la mujer de tener hijos y criarlos afectan a su derecho a la educación, al empleo y a otras actividades referentes a su desarrollo personal, además de imponerle una carga de trabajo injusta. El número y espaciamiento de los hijos repercuten de forma análoga en su vida y también afectan su salud física y mental, así como la de sus hijos. Por estas razones, la mujer tiene derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos que tiene (...) La decisión de tener hijos, si bien de preferencia debe adoptarse en consulta con el cónyuge y el compañero, no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno (...) Estos derechos deben garantizarse sin tener en cuenta el Estado civil de la mujer”⁴⁸.

La Observación General 28 del CDH también prohíbe la discriminación de la mujer por su Estado civil y establece la igualdad en derechos y deberes dentro del matrimonio y en las relaciones familiares. “El derecho que enuncia el artículo 16 en el sentido de que todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica es particularmente pertinente en el caso de la mujer, que suele verlo vulnerado en razón de su sexo o su Estado civil. Este derecho supone que no se puede restringir en razón del Estado civil o por otra causa discriminatoria la capacidad

⁴⁸ Comité de la CEDAW, Recomendación General 21, párrs. 20-29.

de la mujer para ejercer el derecho de propiedad, concertar un contrato o ejercer otros derechos civiles...⁴⁹ como son el derecho a decidir sobre su función reproductiva en libertad y sin coacción.

En este sentido, el CDH, el Comité de la CEDAW y el CDN han recomendado modificaciones a disposiciones discriminatorias dentro del matrimonio y las relaciones familiares a todos los países que han presentado informes. El CDH se ha pronunciado sobre las violaciones al derecho al matrimonio y a fundar una familia que implican las normas discriminatorias de la mujer en el matrimonio que persisten en la legislación civil de la mayoría de los Estados latinoamericanos y caribeños así como la diferencia de edades que se establece como requisito para el matrimonio de menores. También, en el caso de Chile, el CDH ha dicho que la inexistencia de una ley de divorcio⁵⁰ puede equivaler a una violación del parágrafo 2° del artículo 23 del Pacto de Derechos Civiles.

En cuanto al matrimonio de menores, muchos estudios⁵¹ demuestran que la maternidad temprana esta relacionada con la edad a la primera unión por lo que permitir que las jóvenes se casen a edades tan tempranas como 12 años, como sucede en algunos países de la región, podría ser violatorio de su derecho a la vida: “el embarazo y el parto durante la adolescencia tienen riesgos considerables. Estudios de diversos países del mundo muestran que las jóvenes de 15 a 19 años tienen dos veces más probabilidades de morir en el parto que las mujeres después de los 20. En las menores de 15, la probabilidad es seis veces mayor. La principal causa de muerte de las jóvenes de 15-19 años son las complicaciones asociadas a la gestación. Igualmente, las madres adolescentes alcanzan menor escolaridad, tienen menor preparación para competir en

⁴⁹ CDH, Observación General No. 28, par. 19.

⁵⁰ Ver CDH, Observaciones finales de Chile, par. 17.

⁵¹ Family Care International (FCI) y Safe Motherhood Inter-Agency Group (1998) Fact Sheets, Delay Marriage and First Birth.

el mundo laboral y en consecuencia, limitadas posibilidades económicas para sostenerse ella y su hijo. Estos hechos ameritan que se analice, además de las tasas de fecundidad, los factores sociales, culturales y económicos que favorecen su ocurrencia”⁵².

8-El derecho al empleo y la seguridad social: este derecho incluye el derecho a la protección legal de la maternidad en materia laboral, el derecho a trabajar en un ambiente libre de acoso sexual y el derecho a no ser discriminada por embarazo. Este derecho incluye el derecho a no ser despedida por causa de embarazo, así como el derecho a la protección de la maternidad en materia laboral y el derecho a no sufrir discriminaciones labores por embarazo o maternidad.

La CEDAW prohíbe la discriminación por causa de embarazo, en los artículos 1 y 11, y establece en su artículo 4 que todas las medidas encaminadas a la protección de la maternidad no son discriminatorias. El Comité de la CEDAW ha sostenido que la mujer tiene derecho a condiciones de trabajo justas y favorables. En sus observaciones finales a varios países de la región este mismo comité ha señalado que a pesar de existir una protección legal a la maternidad en materia laboral, en muchos casos esto no se traduce en la práctica, lo que hace que las madres trabajadoras tengan que enfrentar muchos obstáculos en la consecución y/o mantenimiento de su empleo. El CDH se pronunció sobre la falta de una ley amplia en algunos países de la región que prohíba la discriminación en la esfera laboral privada y tanto el Comité DESC como el Comité de la CEDAW condenaron la práctica identificada en las maquilas de someter a las mujeres a pruebas de embarazo como requisito para obtener o permanecer en el empleo⁵³.

La recomendación general 19 de la CEDAW incluye de manera específica el acoso sexual como una forma de violencia

⁵² *Dialoguemos... sobre salud sexual y reproductiva*, PROFAMILIA, marzo 1998, N. 2, Boletín de Circulación Nacional, Colombia.

⁵³ Comité DESC, Observaciones finales de México, pars. 21 y 37 y Comité de la CEDAW, Observaciones finales de México, par. 391.

contra la mujer y como trato discriminatorio en el empleo⁵⁴, instando a los gobiernos a tomar medidas específicas frente a esta problemática. En este mismo sentido, el CDH ha recomendado a varios países de la región adoptar legislación que tipifique el acoso sexual como un delito.

Por su parte, la OIT tiene varios convenios relativos a la protección de la maternidad que reflejan la evolución sobre el concepto de maternidad⁵⁵. Así, la Recomendación 123 sobre empleo de las mujeres con responsabilidades familiares de 1965, refleja ya la preocupación producida por las discriminaciones en el empleo padecidas por las mujeres trabajadoras con responsabilidades familiares. Y ya para 1981 se adoptó el Convenio 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares. Este Convenio se aplica a hombres y mujeres trabajadoras con responsabilidades hacia miembros de su familia inmediata cuando esas responsabilidades reducen sus posibilidades de prepararse para, entrar, participar o avanzar sus actividades económicas. En él se reconoce que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia. Además, los Estados ratificantes están obligados a promover la igualdad de oportunidades y tratamiento para trabajadores/as con responsabilidades familiares, y a implementar políticas públicas al respecto. También se establece que las responsabilidades familiares no pueden ser una razón válida para el despido. Y aunque en 1981 no se hablaba todavía de los derechos reproductivos, es obvio que este Convenio protege aquellos derechos reproductivos que tienen relación con la vida laboral de hombres y mujeres.

9-El derecho a la educación: este derecho incluye el derecho a la educación sexual y reproductiva así como el

⁵⁴ Comité de la CEDAW, Recomendación General No. 19, pars. 17-18.

⁵⁵ Ver Convenios No. 3 de 1919 y 103 de 1952 sobre la protección a la maternidad y la Recomendación 95, también de 1952, en la que entre otros, se establece la protección contra el despido por embarazo.

derecho a la no discriminación en el ejercicio y disfrute de este derecho.

El derecho a la educación ha sido reconocido internacionalmente en varios tratados internacionales, tales como la Declaración Universal artículo 26, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13 y 14 y la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 28. De manera particular, el Comité DESC ha establecido que la educación es un derecho humano en sí mismo y a su vez es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos, y de manera particular desempeña un papel esencial en el empoderamiento de la mujer dentro de una sociedad⁵⁶.

El derecho a la educación y su relación con otros derechos reproductivos puede ser analizado en diferentes niveles. En un primer nivel, el derecho a la educación básica es esencial en el contexto de los derechos reproductivos. El acceso de las mujeres a la educación básica, contribuye a su empoderamiento dentro de su familia y en su comunidad; contribuye a que la mujer tome conciencia de sus derechos y le permite acceder en condiciones de mayor competitividad al mercado laboral⁵⁷.

Así mismo, como el derecho a la educación incluye el derecho a recibir educación sobre salud sexual y reproductiva, ésta debería incluir, entre otros, información sobre los derechos reproductivos, sobre el fomento de factores protectores y de prevención y control de factores de riesgo para una sexualidad y una reproducción sanas, seguras y responsables y sobre la posición de las diferentes religiones y culturas sobre estos derechos.

⁵⁶ Comité DESC, Observación general sobre educación, pars. 1 y 31-32.

⁵⁷ Algunos estudios demuestran que las mujeres con mayor educación están más capacitadas para planificar sus familias y proteger su salud, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *State of the World Children 1994*, pág. 43.

Además, la educación sexual y reproductiva debería estar enmarcada de forma tal que se eduque a las mujeres a ejercer su derecho a decidir el número y espaciamiento de sus hijos de manera libre y responsable y a los hombres a ejercer su sexualidad y paternidad de manera responsable. Es decir, la educación sexual y reproductiva no debe estar centrada solamente en la mujer o en aumentar el uso del condón y la vasectomía por parte de los hombres.

Involucrar a los varones en la salud sexual y reproductiva no se reduce al uso de medios anticonceptivos. El propósito es promover una conciencia de igualdad de género en todos los ámbitos y animar a los hombres para que asuman responsablemente sus roles sexuales, reproductivos, sociales y familiares (...) Esta nueva concepción de la participación masculina, implica enfrentar barreras culturales fuertemente arraigadas. Los varones han sido educados en los estereotipos de la inmediatez en la satisfacción y potencia sexual, en el imperativo de la reproducción y de la provisión económica. Educar a los hombres para la paternidad es una necesidad apremiante. Esta educación incluye, no sólo asumir la responsabilidad de su sexualidad sino también, ejercitar y disfrutar la paternidad elegida en forma compartida con su compañera, durante todas las etapas del proceso de crianza y formación de los hijos e hijas⁵⁸.

En este sentido es importante resaltar que en instancias judiciales internacionales se ha determinado que es obligación del Estado proveer educación sexual a los adolescentes y que esta educación debe ser sensible a la libertad de cultos y al derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones⁵⁹. Sin embargo, esto no quiere decir que los padres tengan derecho a no permitir que se les brinde educación sexual y reproductiva a sus hijas e hijos ya que el

⁵⁸ *Dialoguemos...sobre salud sexual y reproductiva*, PROFAMILIA, Mayo 1998, No. 4, Boletín de circulación nacional, Colombia.

⁵⁹ Ver Kjeldsen c. Denmark, en *Reporte de la Comisión Europea de Derechos Humanos*, Vol. I, 1976, pág. 711.

derecho de los padres a educar a sus hijos/as de acuerdo con sus convicciones no se puede sobreponer al interés de los y las niñas ni puede ejercerse en forma discriminatoria entre hijos e hijas⁶⁰.

Cabe destacar que el Programa de Acción del Cairo establece que los países deben tomar las medidas necesarias para mantener a las niñas y a las adolescentes en la escuela. Así mismo establece que los gobiernos deben eliminar los obstáculos jurídicos, normativos y sociales que impiden el suministro de información de salud reproductiva a adolescentes y debe permitirse que las adolescentes embarazadas continúen su educación⁶¹.

La obligación de ofrecer educación e información sobre salud sexual y reproductiva, particularmente a adolescentes, ha sido reiterada por el Comité de la CEDAW en sus recomendaciones a varios países de la región⁶². En el mismo sentido se pronunció el CDN en las recomendaciones que hizo a Argentina⁶³ para reducir la incidencia de embarazo adolescente. Finalmente y de manera más concreta, el Comité DESC recomendó a México incluir materias sobre salud sexual y reproductiva en los programas académicos⁶⁴.

Por su lado, la UNESCO indica que los factores más importantes que pueden contribuir a prevenir los problemas de reproducción adolescente no deseada son la educación, la información y la comunicación e insiste en que las jóvenes mujeres deberían poder ejercer su derecho a una educación en salud reproductiva. En este mismo sentido la Plataforma de Beijing establece como otra de las acciones que deben

⁶⁰ Ver artículo 29 inciso d. Convención de los Derechos de la Niñez.

⁶¹ Programa de Acción de El Cairo, pars. 7.41-7.48 y 11.8.

⁶² Ver por ejemplo, CEDAW, Observaciones finales de Chile, par. 27; CEDAW, Observaciones finales de México, par. 409; y CEDAW, Observaciones finales de Perú, par. 51.

⁶³ CDN, Observaciones finales a Argentina, par. 19.

⁶⁴ Comité DESC, Observaciones finales a México, par. 43.

ser llevadas adelante por los gobiernos el “[v]elar por que las muchachas, sobre todo las adolescentes, reciban educación e información en materia de (...) salud reproductiva y salud sexual (...) así como en materia de prácticas responsables de planificación familiar...”.

También se puede identificar otro nivel en el que el derecho a la educación se relaciona de manera directa con el derecho a la no discriminación en relación con los derechos reproductivos. La CEDAW, Art. 10, establece el derecho a la educación de las mujeres en las mismas condiciones que los hombres en cuanto a acceso, igualdad en los programas de estudios y opción de carreras profesionales entre otros. Particularmente establece que deben disminuirse las tasas de deserción estudiantil femenina. En este sentido el Comité de la CEDAW se ha pronunciado reiteradas veces sobre cómo las expulsiones de los establecimientos educativos, cancelación de matrículas o asignación de tutores a mujeres jóvenes embarazadas, prohibiéndoles continuar formando parte de sus grupos de estudio, constituyen una violación del derecho a la educación y a la igualdad. Por ejemplo, el Comité de la CEDAW pidió específicamente al gobierno chileno que tomara las medidas necesarias, incluyendo la expedición de una ley, para prohibir la expulsión de adolescentes de los colegios públicos y privados por razones de embarazo⁶⁵.

Por otro lado, el Principio 10 de la Plataforma de Acción del Cairo establece que “toda persona tiene derecho a la educación, que deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de los recursos humanos, de la dignidad humana y del potencial humano, prestando especial atención a las mujeres y las niñas. La educación debería concebirse de tal manera que fortalezca el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluidos los relacionados con la población y el desarrollo”.

⁶⁵ CEDAW, Observaciones finales a Chile, par. 27.

10-El derecho a la información adecuada y oportuna:

este derecho incluye el derecho de toda persona a que se le de información clara sobre su Estado de salud, sus derechos y responsabilidades en materia de sexualidad y reproducción y acerca de los beneficios, riesgos y efectividad de los métodos de regulación de la fecundidad y sobre las implicaciones de un embarazo para cada caso particular. Se encuentra regulado en varios textos internacionales, incluyendo el artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

En la Plataforma de Acción del Cairo, en el capítulo VII, se establecen varias medidas que deben ser tomadas por los Estados en relación con este derecho entre las que se encuentra la elaboración de programas innovadores para que todos los adolescentes y hombres adultos tengan acceso a información, asesoramiento y servicios de salud reproductiva que incluyan la educación para el hombre sobre su obligación de compartir las responsabilidades de la planificación de la familia y las labores domésticas y de crianza de los hijos y para que acepte la responsabilidad de prevenir las enfermedades de transmisión sexual.

Los Estados deben adoptar medidas razonables para mejorar el acceso a la información sobre la salud, también en el caso de las personas con discapacidades. En el caso canadiense *Eldridge c. Columbia Británica*, un grupo de demandantes sordos se quejó por la falta de intérpretes del lenguaje de señas en el sistema de salud pública. El Tribunal Supremo falló que la Carta de Derechos y Libertades del Canadá imponía a los gobiernos provinciales la obligación positiva de atender las necesidades de los grupos desfavorecidos, como las personas con discapacidades. El Tribunal decidió que los demandantes tenían derecho a la interpretación de señas financiada por el Estado en el sistema de atención médica, y que las autoridades habían cometido un acto de discriminación al no velar por que se beneficiaran del sistema de salud provincial en igualdad de condiciones.

En cuanto al derecho a la información sobre cuestiones relativas a la reproducción humana, recientemente el Comité de la CEDAW, en comunicación No. 4/2004 de A.S. c. Hungría, recordó que *según el apartado h) del artículo 10 de la Convención* los Estados partes deben asegurar a las mujeres el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia y por ello encontraron que el Estado Parte infringió ese apartado al no proporcionar información y asesoramiento sobre planificación de la familia. En esta decisión el Comité citó su recomendación general No. 21, sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, en la que se reconoce que, en el contexto de las “prácticas coercitivas que tienen graves consecuencias para la mujer, como (...) la esterilización forzada”, a fin de adoptar una decisión con conocimiento de causa respecto de medidas anticonceptivas seguras y fiables, las mujeres deben tener “información acerca de las medidas anticonceptivas y su uso, así como garantías de recibir educación sexual y servicios de planificación de la familia”.

El Comité consideró que la afectada tenía un derecho tutelado por el apartado h) del artículo 10 de la Convención a recibir información específica sobre la esterilización y otros procedimientos alternativos de planificación de la familia a fin de evitar que se realizara una intervención de este tipo sin que ella hubiera tomado una decisión con pleno conocimiento de causa.

11-El derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer: Este derecho se encuentra explicitado en el artículo 2 de la CEDAW, inciso f y g. Así como en el inciso a) del artículo 5 y también en el artículo 24 inciso 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y por supuesto, incluye el derecho a modificar las costumbres que perjudican la salud reproductiva de las mujeres y las niñas. La Plataforma de Acción del Cairo, en su capítulo IV contiene un listado de

muchas acciones que deberían implementar los Estados para cumplir con su obligación de proteger, promover y respetar este derecho entre las que está la necesidad de fomentar la ampliación y el fortalecimiento de los grupos de activistas, comunitarios y de apoyo a la mujer.

En relación a este derecho el Comité de la CEDAW en su Recomendación general N° 21, señaló lo siguiente:

(...) la poligamia se practica en varios países. La poligamia infringe el derecho de la mujer a la igualdad con el hombre y puede tener consecuencias emocionales y económicas, tan graves para ella, al igual que para sus familiares a cargo, que debe desalentarse y prohibirse. El Comité observa con preocupación que algunos Estados partes, en cuyas constituciones se garantiza la igualdad de derechos, permiten la poligamia de conformidad con el derecho de la persona o el derecho consuetudinario, lo que infringe los derechos constitucionales de la mujer y viola las disposiciones del apartado a) del artículo 5 de la Convención (párr. 14).

Aunque no se refería directamente a la obligación de cambiar costumbres perjudiciales para las mujeres y los niños, la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda, recomendó en su informe de enero del 2007 “que las prácticas tradicionales, religiosas o culturales o las leyes y políticas nacionales no se utilicen para justificar violaciones de las normas internacionales de derechos humanos. Las costumbres, ya sean religiosas, culturales o tradicionales, no deberían invocarse, pues, para legitimar ningún tipo de matrimonio forzado. Esos matrimonios son incompatibles con los principios jurídicos internacionales”⁶⁶. Esta recomendación sugiere que las prácticas relacionadas con el matrimonio forzado deben transformarse.

Además, en el artículo 1 de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las

⁶⁶ A/HRC/4/23 del 24 de enero de 2007.

instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, de 1956, se establece que los Estados Partes abolirán o abandonarán:

(...) c) Toda institución o práctica en virtud de la cual:

i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;

ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;

iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona.

d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de 18 años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

Según el informe anual de 1999 de la Relatora Especial sobre violencia contra las mujeres las prácticas que en sí mismas constituyen violencia contra la mujer y que pueden representar violaciones graves a su derecho a la salud reproductiva son: la violación, la violencia en el hogar, la mutilación genital femenina, los matrimonios tempranos y los embarazos precoces, los abortos para la selección del sexo, el infanticidio de niñas, la trata de mujeres y la prostitución forzosa. Siempre según este informe, estas prácticas ponen en peligro las libertades y derechos reproductivos de la mujer y pueden tener consecuencias devastadoras para la salud física y psicológica por lo que los Estados tienen la obligación de promulgar y aplicar efectivamente leyes que prohíban y castiguen todas estas prácticas. También tienen la obligación de diseñar y aplicar políticas y programas transformar estas prácticas que según la Relatora son actos de violencia.

12-El derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación:

Este derecho está consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por supuesto, en la Declaración de la ONU sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad. Incluye el derecho a disfrutar del progreso científico en el área de la reproducción humana, así como el derecho a no ser objeto de experimentación en esta área, derecho que está explícitamente contemplado en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en el artículo 7.

Los derechos reproductivos asociados al derecho a disfrutar del progreso científico, especialmente los relacionados con la manipulación genética y fecundidad artificial tendrán que ser desarrollados con mucha atención a las desigualdades de género, raza, etnia, edad, clase, etc., ya que las nuevas tecnologías reproductivas pueden dar cabida a muchos tipos de abuso, especialmente de las mujeres más pobres. Por eso es tan importante entender y trabajar todos los asuntos relacionados con la reproducción humana en un marco de derechos humanos.

Ante el desafío de cómo poder utilizar los avances científicos para mejorar la calidad de vida y la salud reproductiva, especialmente la de las mujeres, sin crear aún más formas de discriminación y violencia en su contra o sin negar la autonomía reproductiva y dignidad de las mujeres, la solución bien puede encontrarse en los derechos humanos. El marco de los derechos humanos puede ayudar a encontrar un equilibrio entre la dignidad de la persona humana y el avance científico que ha ayudado a miles de parejas a procrear. El tema es por demás delicado y precisa ser tratado en el plano normativo con una técnica interdisciplinaria especial, ya que el debate trasciende el campo de lo individual o grupal para convertirse en un asunto que compete a todos y todas como seres humanos iguales. Por eso es tan importante desarrollar

más doctrina y jurisprudencia sobre este derecho reproductivo en particular.

La Declaración de la UNESCO fija conceptualmente los límites a los que deberá ajustarse la investigación científica referida a la manipulación, dice el Art. 10: “Ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones en particular en la esfera de la biología, la genética y la medicina, podrán prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y de la dignidad de los individuos o si procede, de grupos de individuos”.

En 1982 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, a través de la Recomendación N° 934, se manifestó por primera vez sobre problemas de ingeniería genética. Sostuvo que los derechos a la vida y a la dignidad humana protegidos en la Convención Europea de los Derechos Humanos, comprenden el derecho a heredar un patrimonio genético que no haya sido artificialmente alterado y recomienda la confección de listados de enfermedades en las que se autorizaría la investigación genética.

En 1989 la Resolución del Parlamento Europeo sobre Problemas Éticos y Jurídicos de la Manipulación Genética sostuvo que los resultados de los análisis genéticos solo se comunicarán a los interesados si ellos lo desean, respetando también el derecho a no conocerlos. Se recomendó que se prohibiera jurídicamente la utilización de análisis genéticos en los reconocimientos médicos previos a la contratación de trabajadores y de seguros.

En 1990 el Comité Nacional de Ética Francés recomendó también la prohibición de cualquier intento de modificar deliberadamente el genoma de las células germinales. Asimismo, se pronunció a favor de la reglamentación de las técnicas de estudios genéticos.

En 1993 la reunión internacional sobre Derecho ante el Proyecto de Genoma Humano celebrada en Bilbao, recomendó

como principios que la investigación científica sea libre y que el respeto a los derechos humanos consagrados por las declaraciones y convenciones internacionales, sea su límite.

En cuanto al consentimiento para gozar de los avances científicos, el Convenio de Asturias de Bioética establece en su Capítulo II, artículo 5, la regla general sobre el consentimiento que literalmente dice: “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

4. La responsabilidad u obligación del Estado frente a los derechos reproductivos

Para cada uno de los doce derechos reproductivos que se han analizado, los Estados tienen tres niveles de obligación: tienen que respetar el derecho, protegerlo y cumplirlo. Como se verá más adelante en más detalle, respetar un derecho generalmente significa que el Estado no debe violarlo directamente y debe reconocerlo como derecho humano. Esto es muy importante para los derechos reproductivos porque muchos Estados insisten en que no reconocen los derechos reproductivos como derechos humanos y con ello están violando su obligación de respetar. Proteger un derecho significa promulgar las leyes y crear los mecanismos para prevenir su violación. Cumplir o garantizar un derecho significa adoptar las medidas necesarias y crear las instituciones y los procedimientos, así como la distribución de recursos, para permitir que las personas puedan gozar de un derecho.

La teoría y mecanismos de los derechos humanos reconocen que la falta de recursos y la oposición de grupos religiosos poderosos pueden imposibilitar que un gobierno cumpla

con todos los derechos reproductivos en forma inmediata y completa. En el tercer nivel de obligación del Estado, el compromiso con el derecho a la salud reproductiva, por ejemplo, requiere más que la aprobación de una ley. Requerirá recursos económicos y humanos, personal capacitado, instalaciones y, sobre todo, una infraestructura sostenible. Por lo tanto, generalmente se entiende que el cumplimiento de los derechos, especialmente los económicos, sociales y culturales, se va logrando en forma progresiva, lo que implica un progreso sostenido hacia un objetivo.

La vigilancia del cumplimiento de los derechos humanos se realiza en primer lugar a nivel nacional por parte de los mismos Estados a través de sus instituciones nacionales de derechos humanos. Si los gobiernos fracasan o no tienen voluntad para hacerlos cumplir, se puede utilizar el sistema internacional de derechos humanos. En este punto es muy importante que se entienda que el sistema internacional no está pensado para castigar a los Estados por su incumplimiento sino para establecer estándares de conducta que ayuden a los Estados en su obligación de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos.

Además de su obligación legal de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, los Estados son “*accountable*” por su implementación así como por su violación ante sus ciudadanos y ante la comunidad internacional. Como otros conceptos en inglés este de “*accountability*” es un término que no tiene un equivalente preciso en nuestro idioma. Algunas personas lo traducen como control, otras como fiscalización, otras como responsabilidad. Sin embargo, en el mundo de los derechos humanos, la traducción que a criterio de la autora es más adecuada, es la *rendición de cuentas*.

Pero hay matices que diferencian estos dos conceptos. Mientras *accountability* conlleva un sentido claro de obligación, la *rendición de cuentas* parece sugerir que se trata de un acto voluntario, de una concesión generosa del que rinde cuentas por voluntad propia, y no porque esté obligado

legalmente a hacerlo. Por eso tal vez lo mejor es decir que *accountability* es la rendición *obligatoria* de cuentas.

Adicionalmente, junto con la rendición de cuentas (por obligación), el concepto de *accountability* también incluye la exigencia de cuentas por parte de los derecho habientes porque en la teoría de los derechos humanos, cada derecho genera obligaciones para el Estado. La idea de *accountability* en cuanto a los derechos humanos contempla de antemano a las dos cosas, es decir, la obligación Estatal de rendir cuentas y el derecho de las personas a exigir que el Estado rinda cuentas.

Y algo muy importante en cuanto a este concepto, es que en su esencia está el diálogo crítico. La rendición de cuentas no es un derecho de petición. Es un derecho a la crítica y al diálogo. Y eso es precisamente lo que pasa cuando un Estado rinde cuentas ante un Comité de derechos humanos. Se produce lo que en la ONU llaman un diálogo constructivo entre el comité y el Estado parte con el fin de que el Estado entienda mejor cuáles son sus obligaciones con respecto a cada uno de los derechos.

Esta cuestión de la rendición de cuentas a menudo produce un malentendido importante. Aunque los derechos reproductivos, como se ha visto, exigen que se asuman responsabilidades, eso no significa que todas las personas que trabajan en la esfera de la salud reproductiva, o en la educación sexual o en los medios de comunicación, etc., tengan la obligación de conseguir que los responsables rindan cuentas; tampoco significa que todas las y los profesionales de la salud o los organismos especializados en temas relacionados con la salud o educación sexual o en temas relacionados con la reproducción humana deban encargarse de vigilar el cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos reproductivos. Lo que significa es que debe haber mecanismos accesibles, transparentes y efectivos de rendición de cuentas en relación con la educación, la información y salud sexual y reproductiva y los derechos reproductivos. Por ejemplo, el movimiento en

pro de la salud sexual y reproductiva debe estar enterado de los mecanismos que existan para la rendición de cuentas pero lograrla no debería ser su mayor preocupación.

Como se mencionó anteriormente, en la rendición de cuentas por parte de los Estados a la comunidad internacional, el objetivo no es buscar la culpabilidad o el castigo de los responsables. La rendición de cuentas es mejor entenderla como un proceso para determinar lo que funciona (y por lo tanto se puede repetir) y lo que no funciona (y por lo tanto se puede corregir).

Para determinar si un gobierno está haciendo todo lo posible para asegurar que los derechos se puedan gozar y ejercer, primero se debe observar el alcance de sus obligaciones (respetar, proteger, cumplir), y luego las limitaciones permitidas a cada derecho. A partir de allí es posible comenzar a determinar si ha ocurrido una violación.

Por eso es tan importante entender que los gobiernos pueden restringir la mayoría de los derechos legítimamente. Primero porque la mayoría de los derechos no son absolutos. Los derechos que nunca pueden ser restringidos, aunque se justifique como una necesidad para el bien público, son el derecho a no ser sometido a torturas ni a la esclavitud ni a la servidumbre, el derecho a un juicio justo, el derecho a la libertad de pensamiento y el derecho a la igualdad y no discriminación. En otras palabras, el orden público puede ser una justificación válida para restringir muchos derechos. Por ejemplo, la interferencia de un Estado en la libertad de movimiento para limitar la cantidad de automóviles en determinadas vías o cuando es necesaria para restringir el acceso a ciertos lugares peligrosos. También la salud pública puede ser una justificación válida como cuando el Estado impone una cuarentena o aislamiento en un momento particular debido a una enfermedad contagiosa seria. Éstas son restricciones necesarias para el bien público y por lo tanto podrían considerarse legítimas según las leyes internacionales de derechos humanos. Los principios básicos que se deben

considerar antes de que un derecho pueda ser legítimamente restringido, como en los casos mencionados están desarrollados en los Principios de Siracusa⁶⁷.

Aunque hay otras exigencias, se puede resumir los Principios de Siracusa diciendo que exigen que para que una limitación sea “necesaria”, ésta tiene que a) estar basada en uno de los motivos que justifican las limitaciones reconocidas por el artículo pertinente del tratado; b) responder a una necesidad pública o social apremiante; c) responder a un objetivo legítimo, y d) guardar proporción con este objetivo.

Y volviendo al tema de las obligaciones estatales, si bien la responsabilidad primaria corresponde siempre a los gobiernos nacionales, todos los demás gobiernos tienen la responsabilidad de abstenerse de adoptar medidas que causen violaciones a los derechos humanos de las personas que habitan fuera de su jurisdicción.

En el contexto de la globalización neoliberal, en que los gobiernos nacionales ya no disfrutan de un monopolio completo del poder, también es fundamental ampliar las obligaciones en materia de derechos humanos a otros poderosos agentes, como las organizaciones internacionales y las empresas transnacionales privadas.

En un intento por mejorar y consolidar la comprensión de las obligaciones que conllevan los derechos reproductivos, a continuación se trata de establecer un marco conceptual que detalla las obligaciones específicas de los Estados pero se ha querido hacer énfasis en que también otros poderosos agentes públicos y privados deben ser llamados a responsabilizarse por los derechos humanos en general y por los derechos reproductivos en particular. Así, aunque se ha enfatizado en las obligaciones de los Estados, debe dejarse claro que los Estados

⁶⁷ Comisión de Derechos Humanos, 41º Período de sesiones, Temas 18 del programa provisional “Situación de los pactos internacionales de derechos humanos”.

son los principales pero no únicos obligados legalmente a respetar, proteger y cumplirlos o garantizarlos.

Aunque la globalización no es un fenómeno nuevo, el alcance de la interdependencia entre los países es mucho mayor que nunca, lo que significa que las políticas y programas de un país pueden tener repercusiones sobre el derecho a la salud, la educación, la vida, la información y todos los demás derechos reproductivos de personas que viven en otros países. Por tanto los gobiernos deben tomar conciencia de sus responsabilidades extraterritoriales que los obliga a abstenerse de violar los derechos reproductivos en otros países. No se debe olvidar que en el proceso de privatización generado por la globalización neoliberal han desempeñado un papel fundamental organizaciones intergubernamentales como la OMC, el Banco Mundial y el FMI y por lo tanto deben responsabilizarse por los estragos que dichas privatizaciones han tenido en el goce de los derechos reproductivos de millones de seres humanos. La aparición de las empresas transnacionales privadas, que hoy en día tienen mayor poder económico y financiero que muchos Estados, también requiere la ampliación de los límites de las obligaciones en materia de derechos reproductivos. Dado el riesgo de que estos agentes privados abusen de su poder de monopolio, debe exigírseles que cumplan con sus obligaciones en materia de derechos humanos. El poder debe llevar aparejada la responsabilidad.

El compromiso con los derechos humanos y por ende con los derechos reproductivos supone que los Estados asuman obligaciones para garantizar que en todo momento todas las personas puedan disfrutarlos en la medida de lo posible para cada Estado. Al comprometerse con los doce derechos humanos que conforman los derechos reproductivos mediante la ratificación de los convenios internacionales pertinentes, los gobiernos se obligan a respetar, proteger y garantizar o cumplir estos derechos y eso significa que deben rendir cuentas ante sus poblaciones por la violación de esas obligaciones. Esos tres

niveles de obligación han sido definidos por varios Comités refiriéndose a derechos específicos.

4.1 Obligación de respetar

La obligación de respetar significa que el Estado primero que nada debe reconocer la existencia de los derechos reproductivos y no debe privar arbitrariamente a las personas de cualquiera de ellos en razón de usos y costumbres o creencias religiosas. Tampoco debe dificultar el acceso de las personas al disfrute de estos derechos. La obligación de respetar algunos de los derechos reproductivos es una obligación negativa, puesto que supone un límite del ejercicio del poder por el Estado que pudiera amenazar el acceso de la población a los servicios de salud reproductiva, por ejemplo.

Se produciría una violación de la obligación de respetar si, por ejemplo, el gobierno suprimiese las disposiciones relativas a la seguridad social sin asegurarse de que las personas vulnerables dispongan de medios alternativos para cuidar su salud o privatizara la educación sin asegurarse que los y las niñas puedan recibir una buena educación sexual y reproductiva en instituciones educativas privadas.

Por ejemplo, en el caso de la salud reproductiva, el deber de respetar obliga a los Estados a no denegar o limitar la igualdad de acceso a los servicios de salud preventiva, curativa y paliativa a todas las personas, incluidos las y los presos, las minorías o mayorías étnicas, las personas con discapacidades, las minorías sexuales, las y los solicitantes de asilo y las y los inmigrantes ilegales.

El caso *D. c. el Reino Unido* se refería a la intención de las autoridades británicas de deportar a un hombre agonizante a causa del SIDA a Saint Kitts y Nevis, su país de origen. D. había sido diagnosticado seropositivo durante su reclusión en una cárcel del Reino Unido. Solicitó un permiso por compasión para permanecer en el Reino Unido al final de su condena. Su deportación a Saint Kitts y Nevis lo privaría del tratamiento

médico que recibía. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló que la retirada abrupta del tratamiento causada por la deportación de D. a Saint Kitts y Nevis lo expondría a un peligro real de muerte en circunstancias muy angustiantes y, por lo tanto, equivaldría a trato inhumano. El Tribunal ordenó que D. no fuera deportado⁶⁸.

El caso *K. L. c. el Perú*⁶⁹ se refería a una peruana de 17 años de edad a la que se negó un aborto terapéutico. Cuando K. L. tenía 14 semanas de embarazo, los médicos de un hospital público de Lima diagnosticaron que el feto sufría una anencefalía, anomalía fetal que pondría en peligro la salud de K. L. si no interrumpía el embarazo. El Código Penal del Perú permite el aborto terapéutico siempre que sea necesario para preservar la vida o la salud de la madre. No obstante, el director del hospital negó a K. L. un aborto terapéutico. Fue obligada a dar a luz y a alimentar al lactante hasta su inevitable defunción varios días después de nacer. El Comité de Derechos Humanos dictaminó que, al denegar la petición de aborto de la demandante conforme al Código Penal del Perú, el Gobierno había incumplido las obligaciones que le impone el Pacto. El Comité decidió, entre otras cosas, que el Gobierno debía adoptar medidas para evitar que en el futuro se produzcan violaciones similares. Una medida podría ser crear un protocolo de atención para guiar a las y los médicos y otros profesionales de la salud sobre los casos en que el aborto terapéutico es lícito y debería realizarse.

4.2 Obligación de proteger

La obligación de proteger significa que el gobierno debe promulgar y aplicar leyes para que las mujeres y los hombres puedan ejercer sus derechos reproductivos incluyendo leyes para evitar que personas u organizaciones poderosas

⁶⁸ Ver también *Netherlands*, Application No. 13669/03, 24 June 2003.

⁶⁹ *Karen Noelia Llantoy Huamán c. Perú*, comunicación No. 1153/2003, UN Doc. CPR/C/85/D/1153/2003 (2005).

conculquen los derechos reproductivos de las personas marginadas o vulnerabilizadas por las jerarquías sociales como los y las indígenas, los y las niñas, las personas con discapacidades, las minorías sexuales, etc.

La obligación de proteger exige a los Estados que regulen a los agentes no estatales, especialmente las empresas o las personas que puedan amenazar el derecho de otras personas. El gobierno también debe establecer órganos para investigar y proporcionar recursos eficaces, en particular el recurso a la justicia, si se viola cualquiera de estos derechos.

Por ejemplo, si el gobierno no interviene cuando una empresa poderosa despide a las mujeres embarazadas, ese gobierno estará incumpliendo la obligación de proteger el derecho a la maternidad, a no ser discriminada por motivo de maternidad y a no ser discriminada en el empleo. El gobierno estaría incumpliendo también esa obligación si no adoptase ninguna medida en el caso de que una escuela privada expulsara a las adolescentes embarazadas o una empresa contaminase el abastecimiento de agua de una comunidad y esto afectara la salud reproductiva de las personas. Para proteger estos derechos, el gobierno también podría tener que adoptar medidas si se negase a las personas el acceso a ciertos procedimientos que sólo ellas necesitan como por ejemplo el aborto, la esterilización, etc. También tendría, por ejemplo, que promulgar leyes para proteger a las y los consumidores contra productos farmacéuticos o alimenticios experimentales o peligrosos para la salud reproductiva. Ello podría incluir la introducción del etiquetado de los fármacos o alimentos o de legislación sobre la utilización de plaguicidas o sobre los alimentos modificados genéticamente.

En el caso *Consejo Municipal de Ratlam c. Vardi Chand*⁷⁰, el Tribunal Supremo de la India sostuvo que los municipios tenían el deber de proteger el medio ambiente en el interés de la salud pública. El Tribunal falló que las sustancias

⁷⁰ A.I.R. 1980 S.C. 1622.

contaminantes expulsadas por las grandes fábricas eran un obstáculo para el componente de justicia social del imperio de la ley.

El Tribunal falló que la preservación de la salud pública, que se basaba en la decencia y la dignidad de las personas, era una faceta no negociable de los derechos humanos que exigía medidas por parte del Estado.

4.3 Obligación de garantizar o cumplir

El deber de cumplir o garantizar obliga a los Estados a adoptar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otra índole que sean necesarias para la plena realización de los derechos reproductivos.

El caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz c. Perú⁷¹, aunque no es un caso de derechos reproductivos, establece claramente cuál es el derecho de garantizar que obliga al Estado con respecto al derecho a la vida una vez que la víctima ha muerto: “Tal como fue indicado (*supra* párr. 79), además del deber de respetar los derechos consagrados en la Convención, el Estado también tiene el deber de garantizar tales derechos”. La Corte ha establecido que “una de las condiciones para garantizar efectivamente los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personales es el cumplimiento del deber de investigar las afectaciones a los mismos, que se deriva del artículo 1.1 de la Convención, en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado”.

El deber de garantizar implica la obligación positiva de adopción, por parte del Estado, de una serie de conductas, dependiendo del derecho sustantivo específico de que se trate. En el presente caso, cuyos hechos se refieren a la privación ilegítima de la libertad de Saúl Cantoral Huamaní y Consuelo García Santa Cruz, seguida del sometimiento a un tratamiento

⁷¹ CIDH, Cantoral Huamaní vs. Perú del 10 de julio de 2007 Serie C No. 167.

violatorio de su integridad personal y su posterior ejecución, la obligación de garantizar los derechos protegidos en los artículos 4, 5 y 7 de la Convención conlleva el deber de investigar los hechos que afectaron tales derechos sustantivos.

La obligación de investigar constituye un medio para garantizar los derechos protegidos en los artículos 4, 5 y 7 de la Convención, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado⁷².

En el presente caso, la Comisión alegó que el Estado “violó su obligación de garantizar el derecho a la vida que surge del artículo 4 [1] en conexión con el artículo 1 [1] de la Convención (...) por no haber investigado y sancionado a los autores materiales e intelectuales de la ejecución”.

Se ha incluido este caso porque ayuda a entender que la obligación de garantizar o cumplir será diferente para cada derecho y dependiendo de las circunstancias. En este caso, aunque el Estado no haya sido responsable de la tortura y muerte de las víctimas, sí incumplió su deber de garantizarles a los familiares de las víctimas una investigación con la debida diligencia para llegar a la verdad. En otras palabras, el derecho a la vida que tienen todos los seres humanos, obliga al Estado a investigar las muertes violentas aunque no hayan sido cometidas por agentes del Estado.

En su Observación General No. 14, el comité que vigila el Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, establece cuál es la obligación de cumplir que tienen los Estados con respecto al derecho a la salud, que debe

⁷² Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez*, *supra* nota 54, párrs 166 y 176; *Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 175; Cfr. también *Caso La Cantuta*, *supra* nota 8, párr. 110; *Caso Masacre de Pueblo Bello*, *supra* nota 54, párr. 142; *Caso Vargas Areco*, *supra* nota 6, párr. 74; *Caso Goiburú y otros*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 88; *Caso Servellón García y otros*, *supra* nota 13, párr. 108; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia)*, Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 66; *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 13, párr. 177; *Caso “de la Masacre de Mapiripán”*, *supra* nota 54, párrs. 232 a 234; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, *supra* nota 6, párr. 225.

ser entendido como incluyendo también el derecho a la salud sexual y reproductiva. A continuación el párrafo completo:

La obligación de *cumplir* requiere, en particular, que los Estados Partes reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud. Los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas. La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales. Los Estados tienen que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de salud mental, teniendo debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país. Otras obligaciones incluyen el establecimiento de un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/SIDA, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas. Los Estados también tienen la obligación de adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, así como también contra cualquier otra amenaza que se determine mediante datos epidemiológicos. Con tal fin, los Estados deben formular y

aplicar políticas nacionales con miras a reducir y suprimir la contaminación del aire, el agua y el suelo, incluida la contaminación causada por metales pesados tales como el plomo procedente de la gasolina. Asimismo, los Estados partes deben formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al mínimo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como formular una política nacional coherente en materia de seguridad en el empleo y servicios de salud.

La obligación de *cumplir (facilitar)* requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud. Los Estados Partes también tienen la obligación de *cumplir (facilitar)* un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición. La obligación de *cumplir (promover)* el derecho a la salud requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población. Entre esas obligaciones figuran las siguientes: i) fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información; ii) velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados; iii) velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios; iv) apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.

Eso sí, si bien los Estados están obligados a garantizar los derechos humanos, la realización de muchos de los derechos reproductivos, al ser derechos económicos, sociales y culturales, está sujeta a salvedad en la medida en que deben lograrse de forma progresiva y en la mayor medida que permitan los recursos disponibles, según se dispone en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Cada uno de los Estados partes se compromete a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Esto significa que no se espera que un país de bajos ingresos pueda garantizar inmediatamente el mismo nivel de prestaciones económicas, sociales y culturales que puede ofrecer un país de altos ingresos. Sin embargo, hasta el país más pobre está obligado a garantizar el nivel más alto que permitan sus recursos y, por lo menos, un nivel básico mínimo de derechos económicos, sociales y culturales.

Además, al rendir cuentas, debe demostrar que hay progreso en la realización de estos derechos. Es decir, el concepto de “realización progresiva” de algunos de los derechos reproductivos, no puede utilizarse para justificar la persistencia de la injusticia y la desigualdad. Ello entraña también el “principio de no regresión”, que significa que los gobiernos no deben adoptar políticas regresivas que conduzcan al empeoramiento del acceso al goce de los derechos reproductivos. Así pues, lo que deben hacer los gobiernos es adoptar un plan de acción con objetivos concretos y plazos establecidos y vigilar los progresos conseguidos a lo largo del tiempo para evaluar la realización progresiva. Los esfuerzos nacionales actuales para vigilar la realización del Objetivo de Desarrollo del Milenio con respecto a la disminución de la mortalidad materna constituyen un importante paso en esa dirección. Sin embargo, también debe exigirse a los gobiernos

que expliquen y justifiquen cualquier regresión en la realización de cualquiera de los derechos reproductivos.

Además, en virtud del derecho internacional, la prohibición de discriminar no está sujeta a la limitación de la realización progresiva. La obligación de no discriminar es un deber inmediato y la discriminación en el acceso a métodos anticonceptivos, por ejemplo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, como se estipula en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, no puede justificarse en ninguna circunstancia, incluido el bajo nivel de recursos.

En otras palabras, si bien muchos elementos de los derechos reproductivos están sujetos a realización progresiva y a la disponibilidad de recursos, estos derechos también crean algunas obligaciones de efecto inmediato que no están sujetas a esos dos factores. La igualdad de trato entre la mujer y el hombre no está sujeta a realización progresiva ni a la disponibilidad de recursos. Ningún Estado puede sostener que no tiene recursos suficientes para prestar servicios a mujeres y hombres en igualdad de condiciones y que, por lo tanto, por el momento va a brindar educación sexual y reproductiva sólo a los niños, pero progresivamente incluirá estos cursos para las niñas en los años venideros, a medida que disponga de los fondos necesarios.

Además, la realización progresiva no significa que un Estado sea libre de adoptar cualquier medida que, en general, vaya en la buena dirección. Los Estados tienen la obligación jurídica de adoptar medidas “deliberadas, concretas y encaminadas” a la realización de los derechos reproductivos para todas y todos. La investigación y la experiencia confirman que algunas medidas funcionan mejor que otras. Los Estados están obligados a adoptar las mejores medidas de que dispongan.

Es indispensable seguir tratando de aclarar cuáles son las obligaciones inmediatas de los Estados con respecto a los derechos reproductivos. Pero aún en aquellos casos en que un gobierno de un país de ingresos bajos no tenga recursos suficientes para cumplir sus obligaciones inmediatas o no en materia de derechos reproductivos, corresponde a aquellos que estén en condiciones de hacerlo prestarle la asistencia y cooperación internacionales necesarias para que ese gobierno pueda cumplir sus obligaciones más urgentes como lo es la reducción de la mortalidad y morbilidad maternas.

En conclusión

Para concluir, reiterar que los derechos reproductivos, al igual que todos los otros derechos humanos, están en constante expansión y profundización debido al carácter dinámico de los mismos. Lamentablemente, los derechos reproductivos también sufren constantes ataques y retrocesos por parte de las fuerzas conservadoras y misóginas que no valoran la vida y salud de las mujeres. Vida y salud que dependen directa o indirectamente del respeto, protección y garantía de los derechos reproductivos.

La posibilidad de tomar decisiones libres, soberanas y responsables sobre el propio cuerpo es una condición indispensable para el disfrute de los derechos humanos y sin embargo, esto generalmente se les niega a las mujeres, precisamente porque tienen el poder de reproducir la especie humana en sus propios cuerpos.

Una manera en que las mujeres pueden apropiarse de sus cuerpos es utilizando los instrumentos y la teoría de los derechos humanos para defenderse de esos ataques y retrocesos. Sin embargo, como se desprende de este estudio, todavía falta mucha doctrina y jurisprudencia sobre la mayoría de los derechos que conforman los derechos reproductivos. Se espera que este estudio contribuya a fortalecerlos.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General
(2007 - 2009)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Margareth E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro

Lloyd G. Barnett
César Barros Leal

Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli

Antônio A. Cançado Trindade
Gisèle Côté-Harper

Mariano Fiallos Oyanguren

Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman

Claudio Grossman
María Elena Martínez

Juan E. Méndez
Sandra Morelli Rico

Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari

Máximo Pacheco Gómez

Hernán Salgado Pesantes
Wendy Singh

Rodolfo Stavenhagen

Comisión Interamericana
de Derechos Humanos

Paolo G. Carozza
Luz Patricia Mejía
Felipe González
Florentín Meléndez
Víctor E. Abramovich
Clare Kamau Roberts
Paulo Sérgio Pinheiro

Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Cecilia Medina-Quiroga
Diego García-Sayán
Manuel E. Ventura Robles
Sergio García-Ramírez
Leonardo Franco
Margarette May Macaulay
Rhady's Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

2

Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos



Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Con el apoyo de:

Fondo de Población de las Naciones Unidas

Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo

© 2008 Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
Reservados todos los derechos.

346.013.4

I59p Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Protección constitucional de los derechos sexuales
y reproductivos /

Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

San José, C.R. : IIDH, 2008 126 p. ; 21.59 x 13.97 cm.

ISBN 978-9968-917-78-0

1. Derechos de familia 2. Derechos reproductivos 3. Derechos sexuales.

Las ideas expuestas en los trabajos publicados en este libro son de exclusiva responsabilidad de los autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

Isabel Torres García
Coordinación académica

Denia Núñez Guerrero
Apoyo académico

Rocío Villanueva Flores
Autora

“Encuentro en el parque” (2007)
Cortesía de la pintora costarricense Alma Fernández
Oleo y collage sobre cartón, 50 x 35 cm.
Ilustración de la portada

Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH
Diseño, diagramación y artes finales

Editorama S.A.
Impresión

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail: uinformacion@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Tabla de contenido

Presentación	9
Introducción	13

Capítulo I **Concepto e importancia de los derechos sexuales y reproductivos**

1. El concepto de derechos reproductivos	17
2. El concepto de derechos sexuales	24
3. Constitución y aplicación de derechos o principios ..	30

Capítulo II **Los derechos sexuales y reproductivos ante el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos**

1. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.....	39
1.1 Derechos reproductivos.....	39
1.1.1 K. L vs. Perú	39
1.2 Derechos sexuales.....	42
1.2.1 Nicholas Toonen vs. Australia.....	42
2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos....	44
2.1. Derechos reproductivos	44
2.1.1 Mamérita Mestanza vs. Perú	44
2.2. Derechos sexuales.....	46
2.2.1 Raquel Mejía vs. Perú	46

Capítulo III

Procesos constitucionales sobre derechos sexuales y reproductivos en América Latina: algunos ejemplos

1. Derechos reproductivos.....	55
1.1. Argentina	
1.1.1 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	56
1.2 Colombia	
1.2.1 Proceso de inconstitucionalidad contra los artículos 122°, 123°, 124° y 32° numeral 7) del Código Penal: Sentencia 355/06 de 10 de mayo de 2006.....	61
1.3 Costa Rica	
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.....	83
1.4 Perú	
1.4.1 Proceso de cumplimiento sobre la distribución de la anticoncepción oral de emergencia: Sentencia de 13 de noviembre de 2006 (Expediente N° 7435-2006-PC/TC) del Tribunal Constitucional.....	87
2. Derechos sexuales	91
2.1 Costa Rica: procesos de amparo presentados para proteger el derecho a la libertad sexual de las personas privadas de libertad	91
2.1.1 Sentencia de 16 de marzo de 1994 (Exp. N° 0383-A-94 Voto N° 1401-94).....	92
2.1.2 Sentencia de 27 de marzo de 1996 (Exp. 6166-95 Voto N° 1433-96).....	93
2.1.3 Sentencia de 4 de abril de 1997 (Exp. 97-000586-0007-CO Res: 1997-01922).94	

2.2 Colombia

- 2.2.1 Proceso de inconstitucionalidad presentado 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 septiembre de 199897
- 2.2.2 Tutela presentada ante la negativa de la visita íntima a una pareja homosexual privada de libertad: Sentencia T-499/03 de 12 de junio de 2003 de la Corte Constitucional100
- 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 Constitucional104

2.3 México

- 2.3.1 Modificación de la tesis de jurisprudencia 1a./J. 10/94 en virtud de la cual la relación sexual impuesta por uno de los cónyuges al otro de manera violenta no configuraba delito de violación: Sentencia de 16 de noviembre de 2005107

2.4 Perú

- 2.4.1 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 Constitucional119

A manera de balance124

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) han desarrollado acciones conjuntas desde el año 2002, en el marco de una fructífera alianza estratégica basada en la plena coincidencia de que el goce y ejercicio de los derechos humanos, constituyen la piedra angular de la democracia y del desarrollo.

En el trabajo de promoción y educación en derechos humanos de las mujeres que ambas entidades realizan, han identificado temas de especial preocupación en la región en la esfera de los derechos reproductivos. Es por ello que han propiciado procesos de investigación académica, que dan continuidad al estudio realizado y publicado hace algunos años “Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos” (IIDH, UNFPA: 2003).

Mediante la presente publicación, se pone a disposición un compendio de cuatro investigaciones, con el fin de propiciar conocimientos que faciliten el debate, la argumentación y la toma de decisiones:

- Tomo 1: Los derechos reproductivos son derechos humanos.
- Tomo 2: Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos.
- Tomo 3: La anticoncepción oral de emergencia.
El debate legal en América Latina.

Tomo 4: Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina.

El primer texto aborda a los derechos reproductivos desde una perspectiva de género y de derechos humanos. Analiza la evolución, alcance y contenido de los derechos reproductivos como parte de los derechos humanos universales y por ende, de las obligaciones de los Estados en esa materia.

El segundo presenta, desde una perspectiva jurídica, cómo la justicia constitucional ha resuelto en América Latina los casos en los que se han discutido demandas argumentadas como derechos sexuales y reproductivos.

El tercer texto sistematiza quince procesos judiciales constitucionales sobre la anticoncepción oral de emergencia, el cual constituye el método anticonceptivo que más controversias judiciales ha originado en América Latina, planteadas en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú.

El cuarto y último analiza la reproducción asistida desde una perspectiva de género y derechos humanos en el contexto latinoamericano.

El IIDH y el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), esperan continuar contribuyendo a ampliar los conocimientos en dichas temáticas y sobre todo, que la apropiación de los mismos se convierta en una herramienta de trabajo por parte de las instituciones de Estado y de las organizaciones de la sociedad civil en pro de los derechos humanos.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo*

Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos

*Rocío Villanueva Flores**

* Peruana, Doctora en Derecho, Universidad de Castilla La Mancha, España. Diploma de Especialización en derechos humanos en la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Filosofía del derecho y de teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Pontificia Universidad Católica de Perú. Fue Defensora Adjunta para los Derechos de la Mujer y Defensora Adjunta para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo de Perú. Consultora del IIDH y del UNFPA e integrante de la Comisión de Alto Nivel de Salud Reproductiva del Colegio Médico del Perú.

Introducción¹

El objetivo de este artículo es presentar el tema de los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva jurídica y 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.

Alice Miller sostiene que hay tres formas de aproximarse al tema de los derechos sexuales: desde una perspectiva evolutiva, devolutiva o revolucionaria². 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

¹ Versión actualizada y revisada del artículo “*Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*”, publicado en la revista del IIDH, Vol.. 43, enero-junio 2006.

² Miller Alice, “Las demandas por derechos sexuales”, en III Seminario Regional Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos, Derechos Humanos, Cladem, Lima, 2002, pp. 121-140.

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 hacerlo³.

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 afectan⁴. 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.

³ Ibid., pp. 130-131.

⁴ Ibid., p. 139.

Capítulo I

Concepto e importancia de los derechos sexuales y reproductivos

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 forma excepcional. Estas violaciones específicas suelen estar referidas a la vida sexual y reproductiva de las mujeres⁵, que son precisamente los ámbitos que protegen los derechos de los que nos ocuparemos en este trabajo.

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 humanos⁶, 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 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

⁵ 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.

⁶ Ibid., p. 512.

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”⁷, 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 género⁸. 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”⁹.

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.

⁷ 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.

⁸ Véase Bareiro Line, “Los derechos reproductivos y los derechos universales”, en *Promoción y defensa de los derechos reproductivos...*, op. cit., pp. 122-123.

⁹ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 109.

1. El concepto de derechos reproductivos

Sonia Correa y Rosalind Petchesky afirman que el término “derechos reproductivos” se empleó por primera vez en Estados Unidos, probablemente con la fundación, en 1979, de la Red Nacional de Derechos Reproductivos (R2N2)¹⁰.

Sin embargo, es a partir de la 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 humanos¹¹.

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:

¹⁰ 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*, Harvard University Press, Cambridge, MA. 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.

¹¹ 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.

Ibid., p. 96.

[L]os derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos¹².

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”¹³.

La CEDAW, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, ya se ocupaba de los derechos reproductivos. Ello explica por qué el Programa de Acción de El Cairo señala que los derechos reproductivos ya estaban reconocidos en documentos de internacionales sobre derechos humanos. En efecto, 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

¹² Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 5 al 13 de setiembre de 1994, párrafo 2.3, véase www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd_poa.htm

¹³ Ibid., párrafo 7.2.

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 derechos¹⁴.

Por su parte, Constituciones como la peruana o la colombiana, previas a El Cairo, también reconocen los derechos reproductivos de las personas¹⁵.

Más recientemente, textos constitucionales utilizan el término “derechos reproductivos”. Es el caso de la Carta ecuatoriana de 1998, cuyo artículo 36° establece:

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).

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

¹⁴ 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.

¹⁵ El artículo 42° de la Constitución colombiana de 1991 establece que “(...) la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos (...)”, mientras que el artículo 6° de la Constitución peruana de 1993 “(...) 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. (...)”.

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**”¹⁶ (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

¹⁶ 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 Perú, el artículo 6° inciso i) de la Ley N° 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, estatuye, como uno de los lineamientos para la aprobación de planes, programas y políticas del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y gobiernos locales, garantizar la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos. 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.

reconocido al menos en Brasil, México, Colombia, Ecuador, Perú y Paraguay”¹⁷. Por otro lado, se suele incluir en la lista de derechos reproductivos a la atención de la mujer durante el embarazo y el parto¹⁸. Hay también una tendencia a reconocer que la noción de derechos reproductivos incluye la reproducción asistida¹⁹.

Un tema más polémico es la inclusión de la interrupción del embarazo en la lista de derechos reproductivos. Cabe recordar que los comités de Naciones Unidas, encargados de supervisar la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, han recomendado a distintos Estados de América Latina que revisen la legislación penal en materia de aborto²⁰.

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

18 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 (...)”.

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

20 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), párrafo 15, y *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú*, N.U. Doc. CCPR/CO/70/PER (2000), párrafo 20. Observaciones semejantes ha emitido el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en 1998 y en el 2007, véase *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Perú*, N.U. Doc. A/53/38/Rev. 1. y CEDAW/C/PER/CO/6, párrafo 25. Por otro lado, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado que el Estado peruano adopte

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 Constitución²¹.

Como se ha indicado, el Programa de Acción de El Cairo señala que los derechos reproductivos son derechos que abarcan ciertos derechos humanos que *ya están reconocidos en el derecho interno así como en los tratados de derechos humanos*. Ello también significa que el ejercicio de los derechos reproductivos está vinculado al ejercicio de otros derechos como la dignidad personal, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho al libre desarrollo y bienestar, el derecho a no ser discriminado, el derecho a la libertad de conciencia y de religión, a la intimidad personal, el derecho a la identidad étnica o cultural, el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes así como al derecho a la salud. En el caso peruano, estos derechos se encuentran reconocidos en los artículos 1°, 2° incisos 1), 2), 3), 7), 19), 24 literal h) y 7° de la Constitución.

todas las medidas posibles para hacer frente al fallecimiento de niñas adolescentes a causa del aborto. *Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/PER/CO/3*, 14 de marzo de 2006, párrafo 53. Por su parte, el Comité contra la Tortura ha mostrado su preocupación porque en el Perú la “legislación actual restringe severamente el acceso a interrupciones voluntarias del embarazo, incluso en casos de violación, lo cual ha resultado en graves daños, incluso muertes innecesarias de mujeres. Las alegaciones recibidas indican la omisión del Estado Parte en la prevención de actos que perjudican gravemente la salud física y mental de las mujeres y que constituyen actos crueles e inhumanos”. *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, CAT/C/PER/CO/4*, 18 de mayo de 2006, párrafo 23.

Este tipo de observaciones han sido emitidas en relación a la legislación penal en materia de aborto de Argentina, Costa Rica, Chile, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, República Dominicana y Venezuela.

- 21 La Defensoría del Pueblo ha elaborado seis informes defensoriales en materia de derechos reproductivos y planificación familiar. Véase los *Informes Defensoriales* 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.

Tales derechos están igualmente reconocidos en la *Declaración universal de derechos humanos*, en el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (PIDCP), en el *Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales* (PIDESC), en la *Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer* (CEDAW), en la *Convención contra la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, en la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* y en la *Convención sobre los derechos del niño*. Asimismo, se encuentran reconocidos en la *Declaración americana de derechos y deberes del hombre*, en la *Convención americana sobre derechos humanos* y en la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*.

Ésa es la razón por la que los Comités de Naciones Unidas, encargados de la supervisión de la aplicación de los distintos tratados sobre derechos humanos, abordan temas sobre derechos reproductivos. Estos comités, además, revisten especial importancia porque interpretan el alcance de los artículos de tales tratados, principalmente a través de observaciones y recomendaciones generales²².

²² Véanse por ejemplo la *Recomendación General* N° 19, *La violencia contra la mujer*, Comité CEDAW, 11° período de sesiones, 1992, párrafo 2; *Recomendación General* N° 21, *La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, Comité CEDAW, 13 período de sesiones, 1994, párrafo 22; *Recomendación General* N° 24, *La mujer y la salud*, Comité CEDAW, 20° período de sesiones, 1999, párrafos 21 y 22; (<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#top>); *Observación General* No. 7, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 7, Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 16° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 145 (1982) párrafo 2; *Observación General* No. 20, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 7, Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 44° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 173 (1992), párrafo 5; *Observación General* N° 28, *Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 3 La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 68 período de sesiones, U.N.Doc HRI/GEN/1/Rev. 7 at 207 (2000), párrafo 10; *Observación General* N° 14 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, 22° período de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/2000/4

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”²³, quizá porque los roles socialmente asignados a éstas han determinado que la responsabilidad en materia reproductiva recaiga casi exclusivamente en ellas. Para 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.

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”²⁴.

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

(2000), párrafos 21, 34 ó 35; *Observación General No. 4*, Comité de los Derechos Niño, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño*, U.N. Doc. CRC/GC/2003/4 (2003), párrafos 39 g) y 41 a).

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

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

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”²⁵.

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 sexuales para determinar cómo reivindicarlos a la luz de los derechos existentes, pues “la sexualidad merece protección como un derecho”²⁶. 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 sexual²⁷, 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

²⁵ Miller, Alice M. “Sexual no reproductivo: explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos”, op. cit. p. 87.

²⁶ Ibid., p. 96.

²⁷ 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.

y se proscriben la violencia sexual, la mutilación genital, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la discriminación por opción sexual, entre otros²⁸. Es preciso recalcar que en virtud de estos derechos, las personas deben recibir educación e información sexual.

Paul Hunt ha sostenido que la sexualidad es una característica que comparten todos los seres humanos y es un aspecto fundamental de la dignidad del individuo. En opinión de Hunt, una comprensión correcta de los principios fundamentales de los derechos humanos “conduce inevitablemente al reconocimiento de los derechos sexuales como derechos humanos. Entre los derechos sexuales figura el derecho de toda persona de expresar su orientación sexual, teniendo debidamente en cuenta el bienestar y los derechos de los otros, sin temor a persecuciones, privación de libertad o injerencia social”²⁹.

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,

²⁸ 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”.

²⁹ Hunt, Paul, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Informe del Relator Especial, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párrafo 54.

orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole³⁰ (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 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, a falta de un marco normativo específico, los derechos sexuales se encuentran protegidos por el derecho a la dignidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la privacidad³¹. Asimismo, el ejercicio de los derechos sexuales ha estado vinculado al derecho a no ser discriminado por razón de sexo.

En efecto, tal como se apreciará más adelante, la jurisprudencia constitucional comparada que se ha pronunciado

³⁰ 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 artículo 37 inciso 1) de la Ley N° 28237, mediante la cual se aprueba el Código Procesal Constitucional del Perú, establece que la demanda de amparo procede para proteger el derecho a la igualdad y a no ser discriminado por razón de orientación sexual, entre otras.

³¹ Sobre la crítica de la privacidad como derecho véase Miller Alice, “Las demandas por derechos sexuales”, op. cit. pp. 128-129.

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”³².

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 privada³³.

El principio de autonomía individual trae como consecuencia que la interferencia estatal con conductas que no perjudiquen a terceros quede vedada³⁴. Ésta es la concepción de John Stuart Mill acerca del principio del daño³⁵, y ella se ve reflejada en la jurisprudencia que se citará más adelante.

³² 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.

³³ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, op. cit. p. 225.

³⁴ 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.

³⁵ 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

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 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 1° y 2°, incisos 1) y 24) literal h) de la Constitución, en los artículos 6.1°, 7° y 9.1° del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, en los artículos 4.1°, 5.1°, 5.2° y 7.1° de la *Convención americana sobre derechos humanos* y en los artículos 3°, 4°, 5° y 6° de la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belem do Pará”*.

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 aquello 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.

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.

3. Constitución y aplicación de derechos o principios

Miguel Carbonell afirma que la Constitución es, sobre todo, una norma jurídica³⁶. 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 inferiores³⁷. 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 interpretación³⁸. 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”³⁹.

Los derechos y principios, como toda norma jurídica, comparten los problemas de vaguedad o imprecisión que

³⁶ 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.

³⁷ Prieto Sanchís Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México, 1999, p. 17.

³⁸ *Ibid.*, p.16.

³⁹ 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.

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 mismos problemas que presentan los lenguajes naturales, entre ellos la vaguedad⁴⁰.

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 Derecho⁴¹, 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”⁴². 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

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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.

⁴² Guastini Riccardo, *Estudios sobre interpretación jurídica*, Porrúa-UNAM, México, 2000, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, p. 113.

una valoración⁴³. Como afirma Ferrajoli un fenómeno común a todas las democracias avanzadas es la expansión creciente del papel de la jurisdicción⁴⁴.

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”.⁴⁵ 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 especializados⁴⁶.

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”⁴⁷. Un principio, según Alexy, es una norma que ordena “que algo sea realizado en la

⁴³ Aragón Manuel, *Constitución, democracia y control*, UNAM, México 2002, p. 158.

⁴⁴ Ferrajoli Luigi, “Jurisdicción y democracia”, en *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, Porrúa-UNAM, México, 2004, p. 101.

⁴⁵ Aragón Manuel, “Constitución y derechos fundamentales”, en *Teoría de la Constitución*, op. cit. p. 228.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Prieto Sanchís Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 180.

mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida 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 opuestos⁴⁸. Los principios no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*⁴⁹.

Los conflictos entre principios constitucionales no pueden ser resueltos aplicando los criterios para resolver las antinomias o contradicciones normativas (criterios de especialidad, jerarquía, cronológico), sino que se requiere aplicar la técnica de la ponderación. 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 principios o derechos en pugna⁵⁰. 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:

48 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, traducido por Ernesto Garzón Valdés, p. 86. En cambio, para Alexy si una regla es válida, debe hacerse exactamente lo que ella exige, “ni más ni menos”, *ibid.*, pp. 86-87.

49 *Ibid.*, p. 99.

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

idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”⁵¹. En cambio, “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”⁵². En definitiva, se trata de analizar si hay razones a favor y en contra, sopesarlas o ponderarlas y ver cuál de ellas resulta más fuerte⁵³.

En países como Alemania⁵⁴, España⁵⁵ o Colombia⁵⁶, la ponderación ha sido objeto de una elaboración jurisprudencial detallada por parte de los tribunales o cortes constitucionales. En detalle, los pasos de la ponderación, que permiten establecer la constitucionalidad o legitimidad de una ley que afecta o limita derechos, son los siguientes⁵⁷:

- a) *Fin legítimo*. La ley enjuiciada debe presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento para la afectación o limitación de un derecho.
- b) *Idoneidad o adecuación*. La ley enjuiciada debe ser idónea, apta o adecuada para la protección del fin legítimo. Si la

⁵¹ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho*, 2da edición corregida, Palestra, Lima, 2005, pp. 308-309.

⁵² Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, op. cit., p.309.

⁵³ *Ibid.*, p. 325.

⁵⁴ Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, traducido por Carlos Bernal Pulido, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, 2004, pp. 39 y ss.

⁵⁵ Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., p. 199 y ss.

⁵⁶ Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, primera reimpresión, 2005, pp. 132 y ss.

⁵⁷ Véanse Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 111 y ss; Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 199 y ss; y, Gascón Abellán, M., y García Figueroa, A., *La argumentación en el derecho*, op. cit, pp. 308 y ss.

ley no es adecuada para la realización del fin, ello significa que para este último resulta indiferente la ley en cuestión, y como sí afecta –en cambio– otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención. No se puede afectar un derecho si con ello no se gana nada. El subprincipio de idoneidad es un criterio negativo que permite determinar qué medios no son idóneos, su función no es determinar qué medios son idóneos sino excluir lo no idóneo.

- c) *Necesidad*. Ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que entre dos medios igualmente idóneos, se escoja el más benigno con el derecho fundamental afectado.
- d) *Test de proporcionalidad en sentido estricto*. Ha de acreditarse que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la ley o medida limitadora examinada, en orden a la protección de un derecho o bien constitucional, y los daños que de esa ley o medida se derivan para el ejercicio de otro derecho o bien constitucional. “En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular (...)”⁵⁸.

De acuerdo con Alexy “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la satisfacción del otro”⁵⁹.

Lo que caracteriza a la ponderación de los principios constitucionales es que no se obtiene una respuesta en virtud de la cual, por ejemplo, en todo conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, siempre prevalece el primero. Por el contrario, Guastini afirma que la ponderación consiste en instituir entre los principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil, pues, en el caso

⁵⁸ Bernal Pulido, C., *El Derecho de los derechos*, op. cit., p. 67.

⁵⁹ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 161.

concreto, el intérprete atribuye “a uno de los principios en conflicto mayor peso, es decir, mayor valor, respecto del otro”⁶⁰. El principio dotado de mayor peso prevalece mientras que el otro se deja de lado. Sin embargo, se trata de una jerarquía móvil pues “es una relación de valor inestable, mudable, que vale para el caso concreto”⁶¹, pero que puede cambiar o invertirse en un caso distinto. Por ello, si en una ocasión se ha atribuido mayor peso al principio constitucional X en relación al principio constitucional Y, nada impide que un caso diverso se atribuya mayor peso al principio constitucional Y y menor peso al principio constitucional X.

En consecuencia, la ponderación no lleva a que se declare la invalidez de uno de los principios constitucionales en conflicto, o a que en virtud de la especialidad uno actúe como excepción del otro.

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.

Hay que señalar que 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”⁶².

⁶⁰ Guastini, Riccardo, *Derecho constitucional, doctrina jurídica contemporánea*, Fontamara, D.F., primera reimpresión, 2003, p. 145.

⁶¹ *Ibid.*, p. 146.

⁶² Prieto Sanchís, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Teoría del Constitución...*, op. cit., p. 319.

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 argumentación racional realizada a partir de la Constitución de una decisión subjetiva sea demasiado tenue⁶³.

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 progresistas⁶⁴ 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”⁶⁵.

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”⁶⁶, 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”⁶⁷.

⁶³ Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, op. cit. p. 335.

⁶⁴ Comanducci Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en *Teoría de la Constitución...*, op. cit. 153,

⁶⁵ Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, op. cit., p.236.

⁶⁶ Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, op. cit. 336.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 342.

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 (...)”⁶⁸.

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”⁶⁹.

⁶⁸ Pietro Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, op. cit. p. 41.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 44.

Capítulo II

Los derechos sexuales y reproductivos 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:

[n]o 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 correspondientes⁷⁰.

En atención a lo expuesto resulta conveniente citar algunos ejemplos.

1. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

1.1 Derechos reproductivos

1.1.1. 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.

⁷⁰ Fix-Zamudio, Héctor, “Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, op. cit., p. 288.

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 2º, 3º, 6º, 7º, 17º, 24º y 26º 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 Távora, 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 privada⁷¹. 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,

⁷¹ 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*.

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 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.

1.2 Derechos sexuales

1.2.1 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. Australia⁷². 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 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 políticos*⁷³.

⁷² Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/50/D/488/1992 de 4 de abril de 1994.

⁷³ 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

2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

2.1 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”⁷⁴. 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 familiar⁷⁵.

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

en el sistema europeo de protección de derechos humanos es *Dudgeon vs. Reino Unido*, 4 Eur.Ct.H.R. 149 (1981).

⁷⁴ Abi-Mershed, “Los derechos reproductivos en el contexto...”, op. cit., p.148.

⁷⁵ 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.

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 de Mamérita Mestanza 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 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 mujer*⁷⁶. Con fecha 3 de octubre de 2000 la CIDH aprobó el Informe N° 66/00 de admisibilidad.

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.

Entre otros, 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”.

⁷⁶ 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.

2.2 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 tortura⁷⁷.

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 vinculación 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

⁷⁷ 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.

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 “campana antsubversiva” 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 emergencia⁷⁸.

⁷⁸ 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.

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.

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 situación⁷⁹.

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.

⁷⁹ 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.

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”⁸⁰. Igualmente, afirmó que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) había declarado que la “infracción grave de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud” incluía los abusos sexuales⁸¹.

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

⁸⁰ 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.

⁸¹ ICRC, “Aide Mémoire” citado en T. Meron, *Rape as a Crime under International Humanitarian Law*, 87, ÁGIL 426. (Dec., 3, 1992).

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 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.

Capítulo III

Procesos constitucionales sobre derechos sexuales y 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”⁸².

En materia de derechos sexuales y reproductivos merece la pena destacar, especialmente, los procesos de amparo e inconstitucionalidad que han tenido lugar en distintos países. Son instrumentos judiciales que han permitido que las víctimas reaccionen frente a una vulneración de alguno de 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 constitucional⁸³.

1. Derechos reproductivos

Sin lugar a dudas el método anticonceptivo que más polémica ha generado recientemente en América Latina es la anticoncepción oral de emergencia. En atención a ello, a continuación haré referencia a la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional peruano, con ocasión de un proceso de cumplimiento promovido por un grupo de mujeres para que el Estado distribuyera anticoncepción oral de emergencia.

⁸² Ferrajoli Luigi, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional” en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N° 16, ITAM, México, 2002, p. 16.

⁸³ 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.

Asimismo, haré referencia al 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, al proceso de inconstitucionalidad promovido ante la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica cuestionando el decreto que reguló las técnicas de reproducción asistida, así como a la última sentencia expedida por la Corte Constitucional de Colombia en materia de aborto.

1.1 Argentina

1.1.1 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

Como se sabe, el amparo procede contra hechos u omisiones por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que amenazan o vulneran un conjunto derechos constitucionales.

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 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 era una enfermedad clínica que excluía 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 2º de la Ley N° 23849 aprobatoria de la *Conven-*

ción sobre los derechos del niño ni el artículo 4º 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”⁸⁴.
- 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 constituía 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, en los casos en los que la

⁸⁴ 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 del *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”.

mujer estuviere embarazada de un feto que padece anencefalia o patología análoga incompatible con la vida extrauterina. De acuerdo con la citada ley 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– 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 atípico⁸⁵.

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, de acuerdo a lo sostenido por el Comité de Derechos Humanos en el caso de *K. L. vs. Perú*. Me parece pertinente señalar que en el caso argentino 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

⁸⁵ 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.

craneana con nula viabilidad extrauterina, tenía visos de tortura.

1.2 Colombia

1.2.1 Proceso de inconstitucionalidad contra los artículos 122°, 123°, 124° y 32° numeral 7) del Código Penal: Sentencia 355/06 de 10 de mayo de 2006

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”⁸⁶.

Colombia era uno de los países de América Latina que penalizaba todo tipo de aborto. Por ello, los ciudadanos Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana presentaron distintas demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 32° numeral 7) del artículo 32°, 122° y 124°, así como contra la expresión “*o en mujer menor de catorce años*” contenida en el artículo 123° de la Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal.

Los demandantes alegaron que las normas cuestionadas vulneraban los siguientes derechos constitucionales: el derecho a la dignidad (Preámbulo y artículo 1°), el derecho a la vida (Art. 11°), el derecho a la integridad personal (Art. 12°), el derecho a la igualdad (Art. 13°), el derecho al libre desarrollo

⁸⁶ 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 y ss.

de la personalidad (Art. 16°), la autonomía reproductiva (Art. 42°), el derecho a la salud (Art. 49°) y las obligaciones del derecho internacional de derechos humanos (Art. 93°). Asimismo, afirmaron que las disposiciones demandadas eran contrarias a opiniones emitidas por los organismos encargados de interpretar y aplicar los tratados internacionales de derechos humanos. En el caso del artículo 32° numeral 7) se afirmó que el estado de necesidad, regulado por dicha norma, vulneraba los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de la mujer, porque ésta se veía obligada a someterse a un aborto clandestino “y por lo tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad”.

Los artículos demandados del Código Penal colombiano establecían que:

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. (...)

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

(...)

CAPÍTULO CUARTO

Del aborto

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Artículo 123. Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de

catórze años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

Artículo 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

PAR. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Mediante Sentencia C-355/06 la Corte Constitucional de Colombia declaró⁸⁷:

⁸⁷ Ésta es la quinta vez que la Corte Constitucional expide una sentencia relativa a normas penales de aborto. Previamente, había expedido las sentencias C-133-94, C-013-97, C-647-01 y C-198-02. Por ello, consta en la propia sentencia que la demandante Mónica Roa hizo un estudio de procedibilidad, sustentando por qué no era posible afirmar que los fallos precedentes sobre aborto constituían cosa juzgada. Entre varias razones para establecer la procedencia de las demandas, la Corte Constitucional de Colombia señaló que “la cosa juzgada material no puede ser entendida como una petrificación de la jurisprudencia sino como un mecanismo que busca asegurar el respeto al precedente, pues lo contrario podría provocar inaceptables injusticias. Por lo tanto, cuando existan razones de peso que motiven un cambio jurisprudencial –tales como un nuevo contexto fáctico o normativo– la Corte Constitucional puede apartarse de los argumentos esgrimidos en decisiones previas, e incluso también puede llegar a la misma decisión adoptada en el fallo anterior pero por razones adicionales o heterogéneas”, Sentencia C-355/06, fundamento 4.

En América Latina, la Suprema Corte de Justicia de México también ha resuelto una demanda de inconstitucionalidad en materia de aborto, promovida por una minoría parlamentaria de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Se trata de la sentencia de 29 y 30 de enero de 2002, mediante la cual la referida Suprema Corte reconoció la validez del artículo 334º, fracción III del antiguo Código Penal del Distrito Federal, y se desestimó la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales del mismo lugar. La primera de las normas mencionadas establecía que no se aplicaría sanción cuando a juicio de dos médicos especialistas existiera razón suficiente para diagnosticar que el producto presentaba alteraciones genéticas o congénitas que pudieran dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que pudieran poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre

- a) Exequible (constitucional) el artículo 32° numeral 7) de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia;
- b) Exequible el artículo 122° de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que “no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”;
- c) Inexequible la expresión “... o en mujer menor de catorce años...” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.
- d) Inexequible el artículo 124° de la Ley 599 de 2000.

Los fundamentos de la decisión de la Corte Constitucional pueden ser divididos principalmente en tres partes⁸⁸:

que se tuviera el consentimiento de la mujer embarazada. La segunda de ellas, otorgaba al Ministerio Público la facultad de autorizar, en el término de veinticuatro horas, la interrupción del embarazo en caso de violación sexual o de inseminación artificial no consentida. Sobre esta sentencia véase Aguinaco Alemán, Vicente y otros, *La Suprema Corte de Justicia y el derecho a la vida. Sentencia sobre el aborto*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, D.F., 2003. El 26 de abril de 2007 se publicó en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal la modificación de cuatro artículos del Código Penal, uno de los cuales establece que aborto es la interrupción del embarazo después de la décimo segunda semana de gestación. Es probable que esta modificación dé lugar a una nueva demanda de inconstitucionalidad.

88 La Sentencia C-355/06 tiene más de seiscientas páginas. Las consideraciones y fundamentos de la misma se desarrollan en más de noventa páginas. Por ello, en este artículo se sintetizan los fundamentos de la decisión, no incluyendo, por ejemplo, la regulación del aborto en el derecho comparado, contenida en el fundamento 9 de la Sentencia C-355/06.

1. El análisis de la vida como derecho fundamental y como bien constitucionalmente relevante, los tratados internacionales que hacen bloque de constitucionalidad, y los derechos de las mujeres en la Constitución y en los tratados internacionales.
2. Los límites a la potestad sancionadora del Estado, de manera especial los relacionados con los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, el bloque de constitucionalidad, la razonabilidad y la proporcionalidad.
3. El control de constitucionalidad sobre las disposiciones demandadas, ponderando los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida.

1. El análisis de la vida como derecho fundamental y como bien constitucionalmente relevante, los tratados internacionales que hacen bloque de constitucionalidad, y los derechos de las mujeres en la Constitución y en los tratados internacionales

La vida como derecho fundamental y como bien constitucionalmente relevante

La Corte Constitucional afirmó que la vida debía ser protegida y, por tanto, el Poder Legislativo debía adoptar todas las medidas requeridas para lograr tal protección. Sin embargo, ello no significaba que estuvieran justificadas todas las que dictara con esa finalidad, pues a pesar de su relevancia constitucional la vida no era un valor o derecho de carácter absoluto, sino que debía ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales⁸⁹. Adicionalmente, la referida Corte señaló que había que “establecer una distinción entre la vida como bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental (...) El derecho a la vida supone la titularidad

⁸⁹ Ibid, fundamento 5.

para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición”⁹⁰.

La Corte Constitucional sostuvo que le correspondía al legislador, dentro de los límites fijados en la Constitución, determinar en cada caso específico, la extensión, el tipo y la modalidad de la protección a la vida del que está por nacer⁹¹. No obstante, recordó que el recurso a la penalización de conductas debía operar como última *ratio*, cuando las demás medidas no resultaran efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico⁹².

Los tratados internacionales que hacen bloque de constitucionalidad

La sentencia C-355/06 es interesante pues en ella se analiza la compatibilidad del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, la *Convención americana sobre derechos humanos* y la *Convención sobre los derechos del niño* con las normas despenalizadoras en materia de aborto. La Corte Constitucional, citando la sentencia C-191-1998, recordó que, *strictu sensu*, el bloque de constitucionalidad se encontraba conformado por los principios y normas constitucionales así como por los tratados internacionales que consagran derechos humanos⁹³.

⁹⁰ Ibid., fundamento 5.

⁹¹ Ibid., fundamento 5.

⁹² Es interesante destacar que la Corte Constitucional señaló que “que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión”.

⁹³ La Corte Constitucional estableció lo siguiente en la Sentencia C-191-98: “(...) Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del

Respecto de la *Convención sobre los derechos del niño*, la Corte Constitucional de Colombia afirmó que de los trabajos preparatorios de la referida *Convención* se desprendía que se había dejado a los Estados Parte la facultad de adoptar la definición de “niño”, que se extendía al concepto de vida protegido por la Constitución⁹⁴.

En relación al artículo 4.1. de la *Convención sobre los derechos humanos*, la referida Corporación sostuvo que dicho artículo podía interpretarse de dos maneras:

- a) Que el *nasciturus*, a partir de la concepción era una persona, titular del derecho a la vida, en cuyo favor había que adoptarse, en general, medidas de carácter legislativo;
- b) Que a partir de la concepción debían adoptarse medidas legislativas que protegieran “en general” la vida en gestación.

No obstante, según la Corte Constitucional, ninguna de las posibilidades interpretativas de esa norma, permitía afirmar que el derecho a la vida o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado fuera absoluto. Por el contrario, al carecer los derechos reconocidos en la citada *Convención*

concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93) (...). Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias”, fundamento 5.

⁹⁴ Ibid., fundamento 6.

de un carácter absoluto, era preciso realizar una ponderación cuando surgieran colisiones entre ellos⁹⁵.

La Corte Constitucional, citando la Sentencia C-28-2006, que a su vez se refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Europea de Derechos Humanos, afirmó que “los tratados internacionales son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”⁹⁶, así como que era necesario interpretar armónica y sistemáticamente los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad y la Constitución.

Los derechos fundamentales de la mujer en Colombia

Según la Corte Constitucional, la Constitución de 1991 era clara al reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres, siendo hoy en día la mujer un sujeto constitucional de especial protección.

La citada Corte admitió que había situaciones que afectaban sobre todo y de manera diferente a las mujeres, en particular aquellas referidas a su cuerpo, su sexualidad y reproducción⁹⁷.

La sentencia C-355/06 también hizo referencia a los derechos de las mujeres reconocidos en la *Declaración universal de derechos humanos*, el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, el *Pacto internacional de*

⁹⁵ Ibid., fundamento 6. Sobre el artículo 4.1 de la *Convención americana sobre derechos humanos*, véase la Resolución N° 23/81, de 6 de marzo de 1981, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso 2141 Baby Boy). En aquella oportunidad la CIDH afirmó que, sobre la base de los antecedentes legislativos de la *Declaración americana de derechos y deberes del hombre* así como de la *Convención americana sobre derechos humanos*, no era posible interpretar que tales instrumentos conferían un derecho absoluto a la vida desde la concepción.

⁹⁶ Sentencia 355/06, fundamento 6.

⁹⁷ Ibid., fundamento 7.

derechos económicos, sociales y culturales, la *Convención americana sobre derechos humanos*, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW), la *Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará”*, así como en el Estatuto de Roma.

Igualmente, la Corte Constitucional citó la Declaración y Programa de Acción de Viena, que señala que “[l]os derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales”⁹⁸ así como el concepto de derechos reproductivos contenido en el Programa de Acción de El Cairo de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo.

En atención a ello, la Corte Constitucional afirmó que los diferentes tratados internacionales eran la base para el reconocimiento de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales partían de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia así como el derecho a la educación⁹⁹.

La Sentencia C-355/06 citó, adicionalmente, la Recomendación General 24 del Comité CEDAW, que señala que “[e]l acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones”¹⁰⁰. También afirmó la Corte Constitucional que el derecho a la intimidad se violaba cuando el Estado o los particulares interferían con el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. Dicho derecho –añadió la Corte Constitucional–

⁹⁸ Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), párrafo 18.

⁹⁹ Sentencia C-355/06, fundamento 7.

¹⁰⁰ Recomendación General 24, op. cit., párrafo 14.

“cobija el derecho a que el médico respete la confidencialidad de su paciente, y por lo tanto, no se respetaría tal derecho, cuando se le obliga legalmente a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto”¹⁰¹.

La Corte Constitucional concluyó que “los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos”¹⁰².

Como de las normas internacionales no se derivaba un mandato para despenalizar el aborto ni una prohibición para aprobar normas sancionatorias, la Corte Constitucional afirmó que el Congreso tenía, por lo tanto, una amplia potestad de configuración de la ley penal, potestad que no era ilimitada.

2. Los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal: dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y salud

La Corte Constitucional reiteró que el legislador no contaba con una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos, por cuanto encontraba claros límites en los principios y valores constitucionales así como en los derechos constitucionales de las personas¹⁰³, como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la salud.

Dignidad humana

La Corte Constitucional afirmó que la dignidad humana protegía: “i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan de vida y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), ii) ciertas condiciones materiales concretas

¹⁰¹ Sentencia C-355/06, fundamento 7.

¹⁰² Ibid., fundamento 7.

¹⁰³ Ibid., fundamento 8.

de existencia (vivir bien) y iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física y moral (vivir sin humillaciones)”¹⁰⁴.

En atención a lo expuesto, la Corte Constitucional sostuvo que la dignidad humana aseguraba una esfera de autonomía y de integridad moral que debía ser respetada por los poderes públicos y por los particulares. “Respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados”¹⁰⁵. La Corte Constitucional añadió que el legislador al adoptar normas de carácter penal no podía “desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”¹⁰⁶.

Libre desarrollo de la personalidad

Para la Corte Constitucional se trataba del derecho a la libertad general de actuación, que comprendía no sólo los específicos derechos de libertad consagrados en la Constitución sino también el ámbito de autonomía individual no protegido por ninguno de estos derechos¹⁰⁷. Constitúan dimensiones de este derecho, la libertad de las personas de escoger su estado

¹⁰⁴ Ibid, fundamento 8.1.

¹⁰⁵ Ibid., fundamento 8.1.

¹⁰⁶ Ibid., fundamento 8.1.

¹⁰⁷ Ibid., fundamento 8.2. El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el derecho al libre desarrollo ampara las facultades o potestades consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales,

civil, decidir entre contraer matrimonio, vivir en unión libre o permanecer en soltería, el derecho a ser madre, la preferencia sexual, la asunción de una determinada identidad sexual, el derecho a seguir un tratamiento médico o a rehusarlo, entre otros.

La Corte Constitucional afirmó que en jurisprudencia reiterada había establecido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad era un límite claro a la potestad de configuración del legislador en materia sancionatoria, y que había señalado en diversas decisiones que el legislador “sin importar la relevancia de los bienes constitucionales que pretenda proteger, no puede establecer medidas perfeccionistas que supongan una restricción desproporcionada del derecho al libre desarrollo de la personalidad”¹⁰⁸.

Salud, vida e integridad de las personas

La Corte Constitucional sostuvo que la salud era un bien constitucionalmente protegido, un derecho constitucional con múltiples contenidos y un servicio público a cargo del Estado. Según la mencionada corporación, el derecho a la salud se catalogaba como fundamental cuando se encontraba en relación de conexidad con el derecho a la vida, es decir cuando su protección era necesaria para garantizar la continuidad de la existencia de la persona en condiciones de dignidad¹⁰⁹.

véase la Sentencia de 24 de noviembre de 2004, fundamento 5, recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC.

¹⁰⁸ Ibid., fundamento 8.2. En la Sentencia C-309-97 la Corte Constitucional afirmó que el llamado “perfeccionismo” considera que es deber del ordenamiento jurídico utilizar instrumentos coactivos para imponer a las personas determinados modelos de virtud o de excelencia humana. Según la Corte Constitucional, en Colombia las medidas perfeccionistas estaban excluidas porque no era admisible que en un Estado que reconocía la autonomía de las personas y el pluralismo en todos los campos, las autoridades impusieran con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana, véase Sentencia C-309-97, fundamento 7. En igual sentido véase la Sentencia C-040-06, fundamento 2.

¹⁰⁹ Sentencia C-355/06, fundamento 8.3.

El derecho a la salud incluía tanto la salud física como la mental, y en el caso de las mujeres se extendía a la salud reproductiva, íntimamente ligada a la ocurrencia del aborto espontáneo o provocado, casos en los cuales, por múltiples circunstancias, podía estar en peligro la vida de la madre o ser necesario un tratamiento para recuperar su función reproductiva¹¹⁰.

Por otro lado, la Corte Constitucional afirmó que el derecho a la salud, además de su contenido prestacional, tenía el carácter de un derecho de defensa frente a injerencias estatales o de terceros que lo amenazaran o vulneraran y, que *prima facie*, no resultaba proporcionado ni razonable que el Estado colombiano impusiera “a una persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros, aun cuando éstos últimos sean constitucionalmente relevantes”¹¹¹.

Para la Corte Constitucional, el derecho a la salud tenía una esfera en la que se conectaba estrechamente con la autonomía personal y con el libre desarrollo de la personalidad. Esa esfera estaba constituida por la potestad de tomar decisiones sobre la propia salud, lo que incluía el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afectaran la salud sexual y reproductiva¹¹².

En opinión de la Corte Constitucional, la salud como bien de relevancia constitucional, y como derecho fundamental, constituía un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluía la adopción de medidas que menoscabaran la salud de las personas aún fuera en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional¹¹³.

¹¹⁰ Ibid., fundamento 8.3.

¹¹¹ Ibid., fundamento 8.3.

¹¹² Ibid., fundamento 8.3.

¹¹³ Ibid., fundamento 8.3.

El bloque de constitucionalidad como límite a la libertad de configuración en materia penal

El análisis del bloque de constitucionalidad como límite a la libertad de configuración en materia penal resultaba muy importante en este caso pues gran parte de los argumentos presentados en una de las demandas se centraba en que las normas cuestionadas vulneraban disposiciones de los tratados de derechos humanos así como recomendaciones del Comité de Derechos Humanos, del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer así como del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En efecto, los mencionados comités de Naciones Unidas habían recomendado la revisión de la legislación penal colombiana que prohibía el aborto de manera absoluta, por considerarla contraria al *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, a la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y al *Pacto de derechos económicos, sociales y culturales*. Para los demandantes tanto los tratados como las recomendaciones de tales comités formaban parte del bloque de constitucionalidad.

Al respecto, la Corte Constitucional señaló que las recomendaciones y observaciones proferidas por los Comités de Naciones Unidas no se incorporaban de manera automática al bloque de constitucionalidad para constituir un parámetro para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, la Corte Constitucional afirmó que la forma como dichos tratados habían sido interpretados por los organismos encargados de establecer su alcance resultaba relevante al momento de precisar su alcance.

La Corte Constitucional sostuvo que distintas disposiciones del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* y de la *Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer*, en tanto bloque de constitucionalidad, cobraban una especial relevancia para

examinar la constitucionalidad de la prohibición total del aborto¹¹⁴.

La proporcionalidad y la razonabilidad como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal

La Corte Constitucional señaló que el principio de proporcionalidad actuaba como límite en dos direcciones. En primer lugar, la norma penal no podía suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego y, en ese sentido, no podía ser una medida perfeccionista por medio de la cual se pretendiera imponer un determinado modelo de conducta, ni podía “suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección”¹¹⁵.

En segundo lugar, el principio de proporcionalidad operaba al interior del tipo penal, pues debido al carácter de última *ratio* del derecho penal, la sanción penal, como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana, debía ser estrictamente necesaria y reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso, proporcionada a la naturaleza del hecho punible¹¹⁶.

¹¹⁴ Ibid., fundamento 8.4.

¹¹⁵ Ibid., fundamento 8.5.

¹¹⁶ Ibid., fundamento 8.5.

3. El control de constitucionalidad sobre las disposiciones demandadas, ponderando los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida

La inconstitucionalidad de la prohibición total del aborto

La Corte Constitucional sostuvo que la decisión en el caso del aborto era extremo compleja pues, de un lado, se encontraban diversos derechos y principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, la integridad y la vida; y, de otro, la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional que debía ser protegido por el legislador.

Para la Corte Constitucional la penalización del aborto en todas las circunstancias implicaba “la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”¹¹⁷. La Corte Constitucional sostuvo que ninguno de los valores, principios y derechos constitucionales tenía carácter absoluto ni preeminencia incondicional frente a los restantes, y que este rasgo era uno de los fundamentos del principio de proporcionalidad como instrumento para resolver las colisiones entre normas con estructura de principios.

La mencionada corporación afirmó que la penalización absoluta del aborto suponía desconocer la dignidad de la mujer “y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección”¹¹⁸.

Si bien al legislador le correspondía determinar los supuestos en los cuales resultaba excesivo exigir a la mujer

¹¹⁷ Ibid., fundamento 10.1.

¹¹⁸ Ibid., fundamento 10.1.

continuar con la gestación, si no lo hacía, en opinión de la Corte Constitucional, correspondía al juez constitucional impedir afectaciones claramente desproporcionadas de los derechos fundamentales de la mujer, “sin que ello signifique que el legislador carezca de competencia para ocuparse del tema dentro del respeto a los límites constitucionales”¹¹⁹. En atención a lo expuesto, la Corte Constitucional analizó tres supuestos de despenalización del aborto.

A juicio de la Corte Constitucional, cuando el embarazo era resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas, debía considerarse que su interrupción no era constitutiva de delito de aborto. Ello por cuanto la prevalencia absoluta de la protección de la vida del *nasciturus* suponía un desconocimiento total de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante. En estos casos, dar prelación absoluta a la vida constituía una intromisión estatal en tales derechos manifiestamente desproporcionada e irrazonable. Por ello, la Corte Constitucional afirmó que la dignidad de la mujer excluía que pudiera considerársele como un mero receptáculo, y por tanto su consentimiento cobraba especial relevancia en un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida. La Corte Constitucional incluyó el incesto dentro de este tipo de aborto.

La Corte Constitucional estableció que cuando el aborto era resultado de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto, era preciso que el hecho punible hubiere sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes. La Corte Constitucional afirmó que el legislador podía efectuar regulaciones siempre y cuando no impidiera que el aborto se pudiera realizar o estableciera cargas desproporcionadas sobre los derechos de las mujeres (como exigir, en el caso de violación, evidencia forense de penetración

¹¹⁹ Ibid., fundamento 10.1.

sexual o pruebas que avalaran que la relación sexual había sido involuntaria o abusiva, requerir que la violación sexual fuera confirmada a satisfacción del juez, pedir que el oficial de policía estuviera convencido de que la mujer había sido víctima de violación sexual o exigir el permiso, autorización o notificación del marido o de los padres).

El segundo supuesto en el que, a juicio de la Corte Constitucional, resultaba a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación, era aquel en el que estaba amenazada la salud y la vida de la mujer gestante.

La Corte Constitucional sostuvo que en reiteradas oportunidades había señalado que el Estado no podía “obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general”¹²⁰. Para la Corte Constitucional una obligación de este tipo era inexigible, máxime si toda persona tenía el deber de adoptar medidas para el cuidado de su salud, en atención a lo dispuesto en el artículo 49° de la Constitución¹²¹. En opinión de la mencionada corporación, la salud incluía la salud física y la salud mental.

En atención a la interpretación que los organismos internacionales habían hecho de disposiciones como el artículo 6° del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, el artículo 12.1 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y el artículo 12° del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, la Corte Constitucional sostuvo que la prohibición del aborto, cuando estuviera en riesgo la salud o la vida de la madre, podía constituir una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas de derecho internacional.

¹²⁰ *Ibid.*, fundamento 10.1.

¹²¹ Artículo 49. (...) Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Igualmente, tratándose del aborto por razones terapéuticas, la Corte Constitucional afirmó que si bien el artículo 32° inciso 7) admitía que se invocara el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal, su regulación actual no resolvía la tensión constitucional existente, por dos razones. La primera, porque partía del supuesto de que el legislador podía regular el aborto terapéutico como delito, lo que no era constitucionalmente admisible. La segunda, porque el artículo 32° inciso 7) exigía ciertos requisitos para demostrar el estado de necesidad (tratarse de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no hubiera causado intencionalmente o por imprudencia y que no tuviera el deber jurídico de afrontar), requisitos que no permitían “comprender claramente, y sin imponer una carga excesiva a la mujer, la situación de peligro para la vida o la salud de una madre gestante”¹²².

El tercer supuesto era la existencia de graves malformaciones del feto, certificadas médicamente. Según la Corte Constitucional, en estos casos, el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* perdía peso, precisamente porque se estaba ante una vida inviable, y debían prevalecer los derechos de la mujer. Para la citada corporación, la penalización de la madre en ese supuesto “entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la madre debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable”¹²³. Además, significaba someterla, de acuerdo con la observación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, a tratos crueles, inhumanos y degradantes, que afectaban su intangibilidad moral, esto es, su dignidad humana.

La Corte Constitucional estableció que tanto en el caso de aborto cuando la continuación del embarazo constituía un

¹²² Ibid., fundamento 10.1.

¹²³ Ibid., fundamento 10.1.

peligro para la vida o salud de la mujer y cuando se presentara una grave malformación del feto que hiciera inviable su vida, debía requerirse la certificación de un profesional de la medicina.

Además de establecer los tres supuestos en los que el aborto debía despenalizarse, la Corte Constitucional se ocupó de la objeción de conciencia y volvió a insistir en el tipo de regulaciones que podían expedirse para hacer efectivo el goce de los derechos de las mujeres.

En cuanto a la objeción de conciencia, la Corte Constitucional señaló que no era un derecho cuya titularidad correspondía a las personas jurídicas o al Estado, sino sólo a las personas. Por ello, los hospitales, clínicas o centros de salud no podían presentar objeción de conciencia a la práctica del aborto en los supuestos a los que se refería la sentencia. Por lo tanto, en caso de alegarse objeción de conciencia por un médico, referida ésta a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, debía remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que pudiera practicar el aborto.

La Corte Constitucional aclaró que si bien no se precisaba de una reglamentación de las tres hipótesis mencionadas para una inmediata aplicación de la sentencia, ello no impedía que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social adoptaran las decisiones dirigidas a garantizar el goce efectivo de los derechos constitucionales de las mujeres, en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social. Sin embargo, reiteró que en estos casos el legislador no podía establecer requisitos que implicaran cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer o barreras que impidieran la práctica del aborto.

En consecuencia, la Corte Constitucional señaló que, en virtud del principio de conservación del derecho, resultaba necesario proferir una sentencia de exequibilidad condicionada, respecto del artículo 122° del Código Penal, mediante la cual

se considerara que no se incurría en delito de aborto en las tres hipótesis mencionadas¹²⁴.

La inexecutableidad de la expresión “o en mujer menor de catorce años”, contenida en el artículo 123° y del artículo 124° del Código Penal

Citando su propia jurisprudencia, la Corte Constitucional afirmó que había reconocido en los menores de edad la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad de consentir tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo, aun en el caso de que tuvieran un carácter altamente invasivo. Por ello, descartó que criterios de carácter objetivo como la edad, fueran los únicos determinantes para establecer el alcance del consentimiento formulado libremente por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo.¹²⁵

En consecuencia, señaló que el artículo 123° del Código Penal resultaba inconstitucional porque anulaba totalmente el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la dignidad de los menores.

Por otro lado, como todas las hipótesis de atenuación punitiva contenidas en el artículo 124° eran no constitutivas del delito de aborto, la Corte Constitucional señaló que

¹²⁴Ibid., fundamento 10.1.

¹²⁵Fundamento 10.2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad, por ejemplo en las sentencias SU 642 de 1998 (Fundamentos, Derecho al libre desarrollo de la personalidad, 3-7) y SU 337 de 1999 (II. Fundamentos jurídicos, Los tratamientos médicos a menores e incapaces y los problemas jurídicos del “consentimiento sustituto” o por otros, 23). En esta última sentencia la Corte Constitucional confirmó la sentencia del juez de tutela quien negó la demanda promovida por la madre de una menor impúber. La madre, como titular de la patria potestad de la menor, deseaba autorizar una cirugía que incidía en su identidad sexual. La referida corte señaló que correspondía a la menor tomar la decisión sobre su propia identidad sexual, estableciendo las condiciones para ello.

dicho artículo debía retirarse del ordenamiento por consecuencia¹²⁶.

La constitucionalidad del numeral 7) del artículo 32º del Código Penal

La Corte Constitucional sostuvo, en relación al citado artículo, que se trataba de una causal genérica de ausencia de responsabilidad, aplicable a todos los delitos, y por tanto no podía resultar afectada de inconstitucionalidad¹²⁷.

Consideraciones finales

Finalmente, la Corte Constitucional estableció que:

- a) El legislador, de acuerdo con su potestad de configuración legislativa, podía regular otros casos en los que tampoco se incurría en delito de aborto, atendiendo a las circunstancias en las que éste fuera practicado, “así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública”¹²⁸;
- b) La decisión de la Corte Constitucional no implicaba una obligación de abortar, pues, por el contrario, si la mujer se encontraba en alguna de las causales de excepción podía decidir continuar con su embarazo, y esa determinación tenía amplio respaldo constitucional.

Además, reiteró que:

- a) Las decisiones adoptadas en la sentencia tenían vigencia inmediata y el goce de los derechos por ella protegidos no requerían de desarrollo legal o reglamentario alguno;

¹²⁶Sentencia 355/06., fundamento 10.3.

¹²⁷Ibid., fundamento 10.4.

¹²⁸Ibid., fundamento 11.

- b) Si lo consideraban conveniente, los órganos competentes podían expedir normas para fijar políticas públicas acordes con la presente decisión.

1.3 Costa Rica

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 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 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:

[e]xaminará 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)”.

1.4 Perú

1.4.1 Proceso de cumplimiento sobre la distribución de la anticoncepción oral de emergencia: Sentencia de 13 de noviembre de 2006 (Expediente N° 7435-2006-PC/TC) del Tribunal Constitucional

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 reglamento¹²⁹.

¹²⁹ Artículo 66° de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 31 de mayo de 2004.

En el 2002, Susana Chávez junto a 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 gratuitamente anticoncepción oral de emergencia, previa información a las usuarias.

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

Asimismo, señalaron que las mujeres con recursos económicos 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 gratuitamente el anticonceptivo en los servicios estatales de planificación familiar. Ello configuraba una situación discriminatoria para las mujeres más pobres.

El Ministerio de Salud contestó la demanda sosteniendo, principalmente, 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. Por ello, el Ministerio de Salud afirmó que antes de propender a su utilización había solicitado información técnica adecuada puesto que el producto requería de un alto nivel de información para ser utilizado en forma segura. En consecuencia, para el Ministerio de Salud no existía incumplimiento o inercia de su parte, sino más bien cautela y mesura en su implementación.

La demanda fue declarada fundada por la Jueza del Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, que ordenó que el Ministerio de Salud “cumpla con lo establecido en la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, Normas de Planificación Familiar, y garantice la provisión e información de la anticoncepción oral de emergencia (AOE) incorporada por la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, en todos los establecimientos de salud a su cargo”. 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 las mujeres con determinados recursos podían adquirirla en cualquier farmacia del país.

La sentencia fue apelada por la Procuradora del Ministerio de Salud. La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima resolvió la apelación planteada declarando la sustracción de la materia y, sin pronunciarse sobre el fondo, dispuso el archivamiento de la causa. La mencionada Sala estimó que mediante la Resolución Ministerial N° 536-2005-MINSA, de 18 de julio de 2005, se había dejado sin efecto la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, al haberse aprobado la Norma Técnica de Planificación Familiar (NT N° 032-MINSA/DGSP-V01). En consecuencia, concluyó la Tercera Sala Civil, que no existía un mandato vigente para distribuir AOE, requisito indispensable para que la demanda de cumplimiento fuera amparada.

Las demandantes presentaron un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional. Mediante sentencia de 13 de noviembre de 2006, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de cumplimiento presentada por Susana Chávez y otras mujeres para exigir al Ministerio de Salud que distribuyera gratuitamente anticoncepción oral de emergencia. Afirmó que, en atención a lo dispuesto por la Resolución Ministerial N° 536-2005-MINSA, desde el punto de vista material o sustancial, el mandato de distribuir gratuitamente AOE seguía vigente

porque la nueva norma mantenía el mandato establecido en la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM.

Antes de emitir sentencia, el mencionado tribunal recibió informes de *amicus curiae* de importantes organizaciones e instituciones como la Organización Mundial de la Salud, el Fondo de Población de Naciones Unidas, el Colegio Médico del Perú, la Defensoría del Pueblo y la Sociedad Peruana de Ginecología y Obstetricia. Todos estos informes coincidían en un punto: la AOE actúa antes de la fecundación y no es abortiva.

Antes de resolver, el Tribunal Constitucional también pidió opinión sobre el tema a la Iglesia Católica, a la Iglesia de Jesucristo de los Últimos Días y a la Asociación de los Testigos de Jehová. No obstante, mientras la sentencia del Tribunal Constitucional hace referencia a las fechas de las cartas de respuesta de estas dos últimas iglesias, no hay ninguna referencia a que la Iglesia Católica haya mandado una carta de respuesta al pedido del Tribunal Constitucional. Quizá por ello el citado tribunal simplemente consiga pasajes de la Encíclica *Evangelium vitae*, del Papa Juan Pablo II, del 25 de marzo de 1995. En cambio, de la lectura de la sentencia se aprecia claramente que la Iglesia de Jesucristo de los Últimos Días en respuesta al pedido del Tribunal Constitucional señaló que sus autoridades eclesiásticas habían aconsejado a sus miembros que “sólo bajo inusuales y extenuantes circunstancias el uso de este método anticonceptivo puede ser justificado”¹³⁰, circunstancias como la violación o el incesto. Por su parte, la Asociación de los Testigos de Jehová contestó que como organización, “no participa en campañas de promoción u oposición a iniciativas legislativas. La Biblia señala que cada uno llevará su propia carga de responsabilidad (Gálatas 6:5). En consecuencia, creemos que cada cristiano debe resolver incluso preguntas privadas y personales evaluando cuidadosamente el mecanismo

¹³⁰ Sentencia de 13 de noviembre de 2006, Expediente N° 7435-2006-PC/TC, Antecedentes, h.4) Posiciones institucionales de las Iglesias.

de un AOE a la luz del respeto que muestra la Biblia por la santidad de la vida”¹³¹.

Teniendo en cuenta los diversos informes de *amicus curiae* así como las opiniones de las instituciones involucradas, el Tribunal Constitucional señaló que se había determinado que los efectos de la AOE son anticonceptivos. Además, el Tribunal Constitucional sostuvo que las demandantes habían probado que el Ministerio de Salud “no cumple el mandato de poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos”¹³². Por ello, declaró fundada la demanda de cumplimiento, indicando que el Ministerio de Salud debía cumplir con las normas que lo obligaban a poner la información sobre AOE al alcance de los ciudadanos y a distribuir dicho anticonceptivo gratuitamente.

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 y de inconstitucionalidad– amplia protección a los derechos sexuales.

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.

¹³¹ Ibid., Antecedentes, h. 4) Posiciones institucionales de las Iglesias.

¹³² Ibid., Fundamento 3, Análisis del caso concreto.

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 Ernelda 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.

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^o¹³³ y 28^o¹³⁴ de la Constitución de Costa Rica señaló que si bien el juez limita al condenado en

¹³³ Artículo 20. Todo hombre es libre en la República; no puede ser esclavo el que se halle bajo la protección de sus leyes.

¹³⁴ 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.

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 civil¹³⁵. Declaró que había lugar a la demanda en relación a la citada exigencia, ordenando resolver la solicitud de visita conyugal dentro del tercer día.

2.1.3. 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 de la Fuente Young, ambas contra la administración penitenciaria. Los citados procesos fueron acumulados.

¹³⁵ 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.

Víctor Errol de la Fuente Young, 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 de la Fuente Young 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 de la Fuente Young, 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.

2.2 Colombia¹³⁶

2.2.1 Proceso de inconstitucionalidad presentado 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 septiembre de 1998

El ciudadano Germán Humberto Rincón Perfetti presentó una demanda de inconstitucionalidad 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”¹³⁷.

¹³⁶ Recientemente la Corte Constitucional de Colombia ha expedido la Sentencia C-075/07, mediante la cual declaró la exequibilidad (constitucionalidad) de la Ley 54 de 1990, sobre la unión marital de hecho y el régimen patrimonial de los compañeros permanentes, modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido de que también se aplica a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, no se hace referencia a ella pues al culminar este trabajo la Corte Constitucional aún no había hecho público el texto completo de la mencionada sentencia.

¹³⁷ Sentencia C-481-98, VII. Audiencia y conceptos solicitados por la Corte, 7.17. Escrito de un ciudadano a nombre de numerosos padres de familia.

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 existía un nexo profundo entre el reconocimiento del pluralismo (CP Art. 7º) y el libre desarrollo de la personalidad (CP Art. 16º), “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”¹³⁸.

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 estaba 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 sexual¹³⁹.

¹³⁸ Ibid., VIII. Fundamento jurídico 20.

¹³⁹ Ibid., VIII. Fundamento jurídico 17.

De igual modo, citando jurisprudencia previa la Corte afirmó que para que un trato diferente satisfaga los estándares de un escrutinio estricto era 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 diferenciación¹⁴⁰.

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, concluyó que no existía evidencia empírica para afirmar que un homosexual era 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 realizó 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

¹⁴⁰ Ibid., VIII. Fundamento jurídico 27.

idea de que la homosexualidad de un docente implicaba el riesgo de que el alumno deviniera en homosexual, lo que era perjudicial y debía ser evitado. Al respecto, la Corte señaló que dado que la homosexualidad gozaba de una protección constitucional especial, no podía admitirse como deber del Estado “evitar a toda costa que un menor pueda desarrollar una orientación homosexual”¹⁴¹, no estando ni siquiera claro “que la persecución de homosexuales persiga una finalidad constitucionalmente imperiosa”¹⁴².

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”¹⁴³. Para reforzar el argumento de la Corte, en el sentido de que la formación de la orientación sexual de una persona era un proceso muy complejo, en el cual incidían condicionamientos biológicos, factores ambientales y decisiones personales, en la sentencia se citaron estudios que demostraban que la gran mayoría de hijos e hijas de padres homosexuales se convertían en adultos heterosexuales.

2.2.2 Tutela presentada ante la negativa de la visita íntima a 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

¹⁴¹ Ibid., VIII. Fundamento jurídico 31.

¹⁴² Ibid., VIII. Fundamento jurídico 31.

¹⁴³ Ibid., VIII. Fundamento jurídico 31.

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 homosexual¹⁴⁴.

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.

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

¹⁴⁴El 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.

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 septiembre 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 septiembre 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 que¹⁴⁵:

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

¹⁴⁵ Véase la Sentencia T-269 de 2002.

afianzar en la intimidad 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, 15º¹⁴⁶ y 16º¹⁴⁷ 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.

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 recluido 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

¹⁴⁶ 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 (...).

¹⁴⁷ 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.

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 Badea 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 15° de la Constitución.

El 30 de diciembre de 2002, la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Reclusión de Mujeres Pereira solicitó a 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 señaló que, en ejercicio de la función de inspección y vigilancia de las cárceles (artículo 3º 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.

2.3 México

2.3.1 Modificación de la tesis de jurisprudencia 1a./J. 10/94 en virtud de la cual la relación sexual impuesta por uno de los cónyuges al otro de manera violenta no configuraba delito de violación: Sentencia de 16 de noviembre de 2005

De conformidad con lo establecido en el artículo 197°, último párrafo, de la Ley de Amparo, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Penal del Segundo, Circuito solicitó la modificación de la mencionada tesis de jurisprudencia,

adoptada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de 28 de febrero de 1994, en virtud de la cual la imposición de la cópula de un cónyuge hacia el otro mediante violencia no configuraba el delito de violación sino el delito de ejercicio indebido de un derecho.

La tesis de jurisprudencia 1a./J 10/94

Dicha tesis textualmente establecía:

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE. El que uno de los cónyuges imponga al otro la cópula normal de manera violenta, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es suficiente para que se configure el delito de violación previsto en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, a pesar de la utilización de los medios típicos previstos para su integración; ya que si bien el cónyuge tiene derecho a la relación sexual con su pareja, no puede permitirse que lo obtenga violentamente; por lo que de observar tal conducta se adecuará a lo establecido en el artículo 226 del ordenamiento en cita, al ejercitar indebidamente su derecho. Se considera que cesa la obligación de cohabitar, aunque no esté decretada judicialmente, cuando se pretende imponer la cópula encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea, síndrome de inmuno deficiencia adquirida, o en presencia de otras personas; asimismo, si la mujer tiene algún padecimiento, como puede ser parálisis que le impida producirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos. Entendiéndose que las hipótesis mencionadas tienen carácter ejemplificativo, mas no limitativo¹⁴⁸.

La ejecutoria que dio lugar a la tesis jurisprudencial 1a./J. 10/94, se dictó para resolver la contradicción de tesis del

¹⁴⁸ Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 16 de noviembre de 2005, considerando quinto.

Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito que opinaba que sí podía darse la violación entre cónyuges, porque “el ejercicio del derecho a copular” no podía obtenerse mediante violencia, mientras que el Tercer Tribunal Colegiado de ese circuito, opinaba que aún presentándose los medios típicos no se configuraba el delito de violación, “sino uno diverso debiendo destacarse que el hecho que constituyó el objeto de su resolución ocurrió al estar decretada judicialmente la separación de cuerpos de los esposos”¹⁴⁹.

En aquella oportunidad la Suprema Corte de Justicia mexicana consideró, en primer lugar, que para resolver el caso debía tenerse en cuenta los fines que tenía la institución del matrimonio entre los que se encontraba la procreación de la especie, “por lo que es lógico deducir que los cónyuges deban prestarse a la relación sexual siempre y cuando ésta se lleve a cabo de manera normal, entendiéndose por ello que la cópula se limite a la introducción total o parcial del pene en el órgano sexual femenino; pues solamente tiene derecho a una relación sexual de esta naturaleza”¹⁵⁰. Sin embargo, si el cónyuge imponía la cópula normal de manera violenta, según la Primera Sala, no se configuraba el delito de violación, a pesar del empleo de los medios típicos, porque el cónyuge lo que hacía en tal supuesto era ejercitar indebidamente su derecho. Por lo tanto, su conducta se adecuaba al artículo 226° del Código Penal del Distrito Federal, en virtud del cual “[a]l que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida”¹⁵¹.

Como la contradicción de tesis que dio origen a la tesis 1a./J. 10/94 surgía de la aplicación del Código de Defensa del Estado de Puebla, que no preveía el tipo penal de ejercicio

¹⁴⁹ Ibid., considerando quinto.

¹⁵⁰ Ibid., considerando quinto.

¹⁵¹ Ibid., considerando quinto.

indebido de un derecho, la Suprema Corte de Justicia de México señaló que en las entidades federativas en las que no se encontrara tipificado ese delito, la imposición violenta de la cópula normal entre cónyuges sólo se podía sancionar por el ilícito que pudiera configurarse al ejecutarse la violencia física o moral para la obtención de la cópula, pero no como delito de violación sexual¹⁵².

En segundo lugar, la Suprema Corte de Justicia de México señaló que, en casos de excepción, sí se podía cometer el delito de violación entre cónyuges, habida cuenta de que si bien existía “el derecho de prestación carnal”, tal comportamiento debía de llevarse a cabo en condiciones que no afectaran la moral, la salud o alguna disposición legal expresa. En consecuencia, las excepciones establecidas fueron las siguientes:

- a) La imposición de cópula anormal de manera violenta, pues la realización de actos contra natura sí vulneraba el bien jurídico de libertad sexual protegido en el delito de violación sexual. En este supuesto se afectaba la moral y el derecho a la intimidad del cónyuge que se negaba al acto sexual;
- b) Tratándose de la “cópula normal” el cónyuge podía cometer el delito de violación sexual cuando:
 - i. La imposición de la cópula se realizara encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea o síndrome de inmunodeficiencia adquirida. En el caso de la ebriedad o drogadicción cesaba la obligación de cohabitar en la medida en que inspiraban un natural rechazo hacia la pareja que se encontraba en alguno de esos estados; además del peligro de engendrar un ser en tales momentos, no pudiéndosele exigir a ninguna persona que aceptara una relación en esas condiciones. En el supuesto del cónyuge que padecía de una enfermedad venérea o de inmunodeficiencia adquirida era legítima la oposición

¹⁵² Ibid., considerando quinto.

al coito por el riesgo para la salud del otro cónyuge así como para la de la probable descendencia;

- ii. Se pretendiera cometer el acto sexual en presencia de otras personas, en la medida en que por tratarse de un acto inmoral se justificaba la oposición a tal hecho. En consecuencia, se afectaba la moral y el derecho a la intimidad del cónyuge que se negaba a la cópula ilícita;
- iii. La mujer tuviera algún padecimiento, como parálisis, que la imposibilitara para tener relaciones sexuales porque se justificaba el rechazo a tales relaciones; o,
- iv. Estuviere decretada la separación legal de los esposos, pues cesaba la obligación de cohabitar, además de que no cumplir el mandato decretado por un juez constituía desacato¹⁵³.

La Suprema Corte de Justicia afirmó que estas hipótesis sólo tenían carácter ejemplificativo pero no limitativo, pues para concluir si se trataba de violación entre cónyuges debía examinarse la situación particular.

El caso que motivó la solicitud de modificación de la tesis de jurisprudencia 1a./J 10/94

Mediante un proceso de amparo, el ciudadano XX reclamó la sentencia definitiva expedida por la Primera Sala Colegiada Penal de Tlalnepantla del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, mediante la cual se le sancionó por los delitos de violación y lesiones calificadas, imponiéndosele las penas de diecisiete años, cuatro meses y catorce días de prisión así como trescientos seis días multa, resultante de sumar las penas que se le asignó por cada uno de los ilícitos. En la demanda de amparo, el recurrente cuestionó que, en aplicación de la tesis de jurisprudencia 1a./J 10/94 se le hubiera sancionado por violación sexual, pues ninguna ley preveía que cuando los

¹⁵³ Ibid., considerando sexto.

cónyuges vivieran separados por propia voluntad, que era la situación en la que él y su esposa se encontraban, cesaba el débito carnal. Asimismo, señaló que si bien las hipótesis de excepción contempladas en esa tesis de jurisprudencia eran ejemplificativas y no limitativas, los casos análogos debían ser de naturaleza grave y trascendental de tal manera que ameritaran el cese de la obligación de cohabitar.

XX y su esposa habían contraído matrimonio a escondidas de sus familiares y no hacían vida marital, aunque sí habían mantenían relaciones sexuales a lo largo de seis meses. El día de los hechos, XX tuvo relaciones sexuales con su esposa, de manera violenta y sin su consentimiento, produciéndole lesiones antes y después del acto sexual. Según el testimonio de la víctima, su cónyuge dijo e hizo lo siguiente:

‘(...) vamos a discutir esto y posiblemente nos arreglemos, vamos, si no te mato a ti y a tu madre’, (...) él me decía, que yo no tenía derecho a irme con mi mamá, me dijo que él me iba a enseñar a respetarlo, él me dio unas cachetadas, entonces yo le dije que por qué me pegaba y él me seguía ofendiendo, me decía groserías y me decía que era una hija de mi pinche madre, que ya estaba harto de mí y de mi madre...’, ‘... me dijo que antes me iba a cargar mi pinche madre y que no iba a ser lo que yo dijera, sino lo que él quisiera, fue ahí cuando sacó la navaja y me dio el primer piquete en el brazo izquierdo, yo sangrando, le dije que está bien, que no continuara picándome y me dijo que me callara...’, ‘... él me decía que yo lo había engañado, que siempre mentía, que yo a esa fiesta no me había ido con mi mamá...’, ‘... me estuvo reclamando que desde que íbamos en la prepa, que por qué no lo había buscado, que por qué él era el que me tenía que haber buscado, me reclamaba que yo le había mentido, que nunca lo había querido y él me decía que nunca les iba a decir a mis padres que yo estaba casada, que me iba a matar y que nunca lo iba a saber nadie, que jamás iba a permitir que lo dejara, porque me prefería ver muerta, yo traté de decirle que no lo iba a dejar, pero que no me fuera a hacer daño, le decía que

nos fuéramos a mi casa, que me estaba saliendo sangre del brazo que ya me había herido, él me decía que no importaba que lo iba a escuchar hasta que él terminara...’, ‘... me decía que esta vez iba a morir siendo de él, que nunca iba a permitir que nadie más estuviera conmigo...’, ‘... cuando empecé a gritar me empezó a enterrar la navaja en la espalda, me decía, que mi muerte iba a ser lenta, me decía que me iba a empezar a cortar la cabeza, me dio cuatro piquetes en el cuello, me dio seis piquetes en la espalda (...)’.

Además, consta en el texto del sentencia de 16 de noviembre de 2005, que cuando la víctima le pidió a XX que se fuera del hotel donde ocurrieron los hechos, e intentó salir del cuarto, le enterró la navaja en el costado derecho, diciéndole: ‘mía o de nadie’, provocándole la lesión que puso en peligro su vida, e incluso después de imponerle la cópula la siguió lastimando: “por tanto, el inculpado no lesionó a la pasivo sólo para vencer la resistencia que se hizo más patente desde el momento en que ésta le pidió, ya lesionada del brazo, que se retiraran del cuarto, y se levantó para salirse del cuarto, y después de mantener cerradas las piernas, pidiéndole que ya no la penetrara (‘... él me puso la navaja en el seno derecho y me estaba enterrando la navaja, me decía que las abriera o me iba a doler más, yo le suplicaba que no lo hiciera, que ya me había herido...’), no obstante que ya la había lesionado, lo que revela, se insiste, que le impuso la cópula con un ánimo de castigo y humillación”¹⁵⁴.

Los argumentos invocados por el Segundo Tribunal Colegiado en materia penal del Segundo Circuito para la modificación de la tesis de jurisprudencia 1a./J 10/94

Entre las razones que adujeron los magistrados del Segundo Tribunal Colegiado en materia penal del Segundo Circuito

¹⁵⁴Ibid., resultando primero. En la parte “resultandos” de la sentencia se analizan los antecedentes del caso.

para solicitar la modificación de la tesis de jurisprudencia 1a./ J 10/94, se encuentran las siguientes:

- a) A la fecha en la que se solicitó la modificación de la tesis de jurisprudencia, resultaba discutible que el “débito conyugal” fuera el criterio para determinar la inexistencia del delito de violación. Esta postura difícilmente podía “ser congruente con las crecientes demandas de un mayor reconocimiento a las necesidades de justicia e igualdad, destacando en este aspecto, el inhibir toda clase de discriminación por razones de género”.
- b) El análisis histórico, sistemático y teleológico del delito de “ejercicio indebido de un derecho” demostraba que su tipificación estaba vinculada a la figura de la propiedad y a los tradicionales atributos de ésta, entre ellos, el llamado *ius abutendi*, que históricamente se reconocía a favor del dueño de una casa. La tipificación del referido delito implicaba una necesaria limitación a ese derecho, cuando traspasaba el ámbito estrictamente civilista o común y se penetraba al ámbito del derecho penal. En consecuencia, aplicar la figura del “ejercicio indebido de un derecho” a la imposición de la cópula violenta entre cónyuges, presupondría “una concepción o criterio que, dada la peculiaridad de que una cópula normal sólo puede ser impuesta por el hombre a la mujer y no a la inversa, llevaría implícita la aceptación de un vínculo generador de un derecho semejante al de propiedad, en particular a uno de sus históricos atributos que es el de abusar de lo propio”¹⁵⁵. Además, esta concepción era desigual o discriminatoria por razón de género pues a pesar de que el “débito conyugal” se suponía igual para ambos cónyuges, la posibilidad de lograr “la cópula forzada no es equitativa a partir de la naturaleza misma del potencial ayuntamiento carnal necesario para la cópula entendida en sentido estricto”¹⁵⁶.

¹⁵⁵ *Ibid.*, considerando sexto.

¹⁵⁶ *Ibid.*, considerando sexto.

- c) Desde la perspectiva dogmático penal la libertad sexual, que participaba del carácter de derecho fundamental, era un bien jurídico digno de protección penal, siendo el delito de violación sexual, que atentaba contra dicho bien, considerado como un delito grave por su lesividad y trascendencia. Por tanto, cuando la conducta de un varón encuadraba dentro de la descripción típica del delito de violación, constatándose la afectación de la libertad sexual, no debía admitirse distinción alguna, menos por razón de género.
- d) Si bien la legislación y la doctrina consideraban a la procreación como uno de los fines del matrimonio, de allí no se seguía que desapareciera la libertad de rechazar en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia la relación sexual con el cónyuge, sin perjuicio de que si esa negativa era injustificada se la podía invocar como causal de divorcio.
- e) Si se consideraba que cuando subsistía el “débito carnal” surgía el derecho del varón de tener cópula con su mujer aun en contra de su voluntad, y que si utilizaba la violencia física para tal efecto su conducta se adecuaba al tipo penal de “ejercicio indebido de un derecho”, se tendría que aceptar que el marido, de no ejercer indebidamente ese derecho, podía acudir al Estado para obligar a su esposa a tener relaciones con él, esto es, para evitar que se hiciera justicia por su propia mano (bien jurídico tutelado por el tipo penal de “ejercicio indebido de un derecho”).

Los argumentos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para modificar la tesis de jurisprudencia 1a /J 10/94

La citada Suprema Corte sostuvo que la jurisprudencia emitida en virtud de la cual no se configuraba el delito de violación sexual si el cónyuge imponía la cópula normal de manera violenta, a pesar del empleo de los medios

típicos, atendía a que uno de los fines del matrimonio era la procreación de la especie por lo que los cónyuges debían prestarse a la relación sexual siempre y cuando ésta se llevara a cabo de manera normal. No obstante, afirmó que los criterios considerados en aquellas tesis de jurisprudencia habían cambiado por lo que debía modificarse, principalmente por las siguientes razones:

- a) De acuerdo al tipo penal de violación regulado en el artículo 267° del Código Penal de Puebla¹⁵⁷, sólo se requería tener cópula con una persona sea cual fuere su sexo por medio de violencia física o moral, no requiriéndose de otros elementos subjetivos u objetivos ni de circunstancias especiales para su configuración.
- b) El tipo fundamental del delito de violación no requería para su configuración cualidades especiales entre el sujeto pasivo y activo, por lo que la sola obtención de la cópula entre cónyuges por medio de la violencia, era suficiente para configurar tal delito.
- c) Existía un consenso generalizado según el cual el bien jurídico tutelado en el delito de violación sexual era la libertad sexual, que reconocía en el ser humano, por el solo hecho de serlo, su derecho a la libre autodeterminación sexual. La pudicia individual o la honestidad de la mujer, habían dejado de ser considerados bienes jurídicos protegidos en el caso de la violación sexual.
- d) Si bien el artículo 294° del Código Civil del Estado de Puebla establecía la perpetuación de la especie como uno de los fines del matrimonio¹⁵⁸, no podía interpretarse que

¹⁵⁷ Artículo 267°. Al que por medio de la violencia física o moral tuviere cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán de seis a veinte años de prisión y multa de cincuenta a quinientos días de salario.

Cuando el sujeto pasivo sea menor de dieciocho años de edad, se duplicará la sanción establecida en el párrafo anterior.

¹⁵⁸ Artículo 294. El matrimonio es un contrato civil, por el cual un solo hombre y una sola mujer, se unen en sociedad para perpetuar la especie

cualquiera de los cónyuges podía obligar al otro a acceder al acto carnal con el pretexto de la procreación, pues por encima de tal fin existía el derecho de la persona de pronunciarse no sólo respecto a su libertad sexual y a la libre disposición de su cuerpo, sino a la determinación del momento en que habría de procurar la perpetuación de la especie. Ello era un derecho fundamental consagrado en el artículo 4° de la Constitución¹⁵⁹.

- e) El derecho que asistía a los cónyuges de acceder a la relación sexual con la intención de cumplir el fin del matrimonio de perpetuación de la especie de acuerdo a la legislación civil del Estado de Puebla, no representaba un derecho absoluto entre ambos cónyuges, sino que implicaba la libertad de los mismos para determinar de común acuerdo y en pleno uso de su libertad sexual cuándo habrían de proceder al ayuntamiento carnal con fines de procreación. Esta situación resultaba patente por el reconocimiento que hacía el Código Civil del Estado de Puebla, en su artículo 326°, de la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges en el matrimonio¹⁶⁰.
- f) Ningún derecho derivado del vínculo matrimonial asistía a un cónyuge para acceder al acto sexual en forma violenta en contra de la voluntad de su pareja, pues en todo caso, el artículo 454° del Código Civil del Estado de Puebla contemplaba una sanción específica—la disolución del vínculo matrimonial— respecto de los actos que violentaran la relación conyugal, en cualquiera de sus manifestaciones, entre ellas, la libertad sexual, derecho que correspondía

y ayudarse en la lucha por la existencia

¹⁵⁹ Artículo 4°. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

¹⁶⁰ Artículo 326. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

al ser humano con independencia de su específico estatus civil¹⁶¹.

Por las consideraciones expuestas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación modificó la tesis jurisprudencial 1a./J. 10/94, quedando redactada en los siguientes términos:

VIOLACIÓN. SE INTEGRA ESE DELITO AUN CUANDO ENTRE EL ACTIVO Y PASIVO EXISTA EL VÍNCULO MATRIMONIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). En términos del primer párrafo del artículo 267 del Código para la Defensa Social del Estado de Puebla, el delito de violación requiere para su integración: 1. tener cópula con una persona sea cual fuere su sexo, y 2. obtener dicho ayuntamiento carnal por medio de la violencia física o moral. El bien jurídico tutelado por el tipo penal de mérito es la libertad sexual, que reconoce en el ser humano, su derecho a la autodeterminación sexual. Ahora bien, el tipo penal del delito de violación contenido en la legislación referida, no establece para su integración excepción en relación con la calidad de los sujetos, como pudiera ser la existencia de algún vínculo o relación entre ellos, pues sólo requiere la actualización de violencia física o moral para la realización de la cópula; por tanto, debe concluirse que cuando uno de los cónyuges obtiene la cópula por medios violentos –sean éstos físicos y/o morales–, queda debidamente integrado el delito de violación, sin importar la existencia del vínculo matrimonial.

El criterio que se acaba de sustentar, si bien se realizó a la luz del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, lo

¹⁶¹ Artículo 454. Son causales de divorcio:

III. La perversión de alguno de los cónyuges demostrada por:

d. La imposición de la cópula con violencia y en contra de la voluntad de la mujer.

cierto es que puede ser aplicable en aquellas entidades cuyos ordenamientos legales sean similares al aquí analizado¹⁶².

En consecuencia resolvió declarar procedente y fundada la solicitud de modificación de jurisprudencia formulada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito.

2.4 Perú

2.4.1 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 que él interpuso contra el Ministerio del Interior¹⁶³. La sentencia de primera instancia también había declarado improcedente dicha demanda.

En la demanda de amparo, presentada el 29 de diciembre de 2003, José Álvarez solicitó 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

¹⁶² Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 16 de noviembre de 2005, considerando séptimo. En virtud de la modificación de la tesis de jurisprudencia 1a./J. 10/94, la citada Primera Sala dispuso la cancelación de otras tesis jurisprudenciales sustentadas en aquella: 1a./J. 5/94, 1a./J. 6/94, 1a./J. 7/94, 1a./J. 8/94, 1a./J. 9/94, 1a./J. 11/94 y 1a./J. 12/94.

¹⁶³ 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°).

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 Huarí-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 había sido 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 Constitución¹⁶⁴. Lo interesante de la resolución es que el mencionado tribunal advirtió que, en el ejercicio 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 defensa.¹⁶⁵

En virtud de la aplicación del *iura novit curia* constitucional, el Tribunal Constitucional recordó “la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo que involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo

¹⁶⁴ Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...).

¹⁶⁵ 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.

reconocido en aquél”¹⁶⁶, pues las normas constitucionales eran indisponibles para el juez constitucional y, en consecuencia, aunque no hubieran sido invocadas debían aplicarse.

Como se ha señalado, José Álvarez había sido sancionado por cometer falta contra la obediencia, y según el Ministerio del Interior ésta se había producido al 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 señaló, por un lado, que del artículo 4º de la Carta Política¹⁶⁷ no se derivaba un derecho fundamental al matrimonio y por lo tanto el derecho de contraer libremente matrimonio no tenía la autonomía propia de un derecho constitucional específico, por el otro afirmó 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”¹⁶⁸:

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

¹⁶⁶ Sentencia de 24 de noviembre de 2004, Expediente 2868-2004-AA/TC, fundamento 4. 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.

¹⁶⁷ 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 (...).

¹⁶⁸ Sentencia de 24 de noviembre de 2004, Expediente 2868-2004-AA/TC, fundamento 5.

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 celebración¹⁶⁹.

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 legalidad¹⁷⁰ 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 Migueli 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

¹⁶⁹ Sentencia de 24 de noviembre de 2004, Expediente 2868-2004-AA/TC, fundamento 5.

¹⁷⁰ 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.

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”¹⁷¹. 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, realizado por la Dirección Regional de Salud de Huari, y se había diagnosticado que en la actualidad no 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 había impuesto al recurrente porque un tercero (la persona con la que se casó) había cometido 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 Estado¹⁷² 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

¹⁷¹ Sentencia de 24 de noviembre de 2004, Expediente 2868-2004-AA/TC, fundamento 6.

¹⁷² Artículo 1º. La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

ser que no sea de aceptación de la mayoría”¹⁷³. 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 bueno¹⁷⁴ (...) 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”¹⁷⁵.

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.

A manera de balance

Las sentencias referidas a lo largo de este trabajo permiten confirmar el importante rol que la jurisprudencia ha jugado en la protección de los derechos sexuales y reproductivos en América Latina. Para brindar tal protección los tribunales constitucionales o las cortes supremas han invocado derechos o principios reconocidos en textos constitucionales y en tratados internacionales de derechos humanos, como la dignidad personal, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, el derecho a la salud, entre otros. De esta forma, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, parte del derecho constitucional. El Comité de Derechos Humanos

¹⁷³ Sentencia de 24 de noviembre de 2004, Expediente 2868-2004-AA/TC, fundamento 6.

¹⁷⁴ *Ibid.*, fundamento 6.

¹⁷⁵ *Ibid.*, fundamento 6.

de Naciones Unidas ha señalado que negar la interrupción del embarazo cuando la mujer está gestando un feto anencefálico constituye un sufrimiento moral prohibido por el artículo 7° del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. La anticoncepción oral de emergencia también ha sido materia de un fallo del Tribunal Constitucional peruano favorable a su distribución gratuita. 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 también ha sido explícitamente reconocido por tribunales constitucionales y cortes supremas, estableciéndose que a los Estados les 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. Finalmente, se ha sostenido que el carácter digno de una persona no se pierda por su orientación o preferencia sexual. El derecho al libre desarrollo de la personalidad posibilita que las personas elijan su modo de vida, incluso si el modo de vida escogido no es de aceptación de la mayoría.

Sin embargo, 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”¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Correa Sonia y Petchesky Rosalind, “Reproductive and Sexual Rights: A Feminist Perspective”, op. cit. p. 107.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General
(2007 - 2009)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Margareth E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro

Lloyd G. Barnett
César Barros Leal

Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli

Antônio A. Cançado Trindade
Gisèle Côté-Harper

Mariano Fiallos Oyanguren

Héctor Fix-Zamudio

Robert K. Goldman
Claudio Grossman

María Elena Martínez
Juan E. Méndez

Sandra Morelli Rico
Elizabeth Odio Benito

Nina Pacari

Máximo Pacheco Gómez

Hernán Salgado Pesantes
Wendy Singh

Rodolfo Stavenhagen

Comisión Interamericana
de Derechos Humanos

Paolo G. Carozza
Luz Patricia Mejía
Felipe González
Florentín Meléndez
Víctor E. Abramovich
Clare Kamau Roberts
Paulo Sérgio Pinheiro

Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Cecilia Medina-Quiroga
Diego García-Sayán
Manuel E. Ventura Robles
Sergio García-Ramírez
Leonardo Franco
Margarette May Macaulay
Rhady's Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

3

La anticoncepción oral de emergencia. El debate legal en América Latina



La anticoncepción oral
de emergencia.
El debate legal en América Latina

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Con el apoyo de:
Fondo de Población de las Naciones Unidas
Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo

© 2008 Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
Reservados todos los derechos.

364.185

I59a Instituto Interamericano de Derechos Humanos
La anticoncepción oral de emergencia : el debate legal
en América Latina / Instituto Interamericano de
Derechos Humanos. San José, C.R. : IIDH, 2008

146 p. ; 21.59 x 13.97 cm.

ISBN 978-9968-917-76-6

1. Derechos de familia 2. Derechos reproductivos 3. Derechos
sexuales 4. Aborto.

Las ideas expuestas en los trabajos publicados en este libro son de exclusiva responsabilidad de los autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

Isabel Torres García
Coordinación académica

Denia Núñez Guerrero
Apoyo académico

Rocío Villanueva Flores
Autora

“Encuentro en el parque” (2007)
Cortesía de la pintora costarricense Alma Fernández
Oleo y collage sobre cartón, 50 x 35 cm.
Ilustración de la portada

Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH
Diseño, diagramación y artes finales

Editorama S.A.
Impresión

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail: uinformacion@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Tabla de contenido

Presentación	11
Introducción	15

Capítulo I

La anticoncepción oral de emergencia (AOE)

1. Qué es la anticoncepción oral de emergencia y en qué situaciones se utiliza	19
2. Regímenes de anticoncepción oral de emergencia.....	21
2.1 El método Yuzpe.....	21
2.2 Los productos dedicados.....	23
3. Información a tener en cuenta sobre la fecundación para entender los mecanismos de acción de la AOE.....	24
4. El modo de acción de la AOE: la posición de la Organización Mundial de la Salud (OMS).....	25
4.1 El estado del conocimiento en la actualidad.....	25
4.2 La posición de la OMS antes del año 2000 y las investigaciones realizadas con posterioridad	27
5. Eficacia y efectos secundarios de la AOE.....	30
6. La Oficina de Control de Medicinas y Alimentos de los Estados Unidos (FDA).....	31
7. El aporte de la AOE a la salud pública.....	32

Capítulo II

Procesos constitucionales y ordinarios concluidos en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú

1. Argentina
 - 1.1 Proceso de amparo para impedir la fabricación, distribución y comercialización del producto dedicado Imediat: sentencia de la Corte Suprema de la Nación de 5 de marzo de 2002.....36
2. Colombia
 - 2.1 Tutela presentada contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, y la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana PROFAMILIA para evitar la comercialización y distribución de anticoncepción oral de emergencia: sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 22 del septiembre de 200440
3. Chile
 - 3.1 Recurso de protección para impedir la comercialización del producto dedicado Postinal: sentencia de la Corte Suprema del 30 de agosto de 2001.....47
 - 3.2 Juicio ordinario de declaración de nulidad de derecho público del registro sanitario de Postinor 2: sentencia de la Corte Suprema, 28 de noviembre de 200552
 - 3.3 Proceso de inconstitucionalidad contra las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad: sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de enero de 200758
 - 3.4 Recurso de protección presentado por una municipalidad contra la Ministra de Salud para impedir que la AOE sea distribuida a las adolescentes entre 14 y 17 años72

3.5	Recurso de protección por padres de familia contra la Ministra de Salud para evitar la distribución de AOE a las adolescentes entre 14 y 17 años.....	78
4.	Ecuador	
4.1	Proceso de amparo para impedir la comercialización del producto dedicado Postinor 2: sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de mayo de 2006	82
5.	México	
5.1	Recurso de atracción para conocer una demanda de amparo presentada contra la disposición que modificó la norma que regula los servicios de planificación familiar, para incluir la anticoncepción oral de emergencia: sentencia de la Suprema Corte de Justicia del 27 de octubre de 2006	88
6.	Perú	
6.1	Demanda de cumplimiento para exigir que el Ministerio de Salud distribuya AOE: sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de noviembre de 2006.....	90

Capítulo III

Procesos judiciales en trámite contra la AOE

1. Argentina

1.1	Demanda de amparo para que se declare la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley N° 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable	97
1.2	Demanda de amparo para revocar las autorizaciones, prohibir la fabricación, distribución y comercialización de todos los fármacos o anticonceptivos orales,	

inyectables y dispositivos intrauterinos, ordenando el decomisado y destrucción de los productos o ejemplares que se encuentren en todos los lugares del país.....	100
2. Colombia	
2.1 Demanda de nulidad de la Resolución 266285 de Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos INVIMA, por la cual se concede el registro sanitario de Postinor 2	104
2.2 Acción popular instaurada contra el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos INVIMA y el Ministerio de Protección Social y de Salud	110
3. Perú	
3.1 Demanda de amparo para impedir la distribución gratuita de AOE pero no su venta	116

Capítulo IV

Una revisión de los argumentos planteados en los procesos judiciales sobre anticoncepción oral de emergencia

1. Los argumentos planteados contra la AOE.....	122
1.1 La violación al derecho a la vida: la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el principio pro homine	122
1.2 La ausencia de relación entre la AOE y el derecho a la salud.....	127
1.3 La violación del derecho de los padres a educar a sus hijos.....	135
2. Otras consideraciones	141
2.1 Los cuestionamientos a la falta de legitimación para obrar de quienes presentan demandas contra la AOE, a la extemporaneidad del recurso de amparo, a la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta así como a la idoneidad	

del proceso de amparo por existir otra vía procesal	141
2.2 Los argumentos religiosos invocados en defensa de la AOE.....	142
2.3 ¿Quiénes presentan las demandas en contra de la AOE?.....	142
2.4 La importancia de los informes de amicus curiae y de terceros coadyuvantes o con interés.....	144
3. Un balance final	145

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) han desarrollado acciones conjuntas desde el año 2002, en el marco de una fructífera alianza estratégica basada en la plena coincidencia de que el goce y ejercicio de los derechos humanos, constituyen la piedra angular de la democracia y del desarrollo.

En el trabajo de promoción y educación en derechos humanos de las mujeres que ambas entidades realizan, han identificado temas de especial preocupación en la región en la esfera de los derechos reproductivos. Es por ello que han propiciado procesos de investigación académica, que dan continuidad al estudio realizado y publicado hace algunos años “Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos” (IIDH, UNFPA: 2003).

Mediante la presente publicación, se pone a disposición un compendio de cuatro investigaciones, con el fin de propiciar conocimientos que faciliten el debate, la argumentación y la toma de decisiones:

- Tomo 1: Los derechos reproductivos son derechos humanos.
- Tomo 2: Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos.
- Tomo 3: La anticoncepción oral de emergencia.
El debate legal en América Latina.

Tomo 4: Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina.

El primer texto aborda a los derechos reproductivos desde una perspectiva de género y de derechos humanos. Analiza la evolución, alcance y contenido de los derechos reproductivos como parte de los derechos humanos universales y por ende, de las obligaciones de los Estados en esa materia.

El segundo presenta, desde una perspectiva jurídica, cómo la justicia constitucional ha resuelto en América Latina los casos en los que se han discutido demandas argumentadas como derechos sexuales y reproductivos.

El tercer texto sistematiza quince procesos judiciales constitucionales sobre la anticoncepción oral de emergencia, el cual constituye el método anticonceptivo que más controversias judiciales ha originado en América Latina, planteadas en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú.

El cuarto y último analiza la reproducción asistida desde una perspectiva de género y derechos humanos en el contexto latinoamericano.

El IIDH y el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), esperan continuar contribuyendo a ampliar los conocimientos en dichas temáticas y sobre todo, que la apropiación de los mismos se convierta en una herramienta de trabajo por parte de las instituciones de Estado y de las organizaciones de la sociedad civil en pro de los derechos humanos.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo*

La anticoncepción oral de emergencia. El debate legal en América Latina

Rocío Villanueva Flores^{*}

^{*} Peruana, Doctora en Derecho, Universidad de Castilla La Mancha, España. Diploma de Especialización en derechos humanos en la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Filosofía del derecho y de teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Pontificia Universidad Católica de Perú. Fue Defensora Adjunta para los Derechos de la Mujer y Defensora Adjunta para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo de Perú. Consultora del IIDH y del UNFPA e integrante de la Comisión de Alto Nivel de Salud Reproductiva del Colegio Médico del Perú.

Introducción

Sin lugar a dudas, la anticoncepción oral de emergencia (AOE) es el método anticonceptivo que más controversias judiciales ha originado en América Latina. Si bien la esterilización quirúrgica también ha sido materia de pronunciamientos judiciales al menos en Chile, Colombia y Perú¹, en los dos primeros países mencionados se ha recurrido a la justicia para que se reconozca el derecho de las mujeres a optar por un método anticonceptivo definitivo, lo que en efecto sucedió². En cambio, tratándose de la AOE casi todas las demandas judiciales se han planteado con el propósito de impedir que ese anticonceptivo sea distribuido gratuitamente o comercializado³.

¹ En Chile se presentó un recurso de protección contra el dispositivo intrauterino, pero no fue admitido pues había vencido el plazo para presentar tal recurso.

² El 6 de diciembre de 1996, en el Perú, se presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo único de Ley N° 26530, que modificó el artículo VI del Título Preliminar de la Ley de Política Nacional de Población, aprobada por Decreto Legislativo N° 346, para permitir la ligadura de trompas y la vasectomía. Mediante Sentencia 330, Expediente 014-96-I/TC, del 28 de abril de 1997, la demanda fue declarada improcedente pues –sorprendentemente–, el Tribunal Constitucional señaló que la norma cuestionada no legalizaba expresamente la esterilización quirúrgica, sino que al eliminar su prohibición, enfatizaba la prohibición radical del aborto.

³ En Guatemala, el Presidente de la República presentó una demanda de amparo para que no entrara en vigencia la Ley de acceso universal y equitativo a los servicios de planificación familiar y su integración en el Programa Nacional de Salud Reproductiva, aprobada por Decreto 87-2005. El mandatario guatemalteco, en Consejo de Ministros, vetó la ley, con el argumento de que contemplaba disposiciones que duplicaban o eran incongruentes con lo regulado en otras normas legales. Sin

Este trabajo tiene por objeto sistematizar quince procesos judiciales sobre AOE, iniciados en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú. La finalidad de esta tarea es obtener algunas lecciones que permitan mejorar la estrategia de defensa de la AOE. Dichos procesos son, en su mayoría, procesos constitucionales, como el proceso de amparo. Varios de tales procesos han culminado, y otros se encuentran en curso. En el caso argentino, la sentencia en virtud de la cual se prohibió la distribución y comercialización del producto dedicado “Postinal”, parece haber animado a dos organizaciones que se oponen a la planificación familiar a presentar sendas demandas judiciales, esta vez, para lograr la prohibición de los anticonceptivos orales (de uso regular y de emergencia), de los inyectables y del dispositivo intrauterino.

A fin de presentar la información de la manera más clara, este trabajo ha sido dividido en cuatro capítulos. El primero de ellos contiene información general sobre la anticoncepción oral de emergencia, que incluye, por ejemplo, la posición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) al respecto, y que es útil para cuestionar los argumentos que señalan que la AOE es abortiva.

El segundo y tercer capítulos se dedican a los procesos judiciales sobre la AOE, que han sido clasificados en culminados y en trámite, de acuerdo con la información disponible. En ambos capítulos, he procurado exponer de forma detallada los argumentos de los demandantes, de los demandados (por lo general los Ministerios de Salud y las instancias administrativas encargadas de otorgar el registro sanitario de los medicamentos) así como de aquellas instituciones que han intervenido en los procesos judiciales

embargo, el Congreso dispuso la publicación de la mencionada ley, por lo que el Presidente solicitó un amparo para evitarlo. El 6 de febrero de 2006, se le otorgó un amparo provisional. No obstante, el 5 de abril de 2006, la Corte de Constitucionalidad revocó el amparo y ordenó publicar la citada ley en el diario oficial y su inclusión en el Programa de Salud Reproductiva. Mediante Acuerdo N° 30-2006 de 27 de abril de 2006, el Legislativo dio cumplimiento a la resolución de la Corte de Constitucionalidad.

presentado informes de *amicus curiae*, o como terceros coadyuvantes o con interés (Fondo de Población de Naciones Unidas, Organización Mundial de la Salud, Defensorías del Pueblo, organizaciones de la sociedad civil, etc.). Asimismo, en notas de pie de página he consignado la información sobre las comisiones y actuaciones administrativas que han tenido lugar en el Perú y en Colombia, y que culminaron con recomendaciones a favor de la AOE.

Finalmente, en el último capítulo se lleva a cabo una revisión de los argumentos planteados en los distintos procesos judiciales, que tienen o han tenido lugar en nuestra región. En dicho capítulo se hace referencia a convenios y documentos internacionales que deberían invocarse en defensa de la AOE. En ocasiones, en los casos en los que se obtuvo una sentencia desfavorable, tal invocación no tuvo lugar en la defensa de la distribución y comercialización de dicho anticonceptivo.

Aunque este trabajo no las incluye, me parece relevante destacar que el debate legal sobre la AOE no se ha limitado a los procesos constitucionales y de nulidad de resoluciones administrativas, sino que a ellos hay que añadir las acusaciones constitucionales contra ex Ministros de Salud, presentadas ante el Congreso, como en el caso peruano⁴, y las denuncias penales contra los representantes de las empresas que comercializan AOE (Ecuador) así como contra el Ministro de Salud y los directivos del órgano administrativo encargado de otorgar los registros sanitarios a los medicamentos (Argentina).

⁴ Se trata de la denuncia constitucional presentada, en el 2003, por el congresista Héctor Chávez Chuchón contra el ex Ministro de Salud, doctor Eduardo Pretell Zárate, durante cuya gestión se aprobó la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, que incorporó la AOE como método anticonceptivo a ser distribuido en los establecimientos públicos de salud. Esta denuncia constitucional fue finalmente archivada por el Congreso de la República en el año 2006, al haber caducado; véase el Informe sobre la caducidad del beneficio del antejuicio político de ex altos funcionarios públicos, de la Comisión Permanente del Congreso de la República-Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, de fecha 10 de mayo de 2006.

En todo caso, la cantidad y variedad de controversias legales sobre la AOE muestra claramente la necesidad de contar con información idónea sobre el tema, que pueda ser utilizada para contestar los argumentos contrarios a la AOE y, de esta forma, contribuir a garantizar los derechos de las mujeres.

Capítulo I

La anticoncepción oral de emergencia (AOE)

1. Qué es la anticoncepción oral de emergencia y en qué situaciones se utiliza

Se ha señalado que el origen de la anticoncepción oral de emergencia (AOE) se sitúa en Holanda, a mediados de la década de los sesenta, cuando un médico suministró una alta dosis de estrógenos a una niña de 13 años que había sido víctima de violación sexual⁵. De esta forma, “se inició la anticoncepción de emergencia y las investigaciones para adaptar las dosis hormonales a la mujer de tal forma que se obtuviera el máximo de eficacia anticonceptiva con el mínimo de aporte hormonal y efectos secundarios”⁶.

Actualmente, la Organización Mundial de la Salud señala que la anticoncepción oral de emergencia se refiere a los métodos que las mujeres pueden usar como respaldo y en caso de emergencia, dentro de los primeros días posteriores a una relación sexual sin protección, con el objetivo de prevenir un embarazo no deseado⁷. Entre los supuestos en los que se puede emplear AOE se incluyen los casos de violación sexual o cuando ha ocurrido un accidente con el método usado⁸.

La AOE es el único método que les permite a las mujeres prevenir un embarazo luego de haber tenido relaciones sexuales

⁵ Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial* N° 78, Anticoncepción oral de emergencia, Lima, 2003, p. 21.

⁶ Asociación Probienestar de la Familia Colombiana, Profamilia, “La anticoncepción de emergencia en Colombia”, en *La anticoncepción de emergencia es un derecho*, Profamilia, Espacio 4 Libre, Colombia, 2005, p. 25.

⁷ HRP. *Boletín Informativo*, octubre 2005. Levonorgestrel para Anticoncepción de Emergencia. Organización Mundial de la Salud, Departamento de Salud Reproductiva e Investigaciones Conexas 20 Avenue Appia, CH-1211 Ginebra 27, Suiza. E-mail reproductivehealth@who.int, Sitio Web: www.who.int/reproductive-health.

⁸ Consorcio Latinoamericano de Anticoncepción Oral de Emergencia, Ficha 2. Información técnica sobre la anticoncepción de emergencia.

sin protección⁹. Como su nombre lo indica, no se trata de un anticonceptivo de uso regular sino de emergencia.

De acuerdo con el Boletín del HRP “la anticoncepción oral de emergencia puede utilizarse en situaciones tales como:

- Cuando no se ha utilizado ningún método anticonceptivo,
- Cuando ha ocurrido una falla del método anticonceptivo o éste ha sido usado de manera incorrecta, incluyendo casos en los que:
 - El condón se ha roto, deslizado o se ha usado de manera incorrecta.
 - La mujer ha olvidado tomar tres o más píldoras anticonceptivas orales combinadas consecutivas.
 - Ha habido un retraso de más de dos semanas en la administración de la inyección anticonceptiva de progestágeno solo (acetato de medroxiprogesterona de depósito o enantato de noresterona).
 - Ha habido un retraso de más de siete días en la administración de la inyección mensual combinada de estrógenos más progestágeno.
 - El parche transdérmico (o el anillo vaginal) se ha desplazado, ha habido un retraso en su colocación o se ha extraído antes de lo debido.
 - El diafragma (o el capuchón cervical) se ha desplazado o roto, o se ha extraído antes de lo debido.
 - El coito interrumpido ha fallado (por ejemplo, una eyaculación en la vagina o en genitales externos).
 - Una tableta (o una película espermicida) no se ha derretido antes de la relación sexual.

⁹ PROFAMILIA, “La anticoncepción de emergencia en Colombia”, op. cit., p. 23. Véase también Croxatto, Horacio B., *Nociones básicas sobre la generación de un nuevo ser humano y sobre la píldora anticonceptiva de emergencia*, Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, marzo 2001, p. 4.

- Ha ocurrido un error en el cálculo del método de abstinencia periódica o no ha sido posible practicar la abstinencia en los días fértiles del ciclo.
- Ha ocurrido una expulsión del DIU.
- Cuando ha ocurrido una agresión sexual y la mujer no está protegida con un método anticonceptivo eficaz”¹⁰.

2. Regímenes de anticoncepción oral de emergencia

Existen dos regímenes de AOE: el método Yuzpe¹¹ y las pastillas de solo progestágeno (que se emplean exclusivamente como anticoncepción oral de emergencia y que se conocen como “productos dedicados”). En ambos casos se utilizan las mismas hormonas que las empleadas en los anticonceptivos de uso regular, y por eso la AOE es también llamada anticoncepción hormonal de emergencia (AHE).

2.1. El método Yuzpe

El régimen combinado o método Yuzpe utiliza las pastillas anticonceptivas de uso regular, pero administradas en dosis más altas. La primera dosis se administra dentro de las 72 horas siguientes a la relación sexual y la segunda 12 horas después. Como el método Yuzpe emplea píldoras anticonceptivas de uso regular, comprende los regímenes conformados por píldoras anticonceptivas que contienen una combinación de estrógenos (etinil estradiol) y progestágenos (levonorgestrel, norgestrel), y por píldoras que sólo contienen progestágenos (levonorgestrel, norgestrel).

¹⁰ HRP, Boletín Informativo, octubre 2005, op. cit.

¹¹ Denominado así en reconocimiento al médico canadiense Albert Yuzpe, quien inició los estudios clínicos para determinar la efectividad de las píldoras anticonceptivos tradicionales como anticoncepción de emergencia.

Los cuadros N° 1 y N° 2 muestran algunos ejemplos de cómo determinadas marcas de anticonceptivos de uso regular pueden ser utilizadas como anticoncepción oral de emergencia (método Yuzpe).

Cuadro N° 1
Píldoras combinadas

Denominación	Fórmula por tableta	Dosis inicial (antes de 72 horas)	2da. Dosis (12 horas después de dosis inicial)
Neogynon®	Etinilestradiol 50 µg (*L-norgestrel 0.25 mg)	2 tabletas	2 tabletas
Ovral®	Etinilestradiol 50 µg L-norgestrel 0.25 mg	2 tabletas	2 tabletas
Nordette®	Etinilestradiol 30 µg L-norgestrel 0.25 mg	4 tabletas	4 tabletas
Microgynon®	Etinilestradiol 30 µg L-norgestrel 0.25 mg	4 tabletas	4 tabletas
Lo-Femenal®	Etinilestradiol 30 µg L-norgestrel 0.30 mg	4 tabletas	4 tabletas
Gynera®	Etinilestradiol 30 µg L-norgestrel 0.075 mg	4 tabletas	4 tabletas
Marvelon®	Etinilestradiol 30 µg Desogestrel 0.15 mg	4 tabletas	4 tabletas
Femiane®	Etinilestradiol 20 µg Gestodeno 0.075 mg	5 tabletas	5 tabletas
Mercilon®	Etinilestradiol 20 µg Desogestrel 0.15 mg	5 tabletas	5 tabletas

Fuente y elaboración: Ministerio de Salud del Perú.

(* L-norgestrel =levonorgestrel

Cuadro N° 2

Píldoras de sólo progestágeno

Denominación	Fórmula por tableta	Dosis inicial (antes de 72 horas)	2da. Dosis (12 horas después de dosis inicial)
Ovrette	Norgestrel 75 µg	20 tabletas	20 tabletas

Fuente y elaboración: Ministerio de Salud del Perú.

2.2. Los productos dedicados

Además del método Yuzpe, existen productos que se emplean exclusivamente como anticoncepción oral de emergencia. Entre las marcas más comunes se encuentran Postinor 2 y Escapel.

Cuadro N° 3

Productos dedicados

Denominación	Fórmula por tableta	Dosis inicial (antes de 72 horas)	2da. Dosis (12 horas después de dosis inicial)
Postinor 2	Levonorgestrel 0.75 mg	1 tableta	1 tableta
Escapel	Levonorgestreo 1.5 mg	1 tableta	No hay segunda dosis

3. Información a tener en cuenta sobre la fecundación para entender los mecanismos de acción de la AOE

Equivocadamente se asume que tanto la eyaculación de espermatozoides en el fondo de la vagina, la ovulación y la fecundación ocurren todas al mismo tiempo, y que por lo tanto no es posible utilizar un método anticonceptivo antes de que se unan el óvulo y el espermatozoide¹².

Por el contrario, hay que tener en cuenta que luego de producida la relación sexual, los espermatozoides pueden permanecer hasta cinco o seis días dentro de la mujer en un estado capaz de fecundar. Solamente si la ovulación se produce en este lapso es posible que ocurra la fecundación, esto es, el encuentro del óvulo con el espermatozoide¹³. Esto significa que la fecundación depende de la disponibilidad de un óvulo, pues si no hay un óvulo disponible debido a la etapa del ciclo menstrual de la mujer, la fecundación no puede producirse¹⁴, aunque la mujer tenga relaciones sexuales. Por otro lado, debe considerarse que el óvulo debe ser fecundado en las 24 horas siguientes de ser liberado por el ovario, pues de lo contrario se deteriora. Por eso, no toda relación sexual equivale a fecundación. Igualmente –en condiciones propicias– como la fecundación puede ocurrir en la mujer en cualquiera de los días comprendidos entre el primero y sexto día después de la relación sexual (pues ése es el período en que

¹² Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología (SPOG), Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano el 23 de octubre de 2006, en el proceso de cumplimiento iniciado por un grupo de mujeres contra el Ministerio de Salud (Expediente 7435-2006), 3.6. Conocimientos actuales sobre el mecanismo de acción de la AOE, p. 11.

¹³ Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial* N° 78, La anticoncepción oral de emergencia, op. cit., p. 29.

¹⁴ PROFAMILIA, contestación a la demanda de tutela presentada por Juan Carlos Barrera Rojas contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, y PROFAMILIA, *Antecedentes de la anticoncepción de emergencia*, op. cit., p. 7.

los espermatozoides permanecen en capacidad de fecundar), la fecundación no siempre se producirá al día siguiente del coito¹⁵.

Más aún, cuando la relación sexual se produce antes o simultáneamente a la ovulación, en la mitad de los casos no se produce la fecundación, ya sea porque el óvulo y espermatozoide no se encuentran, porque son defectuosos o porque el medio ambiente que los rodea no es propicio. Incluso, de producirse la fecundación, no siempre ella da lugar al embarazo pues aproximadamente la mitad de los cigotos que se forman se eliminan de manera espontánea antes de que se produzca el atraso menstrual¹⁶.

Por ello, se ha afirmado que “en la gran mayoría de casos la anticoncepción de emergencia enfrenta una posibilidad teórica o estadística, más que una posibilidad real, de que haya ocurrido la fertilización”¹⁷.

4. El modo de acción de la AOE: la posición de la Organización Mundial de la Salud (OMS)

4.1 El estado del conocimiento en la actualidad

El Programa Especial de Investigación, Desarrollo y Formación de Investigadores sobre Reproducción Humana (HRP), creado en 1972 por la OMS con la participación del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y del Banco Mundial (WB), señala en su Boletín Informativo publicado en octubre del 2005 que las pastillas anticonceptivas

¹⁵ Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial* N° 78, op. cit., p. 29.

¹⁶ Ibid., p. 30.

¹⁷ PROFAMILIA, respuesta a la demanda de tutela presentada por Juan Carlos Barrera Rojas contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, y PROFAMILIA, *Antecedentes de la anticoncepción de emergencia*, op. cit., p. 9. Fertilización se utiliza como sinónimo de fecundación.

de emergencia que contienen levonorgestrel actúan inhibiendo o postergando la ovulación y alterando la migración espermática, mecanismos que han sido suficientemente evidenciados en la literatura científica. De manera literal el HRP en su boletín de octubre 2005 ya citado indica¹⁸: “Se ha demostrado que las píldoras anticonceptivas de emergencia (PAE) que contienen levonorgestrel, previenen la ovulación y que no tienen un efecto detectable sobre el endometrio (revestimiento interno del útero) o en los niveles de progesterona cuando son administradas después de la ovulación. Las PAE no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado y no provocarán un aborto”.

En ese mismo sentido, se ha señalado que “la evidencia científica disponible en la actualidad permite afirmar también que una vez ocurrida la fecundación, la AOE no interfiere con el proceso de implantación en el endometrio del óvulo fecundado”¹⁹. Es decir, los dos mecanismos de acción comprobados son previos a la fecundación (impedir la ovulación o espesar el moco cervical para impedir la migración espermática)²⁰.

Por ello, teniendo en cuenta el modo de acción de la anticoncepción hormonal de emergencia, es importante distinguirla de la anticoncepción no hormonal de emergencia, esto es, de la píldora RU 486. Esta última píldora está compuesta de mifepristone, “una anti-progestina que ha venido siendo usada desde principios de la década de los ochenta por sus cualidades abortivas, especialmente en Francia, como parte del régimen médico para el aborto”²¹. Por ejemplo, en el Perú,

¹⁸ HRP. Boletín Informativo, octubre 2005, op. cit.

¹⁹ Organización Mundial de la Salud (OMS), Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano el 12 de octubre de 2006, en el proceso de cumplimiento iniciado por un grupo de mujeres contra el Ministerio de Salud (Expediente 7435-2006), 3.2. *Mecanismos de acción de la AOE*, p. 3.

²⁰ *Ibid.*, p. 3.

²¹ Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial N° 78*, op. cit., p. 22.

la RU 486 no cuenta con registro sanitario, a diferencia de las píldoras de anticoncepción hormonal de emergencia.

4.2 La posición de la OMS antes del año 2000 y las investigaciones realizadas con posterioridad

Es preciso señalar que probablemente la literatura publicada antes del año 2000 contribuyó a crear confusiones sobre el modo de acción de la AOE. Es importante referirse a las investigaciones previas al año 2000, pues es frecuente que en los debates actuales sobre la AOE se cite una publicación de la OMS del año 1988 (publicación WHO/FRH/98.19), en la que indica que la AOE además de interferir en la ovulación y en la marcha espermática, *podría* también tener un efecto anti-implantatorio. Dicho boletín de 1988, basado en información de años anteriores, indica:

Los mecanismos de acción de las AOE no han sido claramente establecidos. Algunos estudios han mostrado que estas pastillas pueden inhibir o retardar la ovulación. También se ha sugerido que las AOE podrían prevenir la implantación alterando el endometrio. Sin embargo las evidencias sobre efectos en el endometrio son mixtas y no se sabe si los cambios del endometrio observados en algunos estudios son suficientes para prevenir la implantación. La AOE también puede prevenir la fertilización o el transporte del espermatozoide o del huevo, pero no existe información sobre estos posibles mecanismos. La AOE no interrumpe el embarazo y por tanto no produce un aborto ²².

Como lo ha señalado la propia OMS, hay que tener en cuenta que las posiciones de esta organización anteriores al año 2000 daban cuenta del estado del conocimiento hace más de diez años, expresado en el lenguaje propio de la ciencia. Por ello, el párrafo de la OMS hace referencia tanto a las

²² *Emergency contraception. A guide for service delivery*. Publicación WHO/FRH/98.19. World Health Organization (WHO/OMS) p. 20.

hipótesis como a los eventos de la fisiología conocidos en esa época. Lo mismo “ocurría con los encartes que los laboratorios colocaban a sus productos anticonceptivos, los que además, trataban siempre de cubrir la gama más amplia *posible de efectos, reales y supuestos*, a fin de cubrir responsabilidades ante posibles demandas y reclamos”²³ (destacado añadido).

Sin embargo, como también ha indicado la propia OMS, entre los años 2000 y 2005 se ha realizado un considerable número de estudios e investigaciones sobre el modo de acción de la AOE, “que por su rigurosidad han sido publicados en revistas científicas del más alto crédito y prestigio”²⁴. Entre las instituciones que desde el año 2000 han llevado a cabo investigaciones sobre el modo de acción de la AOE, destacan las siguientes: Instituto Chileno de Medicina Reproductiva – ICMER– adscrito a la Universidad Católica de Chile, Santiago; la División de Obstetricia Y Ginecología del Hospital/Instituto Karolinska en Estocolmo, Suecia; el Servicio de Salud Reproductiva, Instituto Nacional de Pediatría, México; el Departamento de Ginecología y Obstetricia y el Departamento de Patología de la Universidad de John Hopkins, Baltimore, MD, USA, así como el Laboratorio de Investigaciones sobre Esteroides del Instituto de Biomedicina de la Universidad de Helsinki, en Helsinki, Finlandia²⁵.

Por su parte, entre las revistas que han venido publicando estudios sobre el modo de acción de la AOE “pueden citarse las siguientes, todas ellas situadas en un rango en la clasificación que hace el Instituto de Información Científica (ISI por su sigla en inglés)”²⁶:

²³ OMS, Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano, op. cit., 3.3. *Controversias sobre la AOE: la posición de la OMS antes del año 2000*, p. 5.

²⁴ *Ibid.*, 3.4. *Una nueva ola de conocimientos: la posición de la OMS a partir del año 2000*, p. 5.

²⁵ *Ibid.*, pp. 5-6.

²⁶ El ISI, Institute for Scientific Information, se encarga de confeccionar un índice de impacto o citación para cada revista y a partir de este índice el ISI completa una lista internacional de revistas (Science Citation Index,

1. *The Lancet*, reconocida revista médica de sólido prestigio internacional que se publica en Inglaterra desde 1823. Es una voz independiente y con gran autoridad en la medicina mundial.
2. *Contraception: An International Reproductive Health Journal*, es la revista oficial de la Asociación internacional de profesionales de la salud reproductiva, organización líder en educación e investigación desde 1963. Está catalogada como una de las mejores publicaciones en materia de obstetricia y ginecología.
3. *Biology of Reproduction* es la revista oficial de la Asociación para el Estudio de la Reproducción (SSR) y publica resultados de investigaciones originales así como resúmenes de temas de particular importancia o muy controversiales.
4. *Human Reproduction* es una de las publicaciones de la Universidad de Oxford, Inglaterra, y cubre aspectos científicos y médicos relacionados con fertilización, implantación, desarrollo embrionario, anticoncepción, gametogénesis, etc. Publica resultados de investigaciones originales, casos clínicos, opiniones y debates.
5. *Human Reproduction Update*, publicada desde 1995 por la Universidad de Oxford en nombre de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y embriología (ESHRE). Se propone ofrecer un punto de vista amplio, actualizado y con autoridad sobre la reproducción humana.
6. *Fertility and Sterility*, es la revista oficial de las Asociaciones Americanas de Medicina Reproductiva, Endocrinología e Infertilidad, de Cirujanos en Reproducción, de Tecnología Reproductiva Asistida, de Reproducción Masculina y Urología y de la Asociación Canadiense de Fertilidad y Andrología. Tiene sesenta años de circulación,

SCI) en la que se establece un puntaje que refleja el prestigio y difusión de cada revista. Actualmente el SCI engloba unas 5700 publicaciones que cubren 150 disciplinas científicas.

publicando artículos científicos clínicos y de laboratorio de excelencia.

7. *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, es la revista oficial del Colegio Americano de Ginecólogos y Obstetras. Cubre una serie de tópicos de la salud de la mujer, incluyendo medicina fetal, infertilidad y oncología. La revista cubre desde la práctica clínica hasta la investigación de frontera”²⁷.

De acuerdo con los resultados de estos estudios, la AOE sólo previene la fecundación, no interfiere con la anidación del huevo si se ha producido la fecundación, y tampoco interfiere con el desarrollo de un huevo que se ha implantado²⁸.

5. Eficacia y efectos secundarios de la AOE

La eficacia del régimen de levonorgestrel es de 85% si la mujer lo usa dentro de las 24 horas después de ocurrido el acto sexual. Su eficacia disminuye mientras más demore en tomarlo, llegando al 31% si lo usa en el quinto día después de la relación sexual. “Después del quinto día la eficacia es nula. Esto se explica porque si lo usa antes que ocurra la ovulación impide que se forme el embrión, y si lo usa después que se ha formado el embrión ya no es efectivo para impedir el embarazo”²⁹. La eficacia del método Yuzpe fluctúa entre el 57% y el 75% de los casos. La eficacia de la anticoncepción oral de emergencia (régimen de levonorgestrel o método Yuzpe) es menor que

²⁷ OMS, Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano, op. cit., 3.4. *Una nueva ola de conocimientos: la posición de la OMS a partir del año 2000*, pp. 6-7.

²⁸ *Ibid.*, p. 7.

²⁹ Croxatto Avoni, Horacio, informe presentado en el proceso de nulidad originado a raíz de la demanda interpuesta por el señor Carlos Humberto Gómez Arámbula contra la resolución que otorgó el registro sanitario a Postinor 2 en Colombia. Este informe está citado en la contestación de PROFAMILIA a la demanda de acción popular interpuesta por la Corporación Foro Ciudadano contra la píldora del día después en Colombia, C. Conclusión de argumentos científicos, pp. 21-22.

“la anticoncepción hormonal de uso regular, que previene el embarazo hasta en un 99% de las mujeres que tienen relaciones sexuales frecuentes a lo largo de todo un año”³⁰.

La anticoncepción oral de emergencia puede producir efectos secundarios como náuseas, vómitos, sangrado uterino irregular, dolores de cabeza, mareo y sensibilidad en los senos. Los efectos secundarios son menores si se usan píldoras de levonorgestrel que si usa el método Yuzpe³¹. Sin embargo, se ha afirmado que los efectos secundarios son inocuos³² y que no existen condiciones médicas conocidas por las cuales no se deba usar AOE³³.

Como su nombre lo indica, se trata de un anticonceptivo de emergencia que no reemplaza a los anticonceptivos de uso regular. El uso frecuente de la AOE “tiene como resultado efectos secundarios, como irregularidades menstruales. No obstante, el uso repetido no conlleva riesgos conocidos para la salud”³⁴.

6. La Oficina de Control de Medicinas y Alimentos de los Estados Unidos (FDA)

Otro de los argumentos que a menudo se emplea para cuestionar la constitucionalidad de la AOE en América Latina es el que hace referencia al Plan B de la FDA.

³⁰ Dides Castillo, Claudia, *Voces en emergencia: el discurso conservador y la píldora del día después*, op. cit. p. 35.

³¹ Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial N° 78*, op. cit., p. 38.

³² PROFAMILIA, respuesta a la demanda de tutela presentada por Juan Carlos Barrera Rojas contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, y PROFAMILIA, con el objeto de evitar la comercialización y distribución de Postinor 2, *Antecedentes de la anticoncepción de emergencia*, p. 7.

³³ Dides Castillo, Claudia, *Voces en emergencia: el discurso conservador y la píldora del día después*, UNFPA-FLACSO Chile, Santiago, 2006, p. 35.

³⁴ HRP. *Boletín Informativo*, octubre 2005, op. cit.

La FDA aprobó en 1999 el llamado Plan B (pastillas de levonorgestrel) indicando, sobre la base de la información disponible en aquel entonces, que: “el Plan B funciona como las otras pastillas anticonceptivas para prevenir el embarazo. El Plan B actúa primordialmente deteniendo la liberación de un huevo del ovario (ovulación). Puede prevenir la unión del espermatozoides y el huevo (fecundación). Si la fecundación ocurre, el Plan B previene que un huevo fecundado se aferre al útero (implantación). Si un huevo fecundado se implanta antes de que se ingiera el Plan B, éste no opera”³⁵.

Debe destacarse que esta información no origina ningún problema legal en Estados Unidos pues allí se considera, de acuerdo con la definición de la Organización Mundial de la Salud, que el embarazo empieza con la implantación y, por lo tanto, antes de ella no hay aborto.

Sin embargo, como se ha afirmado “los recientes estudios e investigaciones científicas sobre AOE, llevados a cabo a partir del 2000, demuestran que sólo tiene dos mecanismos de acción”³⁶, y que éstos operan antes de la fecundación.

Debe añadirse que la FDA aprobó el 24 de agosto de 2006 la venta libre en Estados Unidos del Plan B, es decir sin receta médica a las mujeres mayores de 18 años.

7. El aporte de la AOE a la salud pública

El Programa de Acción de El Cairo exhorta a todos los países a tratar de reducir la mortalidad materna y a que procuren con urgencia modificar el comportamiento sexual

³⁵ FDA. Food and Drug Administration. Department of Health and Human Services, Center for Drug Evaluation and Research. *FDA's Decision regarding Plan B: Questions and Answers*, p.1.

³⁶ Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano el 12 de octubre de 2006, en el proceso de cumplimiento iniciado por un grupo de mujeres contra el Ministerio de Salud (Expediente 7435-2006), 7. La Oficina de Control de Medicinas y Alimentos de los Estados Unidos (FDA), p.13.

de alto riesgo³⁷. Según estudios auspiciados por el UNFPA “prevenir los embarazos no deseados mediante el acceso a la planificación de la familia podría evitar entre 20% y 35% de las defunciones maternas”³⁸.

En esa medida, para el UNFPA “la AOE se reconoce como un instrumento de extraordinaria importancia, que contribuye positivamente al cumplimiento del Programa de Acción de El Cairo previniendo los embarazos no deseados en los casos de relaciones sexuales que ocurren sin la protección anticonceptiva, o cuando ocurra un fallo en el método adoptado y en los casos de violaciones sexuales. De esta manera, la AOE contribuye significativamente a la reducción de la mortalidad materna”³⁹.

Adicionalmente, el Programa de Acción de El Cairo insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia⁴⁰. En ese sentido, “los expertos del UNFPA, de la OMS/OPS y de las instituciones académicas y profesionales relacionadas con salud pública y epidemiología, reconocen el valor especial de la AOE para prevenir los embarazos no deseados y por tanto para reducir la ocurrencia del aborto que resulta de la interrupción de esos embarazos. El HRP en su publicación *Social science research policy briefs serie 2, No 1*, de agosto del 2001, basado en estudios hechos en Shangai, China, estima que se pudo haber prevenido el 60% de los abortos inducidos si las mujeres que participaron en el estudio hubieran tenido acceso a la AOE y la hubiesen utilizado correctamente”⁴¹.

³⁷ Ibid., 9.2., p. 15.

³⁸ NFPA, *Estado de la Población Mundial 2005*, Nueva York, p. 3.

³⁹ UNFPA, Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano, 9.2. *Contribución de la AOE a la reducción de la mortalidad materna*, p. 15.

⁴⁰ Ibid., 9.3. *Contribución de la AOE a la prevención de abortos*, p. 16.

⁴¹ Ibid., p. 16.

Adicionalmente, cabe señalar que la anticoncepción de emergencia está disponible en más de 80 países del mundo y en países como Canadá, Finlandia, Francia, Portugal, Bélgica, Reino Unido y Estados Unidos, se vende sin receta médica⁴². En América Latina países como Argentina, Colombia, Chile, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Jamaica, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela cuentan con productos dedicados de anticoncepción oral de emergencia⁴³.

Si bien el presente trabajo tiene por objeto revisar lo que las cortes y tribunales latinoamericanos han señalado sobre la anticoncepción oral de emergencia, me parece interesante –antes de concluir este primer capítulo– citar algunos pasajes de la sentencia expedida por la Alta Corte de Justicia de Londres, en el caso *Smeaton vs. Secretaría de Estado para la Salud (Secretary of State for Health)*, el 18 de abril de 2002. John Smeaton, en representación de la Sociedad para la Protección de los No Nacidos (*Society for the Protection of Unborn Children*), demandó a la Secretaría de Estado para la Salud, alegando que el suministro de anticoncepción de emergencia representaba una ofensa criminal, de acuerdo con las secciones 58 y/o 59 del Acta de Ofensas en contra de la Persona de 1861, por ser abortiva⁴⁴. La demanda fue desestimada, y en la sentencia que puso fin al proceso se citó parte de la declaración que brindó la Directora Ejecutiva de la Asociación de Planificación Familiar (Family Planning Association FPA), Anne Weyman, quien señaló:

⁴² PROFAMILIA, respuesta a la demanda de tutela presentada por Juan Carlos Barrera Rojas contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, y PROFAMILIA, con el objeto de evitar la comercialización y distribución de Postinor 2, *Antecedentes de la anticoncepción de emergencia*, p. 7.

⁴³ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial N 78*, op. cit. p. 41.

⁴⁴ Parte importante de esta sentencia ha sido publicada en la *Revista Mexicana de Bioética*, año 1, número 1, diciembre de 2003, Director Pedro Ismael Morales Aché, Medilex, México, pp. 87-123.

Todas las mujeres que utilizan [la anticoncepción de emergencia] son mujeres que están tomando una decisión responsable y deben ser apoyadas en esta decisión (...) desde el punto de vista de la FPA existen razones muy poderosas por las que es mejor proveer anticoncepción de emergencia que colocar a la mujer en una situación en la que ella pudiera buscar un aborto (...) desde el punto de vista de la FPA es de vital importancia que el Levonelle⁴⁵, u otros productos similares, estén disponibles en las farmacias...la anticoncepción de emergencia es un área vital de la planificación familiar que actualmente es subutilizada dentro del repertorio de anticonceptivos. Un acceso y suministro más amplio podrían contribuir a la disminución de embarazos no planeados y no deseados⁴⁶.

Adicionalmente, el Juez Munby, sostuvo en la sentencia: “La responsabilidad del gobierno es garantizar la seguridad médica y farmacéutica de los productos que se ofrecen en el mercado y la provisión de una guía y asesoría adecuada. Después de esto, a mi parecer, el respeto a la autonomía personal pertenece a otras áreas de la ética médica, en la que nuestra ley ha reconocido la necesidad de dejar las decisiones a los individuos (...)”⁴⁷.

⁴⁵ Producto dedicado de anticoncepción oral de emergencia, compuesto de 1.5 mg de levonorgestrel, véase www.levonelle.co.uk.

⁴⁶ *Revista Mexicana de Bioética*, op. cit., pp. 107-108. Cabe señalar que en la sentencia *Smeaton vs. Secretary of State for Health* se asume que la AOE, como las pastillas anticonceptivas y el dispositivo intrauterino, puede prevenir la implantación. Por ello resultan interesantes las consideraciones que la sentencia incorpora sobre las consecuencias que traería declarar como crimen el uso de esos métodos anticonceptivos.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 123.

Capítulo II

Procesos constitucionales y ordinarios concluidos en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú

1. Argentina

1.1 Proceso de amparo para impedir la fabricación, distribución y comercialización del producto dedicado Imediat: sentencia de la Corte Suprema de la Nación del 5 de marzo de 2002

En la ciudad de Córdoba la asociación civil sin fines de lucro Portal de Belén, representada por Aurelio García Elorrio y Jorge Rafael Scala, presentó una demanda de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a fin de que se ordenara a dicho ministerio retirar la autorización y prohibir la fabricación, distribución y comercialización del fármaco de laboratorios Gador S.A., cuyo nombre comercial era Imediat, “debiendo ser decomisados y destruidos los ejemplares que se encuentran en cualquier lugar”⁴⁸. La comercialización de

⁴⁸ Portal de Belén, asociación civil sin fines de lucro, escrito de demanda presentado ante el Juez Federal de Córdoba, con el objeto de impedir la comercialización de Imediat. Cabe indicar que el artículo 43 de la Constitución argentina establece que: “ Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Por su parte, el artículo 2 inciso e) de la Ley 16.986 prevé un término de quince días para interponer el amparo, contado a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado.

dicho anticonceptivo, bajo receta médica, había sido autorizada mediante disposición ANMAT N° 3243, de 12 de julio de 1996, inicialmente con el nombre de Cristerona PC4, denominación que había sido cambiada por IMEDIAT, mediante disposición ANMAT M° 4595, de 20 de agosto de 1998⁴⁹.

La demandante alegó que el mencionado fármaco era abortivo y que vulneraba el derecho a la vida humana desde la concepción, que se encontraba protegido en tratados internacionales de derechos humanos –en especial en la Convención sobre los Derechos del Niño– con jerarquía constitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22) de la Constitución argentina.

Asimismo, adjuntó un informe suscrito por un ginecólogo, profesor adjunto de la Facultad de Medicina de la Universidad del Rosario, en el que se afirmaba que el fármaco Imediat también inhibía la implantación en el endometrio o provocaba “la eliminación de un embrión recién implantado”⁵⁰. Adicionalmente, presentó el prospecto del mencionado anticonceptivo, que señalaba que las píldoras de emergencia “pueden impedir la fijación en la matriz. Pero si las toma después de que el embrión se ha fijado, el embarazo está establecido y las gageas ya no pueden dañarlo”⁵¹.

La defensa del Ministerio de Salud y Acción Social se centró en la inadmisibilidad del recurso de amparo por ser extemporáneo habida cuenta que desde hacía varios años se venía comercializando IMEDIAT, en la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en la conducta del referido ministerio ya que la lesión de los derechos debía emanar del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, y en la falta de legitimación procesal activa de

⁴⁹ ANMAT: Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica.

⁵⁰ Portal de Belén, demanda de amparo, IV. *El derecho lesionado y la legitimación activa*, C. *Acción abortiva del Imediat*, 1, p. 7.

⁵¹ *Ibid.*, C.3., p. 8.

la demandante pues no había ni agravio concreto ni persona afectada que hubiera reclamado por un daño efectivo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la demanda de amparo era admisible porque en el caso se encontraba en juego el derecho a la vida previsto en la Constitución, en diversos tratados internacionales y en la ley civil.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que:

- a) Surgía del prospecto de fs. 14 y del informe de fs. 107/116 que el fármaco Imediat tenía tres modos de acción, siendo el tercero la modificación del tejido endometrial, produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que llevaba a inhibir la implantación⁵²;
- b) Ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comenzaba con la fecundación, el citado tercer efecto del anticonceptivo en cuestión constituía una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial que no era susceptible de reparación ulterior⁵³. En efecto, todo método que impidiera el anidamiento debía ser considerado como abortivo⁵⁴;
- c) Dicha solución se condecía con el principio *pro homine*, que informaba todo el derecho de los derechos humanos; además, las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos debían entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano⁵⁵;

⁵² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 5 de mayo de 2002, considerando 9, p. 4.

⁵³ Previamente la Corte Suprema había citado las opiniones de cinco profesionales, tres de ellos profesores de biología celular y anatomía de universidades norteamericanas, en el sentido de que existe un ser humano desde la fecundación (considerandos 5 y 6).

⁵⁴ *Ibid.*, considerando 10, p. 4.

⁵⁵ *Ibid.*, considerando undécimo, p. 4.

d) El derecho a la vida era el primer derecho natural de la persona preexistente a toda la legislación positiva⁵⁶; por ello, a partir de lo señalado en los tratados internacionales, especialmente el Pacto de San José y la Convención sobre los Derechos del Niños, la Corte Suprema había reafirmado el derecho a la vida⁵⁷.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró procedente el recurso de amparo, revocando la sentencia apelada que lo había rechazado, y ordenó al Ministerio de Salud y Acción Social, Administración Nacional de Medicamentos y Técnica Médica (ANMAT), que dejara sin efecto la autorización del fármaco Imediat, prohibiendo su fabricación, distribución y comercialización.

El caso se resolvió por cinco votos a favor y cuatro en contra. Dos de éstos últimos opinaron porque se declarara improcedente la demanda en la medida que el amparo no era la vía procesal idónea sino que era preciso un juicio contencioso con pruebas suficientes y no meras opiniones de médicos o especialistas.

⁵⁶ Ibid., considerando duodécimo, p. 5.

⁵⁷ Ibid., considerando decimotercero, p. 5.

2. Colombia

2.1 Tutela presentada contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, y la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana PROFAMILIA para evitar la comercialización y distribución de anticoncepción oral de emergencia: sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 22 de septiembre de 2004

La acción de tutela

El señor Juan Carlos Barrera Rojas, presentó ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, una acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, y la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana, PROFAMILIA. Dicha acción tenía como finalidad obtener la protección del derecho fundamental a la vida del *nasciturus*, pues el demandante alegaba que dicho derecho había sido vulnerado por las autoridades y órganos mencionados al permitir la comercialización y distribución de un producto que poseía en su composición el principio activo levonorgestrel, el cual tenía efecto abortivo⁵⁸.

⁵⁸ Debe indicarse que en Colombia, además de los procesos judiciales a los que se hace referencia en este trabajo, en el 2001 hubo un procedimiento iniciado para que el Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) revisara la Resolución N° 266285, de 14 de septiembre de 2000, a través de la cual se concedió el Registro Sanitario 014686 para que PROFAMILIA importara y vendiera POSTINOR 2. Formalmente, mediante Resolución 276906, de 28 de febrero de 2001, el INVIMA decidió revisar de oficio el Registro Sanitario 014686. Sin embargo, en una comunicación de fecha 14 de marzo de 2001, enviada por la Defensoría del Pueblo de Colombia al Director General del INVIMA, a fin de que se confirmara el registro sanitario del POSTINOR 2, la Defensoría del Pueblo afirmó que si bien en la Resolución 276906 no se indicaba la razón de la revisión de oficio, ella

Adicionalmente, el demandante afirmó que INVIMA había concedido registro sanitario a diferentes sustancias, las mismas que habían sido importadas por PROFAMILIA. Añadió que el Ministerio de la Protección Social, mediante circulares –como la número 18 de 18 de febrero de 2004– promovía que los entes territoriales adoptaran políticas que incentivaran la utilización de métodos de anticoncepción hormonal que eran abortivos. En cuanto a la Vicepresidencia señaló que, debiendo velar por la defensa de los derechos humanos, había omitido esta tarea⁵⁹.

La acción se hizo extensiva a los laboratorios “Gedeon Richter S.A.”, “Leiras Oypharmaceuticals”, “Wyeth Inc.”, “Hra Pharma”, “Schering A.G.”, e “Inc. Wyeth”, pues se alegó que eran titulares de registros sanitarios de AOE concedidos por el INVIMA.

La respuesta a la tutela, la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Bogotá y la Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

se relacionaba con la comunicación que la Conferencia Episcopal de Colombia había enviado a la Ministra de Salud y al propio Director General del INVIMA, en la cual expuso una serie de argumentos en contra del otorgamiento del registro sanitario al medicamento POSTINOR 2 y solicitó que dicho registro fuera revocado. Por su parte, PROFAMILIA también desarrolló en este procedimiento los argumentos por los que consideraba que el Registro Sanitario del POSTINOR 2 no violaba la legislación colombiana. En el Acta 35/2001, de 6 de noviembre de 2001, consta que la Comisión Revisora del INVIMA reafirmó la opinión sobre los mecanismos de acción de la anticoncepción de emergencia para los productos con principio activo levonorgestrel 0.75 mg (mecanismo de acción sobre el moco cervical –espesamientos– y sobre el transporte de espermatozoide humano dificultando la penetrabilidad del espermatozoide en el óvulo). Mediante Resolución N° 2001297067, de 15 de noviembre de 2001, el INVIMA adoptó el concepto de la Comisión Revisora. Por Resolución N° 2002000510 de 11 de enero de 2002, el INVIMA resolvió la revisión de oficio y reiteró que el Postinor 2 podía comercializarse en los términos y condiciones en los que había sido otorgado el registro sanitario. Al respecto, véase *Anticoncepción de emergencia. Un derecho de la mujer. La experiencia de Colombia*, IPPF, Fundación Bergstrom, PROFAMILIA, Colombia.

⁵⁹ Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de 22 de septiembre de 2004, Antecedentes, p. 2.

PROFAMILIA, representada por María Isabel Plata, en respuesta a la tutela planteada, afirmó que ésta era improcedente porque, según el artículo 86° de la Constitución, aquella sólo procedía cuando el afectado no dispusiera de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela se utilizara como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁶⁰. PROFAMILIA sostuvo que para cuestionar los actos administrativos, como el otorgamiento de un registro sanitario, existía la acción de nulidad en la jurisdicción de lo contencioso administrativo ante el Consejo de Estado, donde ya se había iniciado un trámite de esa naturaleza. En segundo lugar, señaló que, de acuerdo con el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamentaba la acción de tutela, sólo las personas podían interponer este tipo de acción, y el no nacido no era persona⁶¹. En tercer lugar, afirmó que el fallo de tutela tenía efectos interpartes, que no tenía carácter *erga omnes*, por ello no se podía pretender vincular a todos los actuales y eventuales *nasciturus*⁶².

En relación a que uno de los mecanismos de acción de la anticoncepción hormonal de emergencia era impedir la implantación, PROFAMILIA aseveró que ello no era cierto, pues los últimos estudios al respecto demostraban que el citado anticonceptivo no tenía efecto antimplantatorio. Es importante

⁶⁰ PROFAMILIA, contestación a la demanda de tutela, Improcedencia de la acción de tutela, p. 1.

⁶¹ PROFAMILIA citó la sentencia C-133/94 de la Corte Constitucional de Colombia para sustentar que el que está por nacer no era persona. En el 2006, dicha corte, al resolver sobre la penalización absoluta del aborto y el derecho a la vida, ha reafirmado que el que está por nacer no es persona si bien merece protección constitucional. Textualmente, la Corte Constitucional ha sostenido que “hay que establecer una distinción entre la vida como bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental (...). El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esa condición”, esto es, el que está por nacer; véase la sentencia C-355/06, fundamento 5.

⁶² PROFAMILIA contestación a la demanda de tutela, Improcedencia de la acción de tutela, pp. 4-5.

destacar que los estudios que citó PROFAMALIA fueron los siguientes⁶³:

A. Estudios realizados en animales de experimentación

1. Título: “La administración post-coital de levonorgestrel no interfiere con eventos post-fecundación en la mona del nuevo mundo *Cebus apella*” (“Post-coital administration of levonorgestrel does not interfere with post-fertilization events in the new-world monkey *Cebus apella*”).

Autores: M.E. Ortiz, R.E. Ortiz, M.A. Fuentes, V.H. Parraguez, y H.B. Croxatto. Unidad de Biología de la Reproducción y el Desarrollo. Facultad de Ciencias Biológicas, Universidad Católica de Chile y Facultad de Veterinaria y Ciencias Animales, Universidad de Chile. Santiago, Chile.

Revista: *Human Reproduction* (enviado en noviembre de 2003).

2. Título: “El tratamiento postcoital con levonorgestrel no altera los eventos postfecundación en la rata” (“Postcoital treatment with levonorgestrel does not disrupt postfertilization events in the rat”).

Autores: Muller A.L., Lladós C., Croxatto H.B. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Ciencias Biológicas, Unidad de Reproducción y Desarrollo, Santiago, Chile.

Revista: *Contraception* 2003, 67:415-419.

⁶³ Ibid., *Antecedentes de la anticoncepción de emergencia*, pp. 11-19.

B. Estudios realizados en mujeres

1. Título: “Efecto de la administración de levonorgestrel sólo como anticoncepción de emergencia (AE) sobre la función ovulatoria”.

Autores: Brache V., Croxatto H., Cochon L., Massai R., Alvarez F., Forcelledo M.L., Faundes A., Pavez M., Salvatierra A.M. PROFAMILIA, Santo Domingo, Republica Dominicana ICMER, Santiago, Chile.

Revista: *Resúmenes de la XVIII Reunión de la Asociación Latinoamericana de Investigadores en Reproducción Humana*. Varadero, Cuba 28-31 mayo, 2003.

2. Título: “Efecto de levonorgestrel como anticoncepción de emergencia sobre receptores de endometrio durante la ventana de implantación”.

Autores: Palomino A., Boric A., Gabler F., Espinoza A., Vega M., Devoto L. Instituto de Investigaciones Materno Infantil, Departamento de Obstetricia y Ginecología, Facultad de Medicina, Hospital Clínico San Borja-Ariarán. Santiago, Chile.

Revista: *Resúmenes de la XVIII Reunión de la Asociación Latinoamericana de Investigadores en Reproducción Humana*. Varadero, Cuba 28-31 mayo, 2003.

3. Título: “Del mecanismo de acción de la administración a corto plazo de levonorgestrel como anticoncepción de emergencia” (“On the mechanism of action of short-term levonorgestrel administration in emergency contraception”).

Autores: Durand M., del Cravioto M.C., Raymond E.G., Duran-Sánchez O., De la Luz Cruz-Hinojosa M., Cas-

tell-Rodriguez A., Schiavon R., Larrea F. Departamento de Biología de la Reproducción, Instituto de Ciencias Médicas y Nutrición Salvador Zubirán; Departamento de Biología Celular, Escuela de Medicina, Universidad Autónoma de México; Servicio de Salud Reproductiva, Instituto Nacional de Pediatría. Ciudad de México, México. Family Health International, Research Triangle Park, NC, USA.

Revista: *Contraception* 2001; 64:227-34.

4. Título: “Anticoncepción de emergencia con mifepristona y levonorgestrel: mecanismo de acción” (“Emergency contraception with mifepristone and levonorgestrel: mechanism of action”).

Autores: Marions L., Hultenby K., Lindell I., Sun X., Stabi B., Gemzell Danielsson K. Department of Women and Child Health, Karolinska Hospital and Unit of, Huddinge Hospital, Stockholm, Sweden.

Revista: *Obstet Gynecol* 2002;100:65-71.

5. Título: “Los efectos hormonales y periféricos del d-norgestrel en anticoncepción postcoital” (“The hormonal and peripheral effects of d-Norgestrel in postcoital contraception”).

Autores: Kesserü, E., Garmendia, F., Westphal, N. y Parada J. Departamento de Obstetricia y Ginecología, Universidad Cayetano Heredia, Lima, Perú.

Revista: *Contraception* 1974, 10:411.

Por su parte, la apoderada del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República-Vicepresidencia de la República, señaló que ésta no había generado la supuesta vulneración y que en relación a los derechos humanos sólo

cumplía una labor de asesoría a la Presidencia, por lo que solicitó ser excluida de los efectos de la sentencia.

La representación legal del INVIMA afirmó que la institución había concedido los registros cuestionados por encontrar que se ajustaban a las disposiciones sanitarias. Señaló que la función de dichos medicamentos era prevenir la ovulación o la anidación del óvulo fecundado⁶⁴, y que la acción era improcedente por existir la vía contencioso administrativa.

El representante legal y apoderado de Wyeth Inc. y Schering S.A., respectivamente, sostuvieron que el medicamento no era abortivo sino que prevenía el embarazo. El último de ellos agregó que la tutela era improcedente porque existían otros medios de defensa y que el accionante carecía de legitimación procesal⁶⁵.

Mediante sentencia de 3 de agosto de 2004, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá negó por improcedente la tutela instaurada por Juan Carlos Barrera Rojas. Esta sentencia fue impugnada ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

A través de la sentencia de 22 de septiembre de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, confirmó el fallo impugnado. La Corte Suprema afirmó que la tutela era improcedente porque el actor aspiraba a una abstracta protección de los *nasciturus*, lo que implicaba que no se abogara “por una lesión a la garantía de un ser humano específico”⁶⁶. La referida corte añadió que ello no suponía que el *nasciturus* no fuera digno de protección por parte de las autoridades judiciales, pero esa protección no se otorgaba

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 3 de agosto de 2004, 1. Antecedentes, 1.2. Pruebas aportadas al expediente, 1.2.4.

⁶⁵ Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, 22 de septiembre de 2004, Antecedentes., pp. 3-5.

⁶⁶ *Ibid.*, Consideraciones 1., p. 7.

a través del trámite de la tutela. Además, citó el numeral 5) del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que establece que la acción de tutela no procederá: “5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”.

Para la Corte Suprema los reproches del demandante apuntaban a los actos administrativos del registro de los medicamentos y para ese cometido existía la jurisdicción contencioso administrativo⁶⁷. Pero también señaló que existían las acciones populares o de grupo, previstas en el artículo 88° de la Constitución y desarrolladas por la Ley 472 de 1998.

3. Chile

3.1 Recurso de protección para impedir la comercialización del producto dedicado Postal: sentencia de la Corte Suprema de 30 de agosto de 2001⁶⁸

En la ciudad de Santiago, las organizaciones no gubernamentales de Desarrollo para la Investigación, Formación y Estudio sobre la Mujer (ISFEM)⁶⁹, el Centro Internacional para la Vida Humana⁷⁰, el Movimiento Mundial de Madres⁷¹, la organización Frente por la Vida y la Acción Solidaria⁷², el Centro Juvenil Ages⁷³ y el Movimiento Nacional por la Vida “Aniü-Küyen”⁷⁴, presentaron recursos de protección contra el Instituto de Salud Pública (ISP), contra la

⁶⁷ Ibid., Consideraciones 4., p. 9.

⁶⁸ Sobre el debate en Chile acerca de la anticoncepción oral de emergencia véase Dides Castillo, Claudia, *Voces en emergencia: el discurso conservador y la píldora del día después*, op. cit.

⁶⁹ Representada por Sara Philippi Izquierdo.

⁷⁰ Representado por Patricio Mena González.

⁷¹ Representado por Elizabeth Bunster Chacón.

⁷² Representada por Patricio García Palominos.

⁷³ Representado por Juan Jara Opazo.

⁷⁴ Representado por Patricio García Palomino.

Ministra de Salud, y las tres últimas organizaciones también contra el Laboratorio Médico Silesia S.A. Estas organizaciones señalaron actuar en nombre de ellos mismos, de los que están por nacer en Chile, de sus madres y padres, y en especial por toda mujer, “víctima potencial”, aduciendo que el derecho a la vida estaba amenazado por el acto arbitrario e ilegal de la autoridad sanitaria, que había dado su aprobación para la comercialización del fármaco Postinal⁷⁵. Sostuvieron que el derecho a la vida estaba reconocido en la Constitución⁷⁶ así como en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁷.

A través de los citados recursos de protección pretendían dejar sin efecto la Resolución N° 2141, de 21 de marzo de 2001, del Instituto de Salud Pública, mediante la cual se concedió el registro sanitario al fármaco Postinal.

Las organizaciones demandantes solicitaron la declaración de ilicitud constitucional de la droga levonorgestrel, el reconocimiento del derecho a la vida del que está por nacer

⁷⁵ Artículo 20 de la Constitución. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes (...).

⁷⁶ Artículo 19 de la Constitución. La Constitución asegura a todas las personas:

1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La Ley protege la vida del que está por nacer (...).

⁷⁷ Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

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

y que se ordenara a la Ministra de Salud que se abstuviera de autorizar la comercialización del levonorgestrel⁷⁸.

Las organizaciones demandantes alegaban que Postinal, en comprimidos de 0.75 mg, contenía la droga levonorgestrel que era abortiva “toda vez que su administración inhibe la ovulación, evita la fecundación del óvulo al hacer perder a las trompas de Falopio aquellas contracciones que permiten el desplazamiento espermático, alteran el moco cervical haciéndolo impermeable a los espermios, y por evitar la anidación del huevo al provocar la atrofia del endometrio”⁷⁹.

La Corte Suprema de Chile admitió que el recurso de protección era el medio procesal adecuado en el presente caso, pues estaba formulado en términos muy amplios en el artículo 20 de la Constitución. Asimismo, aceptó que las organizaciones demandantes se encontraban facultadas para solicitar una decisión jurisdiccional en este caso, es decir, reconoció la legitimación procesal activa de los actores, ya que la acción entablada tenía por finalidad proteger a seres en desarrollo después de la concepción y que en un momento determinado, acabado su desarrollo intrauterino, surgirían a la vida legal con todos los atributos de las personas⁸⁰.

En cuanto a la materia controvertida la Corte Suprema de Chile señaló que:

- a) Los demandados habían aceptado que uno de los posibles efectos del Levonorgestrel era el de evitar el proceso de implantación del óvulo fecundado en el útero de la madre, puesto que su administración producía una alteración o modificación en la respuesta del endometrio a las hormo-

⁷⁸ Sentencia de la de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 28 de mayo de 2001, Vistos y teniendo presente, p. 1.

⁷⁹ Ibid., p. 1.

⁸⁰ Sentencia de la Corte Suprema, Vistos, 7, p. 2. Sobre los cuestionamientos al reconocimiento de la Corte Suprema de la legitimación procesal activa de los recurrentes, véase Bascuñán Rodríguez, Antonio, “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, en *Estudios Políticos* 95, 2004, pp. 45 y ss.

nas sexuales, haciéndolo menos apto o impidiendo su implantación⁸¹.

- b) En apoyo a su decisión para aceptar el fármaco con contenido de la droga Levonorgestrel en calidad de contraceptivo de emergencia, los demandados habían citado una definición operativa de la Organización Mundial de la Salud y otra de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, en virtud de las cuales el embarazo comenzaba cuando un huevo fecundado se implantaba en la pared uterina, y que el aborto inducido era el término del embarazo después de ocurrida la implantación⁸²;
- c) En oposición, las organizaciones demandantes estimaban, basadas también en evidencia científica, que el huevo fecundado era una célula viva con material genético único. En aval a su postura afirmaban que muchos países consideraban en su legislación que el momento de la concepción era el punto de partida desde el cual debía protegerse la vida humana por el ordenamiento jurídico⁸³;
- d) En consecuencia debía resolverse desde cuándo correspondía otorgar protección constitucional a la existencia de la vida⁸⁴;
- e) Desde la perspectiva señalada se hacía evidente que el que está por nacer –cualquiera que sea la etapa de su desarrollo

⁸¹ Sentencia de la Corte Suprema, En cuanto al fondo, 10, p. 3. Cabe señalar que en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de 28 de mayo de 2001, se indica que la Ministra de Salud había señalado que al haberse iniciado el proceso de fecundación, implantación o anidación del embrión, el método perdía totalmente su efectividad, sin ningún riesgo específico de malformaciones congénitas u otros propios del embarazo. En esta sentencia hay también una referencia a una “guía” de la Organización Mundial de la Salud, que señala que la anticoncepción de emergencia se emplea en casos de violación, de relaciones sexuales voluntarias sin protección o cuando hay un uso incorrecto o inconsistente de un método anticonceptivo.

⁸² *Ibid.*, 11, p. 3.

⁸³ *Ibid.*, 12, pp. 3-4.

⁸⁴ *Ibid.*, 14, p. 4.

pre natal– tenía derecho a la vida, es decir, tenía derecho a nacer, pues la norma constitucional no hacía ningún distinguo;

- f) Impedir la implantación de un óvulo fecundado era a la luz de las disposiciones constitucionales, legales y convencionales sinónimo de aborto penalizado como delito⁸⁵.

Por lo tanto, la Corte Suprema revocó la sentencia apelada que había rechazado los recursos de protección, los acogió, dejando sin efecto la Resolución N° 2141 de 21 de marzo de 2001, del Instituto de Salud Pública, que concedió el Registro Sanitario al fármaco Postinal, elaborado sobre la base de la droga levonorgestrel.

Poco antes de dictarse dicha sentencia, el ISP autorizó el registro sanitario de Postinor 2. Por ello, los recurrentes solicitaron a la Corte Suprema que declarara que su fallo alcanzaba al Postinor 2. La Corte Suprema reenvió esa solicitud a la Corte de Apelaciones, que rechazó el pedido. Esta decisión fue apelada a la Corte Suprema, que confirmó la resolución de la Corte de Apelaciones⁸⁶.

Ante esta situación, según Lidia Casas y Jorge Contesse, los recurrentes iniciaron dos acciones contra el Postinor 2, una ante la Contraloría General de la República y otra bajo la ley de protección al consumidor. La primera de las acciones mencionadas no prosperó, y la segunda fue abandonada por los recurrentes⁸⁷.

⁸⁵ Ibid., 20, p. 5.

⁸⁶ Véase Casas, Lidia y Contesse, Jorge, “La píldora del día después. Derechos sexuales y reproductivos, protección de la vida y políticas públicas”, en <http://www.gvdireito.com.br/casoteca/default.aspx?pagid=KPDHTQRP&menuid=137>, pp. 16-17.

⁸⁷ Ibid., pp. 17-18.

3.2 Juicio ordinario de declaración de nulidad de derecho público del registro sanitario de Postinor 2: sentencia de la Corte Suprema de 28 de noviembre de 2005

A finales del 2002, una de las organizaciones que había presentado uno de los recursos de protección contra Postinal, inició un nuevo proceso judicial.

En efecto, el Centro Juvenil Ages, representado por el estudiante Juan Enrique Jara Opazo, planteó una demanda en un juicio ordinario contra el Instituto de Salud Pública de Chile (ISP), solicitando la declaración de nulidad de derecho público de un acto administrativo, la Resolución N° 7.224, de fecha 24 de agosto de 2001, que se materializó en el registro ISP F-8527/01, que permitió la venta de Postinor 2. El referido centro juvenil afirmaba que el ISP había generado una situación de manifiesta ilegalidad e inconstitucionalidad al desconocer el derecho a la vida de los concebidos y no nacidos, en la medida en que la citada resolución había autorizado al Laboratorio Grünenthal a comercializar Postinor 2. Asimismo, el demandante alegó que el Levonorgestrel 0.75, elaborado por el referido laboratorio, se encontraba a la venta en diversas farmacias, no obstante que la Corte Suprema, mediante sentencia de 30 de agosto de 2001, había declarado que dicho principio activo amenazaba el derecho a la vida del concebido y no nacido al tener efecto antimplantatorio, prohibiendo la comercialización y distribución de Postinal.

El demandante sustentó su demanda, principalmente, en lo dispuesto en el artículo 19 1) de la Constitución chilena, en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Afirmó que si el ISP tenía dudas sobre el posible efecto abortivo del Postinor 2, debía aplicar el principio pro vida, a favor de los concebidos y no nacidos, en la medida en que cualquier cuestionamiento científico debía ser interpretado con un criterio que beneficiara a los derechos humanos.

Adicionalmente, el demandante alegó que la autorización administrativa de un producto que amenazaba la vida del embrión constituía una desviación de poder que sólo era subsanable mediante la declaración de nulidad de derecho público, pues el ISP no tenía competencia para autorizar el registro de productos que amenazaran o atentaran contra el derecho a la vida. Por otro lado, señaló que el demandado al haber autorizado la comercialización del Postinor 2 había generado otra causal de nulidad de derecho público, pues se había infringido la garantía de la igualdad reconocida en el artículo 19 inciso 2) de la Constitución chilena⁸⁸, pues después del fallo de la Corte Suprema de 2001 sólo estaría prohibida la comercialización del Postinal y no la de otros productos producidos con Levonorgestrel 0.75, como el Postinor 2. Esta situación discriminatoria violaba la igualdad ante la ley, pues no protegía a los embriones humanos frente a la segunda píldora del día después (Postinor 2).

Los representantes del ISP contestaron la demanda señalando que el demandante era una organización municipal que se atribuía la representación de “toda mujer” y del “concebido y no nacido”, pero que carecía de los requisitos para comparecer en juicio, según los artículos 4 y 6 del Código de Procedimiento Civil, y que debía circunscribir su acción sólo a la comuna en la que registró su personalidad jurídica, de conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 2 de la Ley 19.418.

Asimismo, el ISP afirmó que había sometido la solicitud de registro del producto Postinor 2 a la evaluación correspondiente, resultando ésta positiva en cuanto a las propiedades farmacéuticas, farmacológicas, toxicológicas,

⁸⁸ Artículo 19 de la Constitución. La Constitución asegura a todas las personas:

2.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

clínicas y terapéuticas, motivo por el cual se había autorizado su inscripción en el Registro Nacional de Productos Farmacéuticos⁸⁹.

El ISP sostuvo que dos eran los mecanismos del levonorgestrel en la prevención del embarazo: la anovulación y los cambios en el moco cervical, que impiden la migración de espermatozoides y la consecuente fertilización o fecundación. Indicó que el levonorgestrel era utilizado como principio activo en más del 70% de los anticonceptivos que se comercializaban a nivel nacional y mundial, y que más bien la progesterona era utilizada para prevenir los abortos naturales. El ISP citó a la Organización Mundial de la Salud para afirmar que la anticoncepción de emergencia era recomendada para evitar un embarazo tras un coito practicado sin protección. Adicionalmente, sostuvo que desde la perspectiva científica actualmente disponible debían distinguirse procesos previos al nacimiento: la producción de espermatozoides y la ovulación de la mujer, la inseminación o fertilización y la implantación del óvulo fertilizado en el útero de la mujer, el surgimiento del embrión y posteriormente del feto, y finalmente el nacimiento. Respecto del principio activo levonorgestrel, afirmó que existía certeza científica respecto de los dos mecanismos de acción mencionados.

El ISP señaló que en el evento de que el óvulo se encontrara fertilizado no se podía hablar de un individuo por nacer, ya que mientras la madre no hubiera establecido un vínculo orgánico y biológico que le permitiera proporcionarle nutrientes indispensables para su evolución y desarrollo, no

⁸⁹ Lidia Casas y Jorge Contesse señalan que en un primer momento la defensa del ISP se basó en argumentos formales y no de fondo, al sostener que AGES carecía de personería jurídica para presentar la demanda. Esta estrategia coincidió con el hecho de que el director del ISP era militante de la democracia cristiana. La estrategia de defensa varió cuando se nombró un nuevo director, entonces el ISP sostuvo que la AOE era un método seguro, eficaz y que no tenía efecto antiimplantatorio, véase Casas, Lidia y Contesse, Jorge, “La píldora del día después. Derechos sexuales y reproductivos, protección de la vida y políticas públicas”, op. cit. pp. 21 y ss.

había surgido, desde el punto de vista legal, un individuo que está por nacer. Adicionalmente, señaló que, desde el punto de vista penal, de acuerdo con la mayoría de tratadistas, se debía proteger el producto de la concepción desde la anidación de huevo fecundado hasta el nacimiento. Por otro lado, en el debate constituyente de 1980, se había dejado al legislador la definición legal del momento de la concepción.

Según el ISP, la ley civil y la ley penal establecían tres requisitos indispensables para conceptuar la concepción o el inicio de la vida del que está por nacer: la existencia de un óvulo humano fecundado, la presencia de una mujer y la existencia indubitada de vínculos materiales biológicos y orgánicos entre el óvulo fecundado y la mujer, requisitos que se daban sólo en el momento en que se producía la anidación o implantación.

También sostuvo el ISP que había que distinguir entre fármacos anticonceptivos y fármacos abortivos, ya que éstos no podían ser registrados por la autoridad sanitaria aún cuando fueran seguros y eficaces. Finalmente, señaló que la Corte Suprema no se había pronunciado en términos generales y absolutos sobre la prohibición de la comercialización de fármacos con contenido de levonorgestrel en la dosis de 0.75 miligramos.

En relación al artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el ISP citó el caso Baby Boy, de 6 de marzo de 1981, en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que la palabra “en general” fue incorporada al artículo 4.1 de la referida convención como un acuerdo con aquellos Estados miembros cuyas leyes nacionales permitían el aborto y la pena de muerte⁹⁰.

La sentencia de primera instancia, de 30 de junio de 2003, acogió la demanda del Centro Juvenil Ages, declarando nula de derecho público la Resolución N° 7.224, que se materializó

⁹⁰ Sentencia de la Juez Suplente del Vigésimo Juzgado Civil de Santiago, Vistos, p. 7.

en el registro ISP F-8527/01, que permitió la venta o comercialización del Postinor 2. Esta sentencia fue apelada por el ISP y por los terceros coadyuvantes por la parte demandada (Lidia Casas Becerra, abogada de la Asociación de Protección a la Familia –APROFA– María Verónica Schiappaccase y Claudia Olaya Dides Castillo). En el escrito de apelación de los terceros coadyuvantes se citaron las investigaciones en virtud de las cuales se había determinado que la AOE carecía de efecto antimplantatorio, entre ellas: “Post coital administration of levonorgestrel does not interfere with post fertilization events in the new-world monkey *Cebus Apella*” de los autores María Elena Ortíz, R.E. Ortíz, M.A. Fuentes, VH Parraguez y H.B. Croxatto”, publicado en *Human Reproduction* 19:1352-1356 (2004)⁹¹.

El 10 de diciembre de 2004, la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, revocó la sentencia de primera instancia, permitiendo la comercialización del Postinor 2. Por ello, el referido centro juvenil presentó un recurso de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de la Novena Sala de Apelaciones.

A través de la sentencia del 28 de noviembre de 2005, la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación planteado. En primer lugar, la citada corte reconoció la legitimación procesal activa del Centro Juvenil Ages para obtener una decisión jurisdiccional respecto a la vulneración de los derechos atribuida al ISP. Dicha legitimación se fundamentaba en lo dispuesto en el artículo 19, Número 1 de la Constitución, pues la organización demandante propendía a la defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del derecho a la vida desde la concepción. Asimismo, la Corte Suprema sostuvo que la legitimación procesal activa del Centro Juvenil Ages también se sustentaba en el artículo 19,

⁹¹ Asociación de Protección a la Familia (APROFA), y otras, Apelación de la sentencia de 30 de junio de 2003, II. Sobre el fondo, no existe evidencia de prueba ninguna de las dos aseveraciones hechas por el testigo, estos hechos no son efectivos, p. 6.

Nº 3, inciso 1 de la Constitución⁹² así como en el derecho de petición regulado en el artículo 19, inciso 14) del mismo texto normativo⁹³.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia señaló que resultaba básico demostrar por quien afirmaba los efectos nocivos de la droga objetada, que ese mal necesariamente se producía con la ingestión del fármaco aludido, toda vez que constituía un principio general probatorio, que le incumbía al actor la prueba de los hechos en que fundaba su demanda⁹⁴.

La Corte Suprema de Justicia sostuvo que no estaba establecido que el fármaco Postinor 2 produjera los efectos dañinos que se invocaban en la demanda para justificar la nulidad de derecho publico. La Corte Suprema textualmente afirmó:

Que en esas circunstancias, la sentencia impugnada al expresar que no se demostró que el fármaco Postinor 2 tuviera los efectos abortivos que sostuvo la demanda y al desestimarla por este motivo, no ha podido transgredir las normas antes indicadas que aseguran la vida del que está por nacer, aún aceptando que esta protección existe desde el momento de la concepción, o sea, desde la unión de un espermatozoide maduro con el óvulo constituyendo el cigoto,

⁹² Artículo 19 de la Constitución. La Constitución asegura a todas las personas:

3.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida (...).

⁹³ Artículo 19 de la Constitución. La Constitución asegura a todas las personas:

14.- El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.

⁹⁴ Sentencia de la Corte Suprema de 28 de noviembre de 2005, considerando veintisiete, p. 17.

cuestión que no se encuentra absolutamente discernida, científica y jurídicamente hablando⁹⁵.

(...) como ya se ha explicado 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 nacer⁹⁶.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia también rechazó el argumento de la organización demandante, por el que reprochaba el tratamiento “de objeto de derecho”, y no de “sujeto de derecho”, dado en la resolución de la Novena Sala de Apelaciones al *nasciturus*. La Corte Suprema de Justicia sostuvo que no se había demostrado que tal fallo hubiera dado a los embriones humanos el mismo tratamiento que reciben las cosas, puesto que la demanda había sido rechazada por la referida Sala de Apelaciones basándose en que no había ninguna seguridad científica de que el fármaco aludido afectara a un embrión, y en consecuencia tuviera efecto abortivo⁹⁷.

En consecuencia, la Corte rechazan los recursos de casación en el fondo y en la forma.

3.3 Proceso de inconstitucionalidad contra las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad: sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de enero de 2007

El 30 de septiembre de 2006 treinta y un diputados presentaron una demanda ante el Tribunal Constitucional de Chile, a fin de solicitar que se declarara inconstitucional la Resolución Exenta N° 583, del 1 de septiembre de 2006,

⁹⁵ Ibid., considerando treinta y uno, p.19.

⁹⁶ Ibid., considerando treinta y cuatro, p. 20.

⁹⁷ Ibid., considerando treinta y cinco, p. 21.

mediante la cual se aprobaron las Normas Nacionales sobre Regulación de Fertilidad.

Al presentar la demanda, los diputados chilenos invocaron el artículo 93° N° 16) de la Constitución, que establece que es competencia del Tribunal Constitucional:

“16°. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.” (...).

Como se aprecia, el mencionado artículo no prevé la competencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las resoluciones exentas.

La demanda, la contestación de la demanda y los informes presentados al proceso

Los demandantes señalaron que la resolución exenta impugnada vulneraba el artículo 19, numerales 1)⁹⁸, 2)⁹⁹, 10)¹⁰⁰ inciso 3 y 26)¹⁰¹, en relación con los artículos 6,

⁹⁸ Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer (...).

⁹⁹ 2. La igualdad ante la ley (...).

¹⁰⁰ 10. El derecho a la educación (...).

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. (...).

¹⁰¹ 26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

numerales 1 y 2¹⁰², 7, numerales 1 y 2, y 32, numeral 6)¹⁰³ de la Constitución. Los cuestionamientos de fondo a las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad se basaban en que:

- a) Se autorizaba el otorgamiento de consejería a menores a partir de los 14 años de edad sin el consentimiento ni el conocimiento de sus padres;
- b) Se regulaba la entrega abierta y gratuita de anticoncepción oral de emergencia en los servicios de salud municipalizados del país, a través de la píldora de progestina pura o a través de píldoras combinadas.

Para sustentar la competencia del Tribunal Constitucional en este caso, los demandantes sostuvieron que la jerarquía de un instrumento legal dependía de la materia que regulaba. Adicionalmente señalaron que si en este caso estaban en juego los derechos a la vida de todas las personas, incluyendo los que están por nacer, el derecho a la igualdad así como el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, estas materias no debían haber sido reguladas por una resolución exenta, que era “de índole administrativa y de la más baja categoría”¹⁰⁴. Por ello, en opinión de los demandantes, el Tribunal Constitucional debía pronunciarse sobre la Resolución Exenta N° 583, aunque ella no se encontrara entre las disposiciones

¹⁰² Artículo 6. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. (...).

¹⁰³ Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

6. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de enero de 2007, Vistos, p. 2.

cuya constitucionalidad podía impugnarse ante el Tribunal Constitucional según la Carta Fundamental chilena. En otras palabras, la competencia del Tribunal Constitucional estaba dada por razón de la materia y no por la jerarquía de la norma cuestionada. Los demandantes sostuvieron que, “desde el punto de vista de su materialidad”¹⁰⁵, se trataba no de una resolución exenta sino de un decreto supremo, que sí se encontraba sujeto al control del Tribunal Constitucional. Finalmente, solicitaron declarar la inconstitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584, y que era un ilícito constitucional que el Estado, a través de cualquiera de sus organismos autorizara el uso, la distribución, la comercialización o la entrega de la llamada píldora del día después, elaborada sobre la base del fármaco levonorgestrel en la dosis 0.75 mg.

La demanda fue admitida por el Tribunal Constitucional el 17 de octubre de 2006, después de rechazar una indicación para no admitir la demanda a trámite por incompetencia del referido tribunal, formulada por los ministros (magistrados) Hernán Vodanovic, Jorge Correa y Francisco Fernández, así como otra indicación al respecto de la Ministra Marisol Peña.

Mediante escrito de 27 de octubre de 2006, la ex Ministra Secretaria General de la Presidencia de la República, Paulina Veloso Valenzuela, formuló las observaciones de la Presidenta de la República al requerimiento de los diputados. Dicho escrito fue ratificado posteriormente por el Vicepresidente de la República.

Entre las mencionadas observaciones destacan los argumentos relativos a la improcedencia del requerimiento, habida cuenta de que el Tribunal Constitucional carecía de competencia para pronunciarse respecto de una mera resolución. Además, la referida ex Ministra señaló que lo verdaderamente atacado por la demanda era el registro sanitario de la llamada píldora del día después, razón por la cual era extemporánea porque los correspondientes registros

¹⁰⁵ Ibid., p. 3

sanitarios habían sido concedidos en los años 2001, 2003 y mayo y agosto de 2006¹⁰⁶. Solicitó que la demanda fuera declarada improcedente o, en subsidio que se rechazara en todas sus partes por no quebrantar norma alguna de la Carta Fundamental.

Adicionalmente, nueve senadores solicitaron tener presente sus consideraciones sobre los vicios de inconstitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584, así como los argumentos por los cuales sostenían que el Tribunal Constitucional era competente en este asunto.

Por su parte, el Contralor General de la República subrogante, Gastón Astorquiza Altaner, sostuvo que al Estado le asistía el deber constitucional de asegurar a todas las personas, incluidas las menores de edad, el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, entre ellas las relacionadas con el control de la fertilidad¹⁰⁷. Igualmente, afirmó que examinado el ordenamiento legal y lo dispuesto en la Resolución N° 520 de 1996, de la misma Contraloría General, que establecía reglas de exención del trámite de toma de razón, cabía colegir que las Normas Técnicas y Guías Clínicas sobre Regulación de la Fertilidad se referían a materias que no estaban sometidas al indicado control preventivo de juridicidad y, en consecuencia, podían ser aprobadas a través de una resolución exenta.

El estudiante José Fernando Correa Madrid, invocando el derecho de petición y lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, solicitó declarar que la Resolución Exenta N° 584 y la autorización para distribuir la píldora de contracepción de emergencia eran contrarias a la Constitución, acompañando algunos documentos, que el Tribunal Constitucional dispuso tener presente.

El señor Patricio Zapata Larraín solicitó ser recibido y considerado su estudio titulado Potestad Reglamentaria

¹⁰⁶Ibid., p. 4.

¹⁰⁷Ibid., p. 10.

Presidencial, Resoluciones Ministeriales y Tribunal Constitucional. En su opinión, el Tribunal Constitucional era competente para conocer y decidir el problema planteado. El Tribunal ordenó tenerlo presente¹⁰⁸.

El señor Carlos Williamson Benaprés, Rector Subrogante de la Pontificia Universidad Católica de Chile, acompañó copias de un documento que recogía cuatro estudios realizados por académicos de dicha Universidad en relación con las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, y solicitó que el Tribunal los tuviera presente. Así lo ordenó el Tribunal Constitucional.

Los demandantes solicitaron también tener por acompañado el informe médico-biológico sobre la píldora del día después, realizado por el profesor Fernando Orrego Vicuña. Pidieron, además, que se tuviera presente el Informe en Derecho de los profesores Alejandro Silva Bascuñán y Francisco Cumplido Cereceda, el Informe en Derecho de don José Joaquín Ugarte Godoy así como el Informe en Derecho de don Jorge Precht Pizarro. Los tres estudios concluían que el Tribunal Constitucional era competente para ejercer el control de constitucionalidad de toda normativa proveniente del ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en especial de las resoluciones exentas, para que “tal preceptiva no se inmiscuya en el dominio legal ni viole de otro modo a la Carta Fundamental”¹⁰⁹. El Tribunal ordenó tenerlos presente.

Finalmente, el profesor emérito de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Enrique Silva Cimma, en su doble condición de ex Contralor General de la República y ex Presidente del Tribunal Constitucional, ejerciendo el derecho de petición, solicitó tener presente un escrito en el que concluía que la Resolución Exenta N° 584 no solamente infringía las disposiciones del artículo 10°

¹⁰⁸ Ibid., p.10.

¹⁰⁹ Ibid., p. 11.

de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República sino que, además, quebrantaba las normas que atribuían la regulación de tal materia a la potestad especial del Presidente de la República. Por lo tanto, dicha materia no podía ser objeto ni de decreto exento ni mucho menos de resolución de tal índole. Si bien aseveró que podía estar de acuerdo con el contenido perseguido por esa resolución, había que respetar el principio de legalidad que la Constitución contemplaba¹¹⁰.

Es importante señalar que tanto el Fondo de Población como la Organización Mundial de la Salud presentaron, en diciembre de 2006, sendos informes sobre la anticoncepción oral de emergencia al Tribunal Constitucional. Sin embargo, en la sentencia de 11 de enero de 2007 no se hace ninguna referencia a ellos.

Los fundamentos de la sentencia y el fallo

Como se ha señalado, los demandantes argumentaron que la Resolución Exenta N° 584 era en realidad un reglamento supremo. Dicha resolución, exenta de toma razón por la Contraloría General de la República, tampoco había sido publicada en el diario oficial.

El Tribunal Constitucional señaló que era su deber examinar la cuestión planteada, verificando la calificación jurídica de la Resolución Exenta N° 584, en la medida en que se denunciaba que regulaba materias propias de un reglamento supremo, propio del Presidente de la República, y que se cuestionaba su constitucionalidad por afectar valores y principios constitucionales como la dignidad humana¹¹¹. En su opinión, en aplicación del artículo 6° constitucional tenía el

¹¹⁰ Ibid., p. 12.

¹¹¹ Ibid., considerando I. Identificación de la controversia sometida a la decisión de este tribunal, tercero, p. 14.

deber inexcusable, como todo órgano del Estado, de garantizar el orden institucional de la República¹¹².

El Tribunal Constitucional sostuvo que era el principal órgano encargado de velar porque la ley o el acto administrativo no vulneraran los límites constitucionales¹¹³, y que la Constitución, considerada en su preceptiva, valores y principios, debía necesariamente facultar al Tribunal Constitucional “para decidir si los órganos públicos actúan dentro de su competencia, lo que se traduce en que tanto el legislador, el administrador, como los jueces deben actuar sólo en las materias que les son asignadas por la Constitución o la ley, de acuerdo al principio de juridicidad y supremacía de la Constitución, contenido en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental”¹¹⁴. Por ello, el Tribunal Constitucional determinó que “una resolución que contiene materias propias de un reglamento, cualquiera que sea el nombre que se le coloque, es de competencia privativa del Presidente de la

¹¹² Artículo 6 de la Constitución. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que prescriba la ley.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de enero de 2007, considerando II. Acerca de la competencia de este Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre el requerimiento, noveno, p. 19.

¹¹⁴ *Ibid.*, duodécimo, p. 24. Artículo 7 de la Constitución. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

República, y así deberá declararlo esta Magistratura”¹¹⁵. Para el Tribunal Constitucional sostener la tesis de que no era competente para conocer el presente caso, suponía excluir del examen constitucional cualquier norma sobre la base de la nomenclatura empleada, a pesar de que dicha norma abarcara materias que el Constituyente había querido someter a control del Tribunal Constitucional¹¹⁶.

Una vez que el Tribunal Constitucional estableció su competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una resolución exenta, pasó a analizar las características de las resoluciones exentas y de los decretos, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. En atención a la citada norma, en ambos casos, se trataba de actos administrativos, siendo el decreto supremo “la orden escrita que dicta el Presidente de la República sobre asuntos propios de su competencia” y las resoluciones “los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión”.

El Tribunal Constitucional citó a varios autores que se habían ocupado de los decretos y de las resoluciones (Patricio Aylwin, Enrique Silva Cimma, Alejandro Silva Bascuñán, Emilio Pfeffer Urquiaga, Carlos Carmona Santander, Hugo Caldera Delgado y Germán Bolona Nelly). Sin embargo, de esas citas bibliográficas no se desprende una distinción tajante entre los decretos y resoluciones en lo que respecta a la materia que regulan¹¹⁷.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional citó la causa rol N° 153, en la que había determinado que el Decreto

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de enero de 2007, II. Acerca de la competencia de este Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre el requerimiento, decimotercero, p. 24.

¹¹⁶ *Ibid.*, considerando III. Naturaleza jurídica y características de las resoluciones, decimocuarto, p. 24.

¹¹⁷ *Ibid.*, vigésimo primero, pp. 27-28.

Supremo N° 66 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 1992 era un reglamento y no un decreto simple, pues era de carácter general y no se agotaba con su cumplimiento¹¹⁸. En ese mismo caso se había hecho referencia al artículo 35 de la Constitución, en virtud del cual: “Artículo 35. Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito. Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley”.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional recordó que en la causa rol N° 153 había resuelto que el decreto impugnado no reunía las formalidades exigidas por la Constitución pues, en realidad, se trataba de un reglamento que no aparecía firmado por el Presidente de la República, por lo que debía concluirse que el acto estaba viciado en la forma y adolecía de nulidad. El Tribunal Constitucional sostuvo que en reiteradas oportunidades había invocado el principio de primacía de la realidad sobre el nominalismo¹¹⁹.

En cuanto a las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, el Tribunal Constitucional afirmó que eran de aplicación general “para los órganos públicos y la población involucrada, rasgo que debe ser asociado a la índole imperativa u obligatoria que tienen para los destinatarios de ellas (...)”¹²⁰. En apoyo al carácter reglamentario de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, el Tribunal Constitucional citó los informes que habían presentado algunos juristas al proceso, como los de Enrique Silva Cimma, Alejandro Silva Bascuñán, Francisco Cumplido Cereceda, Jorge Precht, José Joaquín Ugarte y Patricio Zapata.

¹¹⁸ Ibid., vigésimo segundo, pp. 28-29.

¹¹⁹ Ibid., vigésimo sexto, pp. 31.

¹²⁰ Ibid., considerando IV. Naturaleza jurídica de reglamento de la norma que se impugna, vigésimo octavo, p. 32.

El Tribunal Constitucional afirmó que de la simple lectura de la resolución exenta impugnada era posible concluir que, en realidad, reunía los elementos que configuraban un decreto supremo reglamentario, pues se trataba de un acto administrativo que contenía un conjunto de normas de alcance nacional o de aplicación general, de carácter permanente en la medida en que no se agotaba o perdía su vigencia por su aplicación a un caso determinado. El referido tribunal sostuvo que por tratarse de un decreto reglamentario debía haber sido suscrito por la Presidenta de la República y sometido al trámite de toma de razón en la Contraloría General de la República¹²¹.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional chileno acogió la demanda y declaró que la Resolución Exenta N° 584 del Ministerio de Salud, de 1 de septiembre de 2006, era inconstitucional. Como el sustento de la declaratoria de inconstitucionalidad era un vicio de forma, el Tribunal Constitucional señaló que no emitiría pronunciamiento sobre las inconstitucionalidades planteadas por cuestiones de fondo.

Los votos en discordia

Los ministros Juan Colombo Campbell, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes votaron porque se desestimara la demanda.

El magistrado Juan Colombo Campbell señaló que de la lectura de las normas del Decreto con fuerza de ley (DFL) N° 1 y de la Ley N° 19.880, se infería con nitidez que el Ministerio de Salud sólo se había limitado a actuar dentro del marco dispuesto por dichas disposiciones. Por ello, su actuación se enmarcaba dentro de las atribuciones denominadas por el artículo 32 N° 6 de la Constitución como “potestad

¹²¹ Ibid., trigésimo tercero, p. 36.

reglamentaria de ejecución”¹²². La ley y el acto administrativo de ejecución de la misma, conformaban un todo jurídico armónico; por ello tratar de desvincular las normas habilitantes de las normas reglamentarias objetadas, era negar una realidad jurídica evidente.

Por su parte, los magistrados Hernán Vodanovic, Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes votaron por desestimar la demanda, porque ni en el numeral 16) del artículo 93° de la Constitución ni en ningún otro precepto constitucional, se otorgaba competencia al Tribunal Constitucional para pronunciarse respecto de la constitucionalidad de resoluciones a requerimiento de parlamentarios. Por lo tanto, le estaba vedado hacerlo.

Adicionalmente, los referidos magistrados cuestionaron que, en el caso en discusión, se tratara de un decreto en lugar de una resolución exenta. En primer lugar, sostuvieron que si bien la Constitución no definía dichas normas, el artículo 3° de la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, lo hacía de la siguiente manera: el decreto supremo era la orden escrita que dictaba el Presidente de la República o un Ministro por orden del Presidente de la República, sobre asuntos propios de su competencia, y la resolución era el acto de análoga naturaleza que dictaban las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión. Para estos magistrados la norma era clara: la distinción entre los decretos y las resoluciones no radicaba en el contenido de ellos, ni en su naturaleza (análoga según el propio precepto), sino en quien los suscribía¹²³. Como la Resolución Exenta N° 584 no estaba suscrita por el Presidente de la República, ni por orden de éste, no era un decreto supremo.

¹²² Ibid., A) Voto del magistrado Juan Colombo Campbell, primero, p. 38.

¹²³ Ibid., B) Voto de los magistrados Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes, I., 2. Lo que se pide revisar es una resolución y las resoluciones no se transforman en decretos supremos por su falta de juridicidad, p. 41.

Según estos ministros, el criterio para distinguir entre decretos y resoluciones, basado en la autoridad de la que emanaba la norma, era el que utilizaba la más consultada doctrina antes de dictarse la referida ley. En apoyo a esta tesis los magistrados citaron la obra de Enrique Silva Cimma, Patricio Aylwin, Alejandro Silva Bascuñán, Carlos Carmona, Emilio Pfeffer Urquiaga y Guillermo Varas, todos los cuales afirmaban que el decreto supremo era aquel suscrito por el Presidente de la República o por un Ministro actuando por orden de aquél.

En segundo lugar, debía tenerse presente que, si la Resolución Exenta N° 584 se excedía en razón de su materia, o estaba suscrita por quien no tenía facultades para dictarla, o de cualquier otro modo vulneraba la Constitución o las leyes que debía respetar, eso no cambiaba su carácter de resolución. Las resoluciones ilegales o inconstitucionales no dejaban de ser resoluciones, en todo caso había que anularlas, dejarlas sin efecto o preterirlas en su aplicación por los tribunales de justicia a favor de normas de mayor jerarquía¹²⁴. De la misma forma –sostuvieron estos ministros– nadie podía pretender que una ley contraria a la Constitución, bajo la teoría de la realidad, fuera una reforma constitucional, una sentencia ilegal se convirtiera en ley o un contrato celebrado con dolo pasara a ser una ley encubierta que modificaba el Código Civil.

Los ministros que votaron por desestimar el requerimiento de los diputados, señalaron que tampoco procedía considerar que la Resolución Exenta N° 584 era un decreto supremo, aduciendo la naturaleza general y abstracta de sus disposiciones y que generaba derechos permanentes para los particulares, como argumentaba el fallo y el informe del profesor Francisco Cumplido. Ello por cuanto muchas eran las fuentes jurídicas que producían normas generales y abstractas y no se transformaban por ese hecho en reglamentos supremos. Es más, la generalidad y la abstracción no eran características ajenas a las resoluciones, pues las que contenían instrucciones, como

¹²⁴Ibid., p. 42.

la que se cuestionaba, típicamente tenían esas características. Lo que diferenciaba a las resoluciones y decretos no era su naturaleza –la que era análoga según la calificaban la ley y la doctrina– sino el órgano del cual una y otra emanaban¹²⁵.

Por otro lado, los mencionados magistrados sostuvieron que a diferencia de los decretos reglamentarios, la Resolución Exenta N° 584 no contenía normas que obligaran a la población usuaria de los sistemas de salud sino sólo a los profesionales de dicho sistema a desempeñar sus funciones públicas de determinada manera. Sin embargo, incluso si una instrucción contenida correctamente en la resolución de un ministro o jefe de servicio violaba la Constitución, no correspondía al Tribunal Constitucional analizar tal cuestión¹²⁶.

En opinión de los disidentes, la causa rol 153 no servía como precedente en este caso pues se trataba de una materia diversa. En aquella oportunidad el caso que se había analizado era el de un decreto supremo que tenía carácter reglamentario porque era obligatorio, de aplicación general y no se agotaba en su cumplimiento. Lo resuelto en esa causa servía para distinguir los decretos particulares de los reglamentos, ambos supremos por provenir del mismo sujeto emisor, pero no servía para diferenciar los reglamentos de las instrucciones, pues lo que distinguía a estos dos últimos no era su naturaleza, análoga según la ley y la doctrina, sino la autoridad de la que emanaban¹²⁷.

Asimismo, manifestaron que hasta el presente fallo el Tribunal Constitucional había entendido que su competencia estaba limitada a los decretos supremos suscritos por el Presidente de la República o dictados por orden suya.

¹²⁵ Ibid., B) Las resoluciones no se transforman en decretos si tienen carácter general y abstracto, III., p. 44.

¹²⁶ Ibid., B), III., p. 45.

¹²⁷ Ibid, B), III., p. 46.

La expedición del Decreto 48 de 2007

Como el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad por razones de forma, el Poder Ejecutivo expidió el Decreto 48 de 2007, publicado el 3 de febrero de 2007, a través del cual aprobó las nuevas Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, compuestas por las Normas Técnicas y Guías Clínicas sobre Fertilidad. En esta oportunidad el Decreto fue firmado por la Presidenta de la República, y la Contraloría General tomó razón del mismo.

3.4 Recurso de protección presentado por una municipalidad contra la Ministra de Salud para impedir que la AOE sea distribuida a las adolescentes entre 14 y 17 años

Los días 4 y 5 de septiembre de 2006, la Ministra de Salud de Chile, María Soledad Barría Iroume, hizo declaraciones a la prensa informando que la píldora del día después estaría disponible en el sistema público y municipal para todas las personas que lo requirieran, de acuerdo con las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad. La Ministra anunció que dicho anticonceptivo sería entregado a las adolescentes mayores de 14 años.

A raíz de esas declaraciones, el 6 de septiembre de 2006, el señor Pablo Zalaquet Said, Presidente de la Corporación Municipal de Educación y Salud de la Florida, actuando en nombre y representación de dicha corporación, presentó un recurso de protección contra la Ministra de Salud señalando que la acción de distribuir AOE a adolescentes era un acto ilegal y arbitrario que amenazaba gravemente ciertas garantías constitucionales. La mencionada corporación municipal tenía a su cargo 11 centros de atención de salud.

La corporación municipal sostuvo que la mencionada distribución de AOE era un acto ilegal, pues según lo dispuesto

en el artículo 7 de la Constitución chilena y del Decreto Ley N° 2.763 de 1979, el control de la natalidad, así como la interrupción del embarazo no constituían ni una función ni una facultad del Ministerio de Salud¹²⁸. Atendiendo a las definiciones de salud, enfermedad y embarazo contenidas en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, señaló que el embarazo no era una enfermedad, por lo tanto “queda fuera del alcance del Ministerio de Salud la entrega de medicamentos destinados a solucionar o prevenir una situación que no corresponde al concepto de enfermedad”¹²⁹. Afirmó que “una persona embarazada o una persona que quiere evitar un embarazo en general es una persona sana y saludable, razón por la cual el Estado carece de facultades a su respecto”¹³⁰.

Por otro lado, la demandante sostuvo que, según el artículo 19, N° 26 de la Constitución, sólo por “ley” podían afectarse los derechos y garantías contemplados en el título tercero de la Constitución, pues el principio de reserva legal excluía cualquier injerencia de la potestad reglamentaria¹³¹.

¹²⁸ Artículo 7 de la Constitución. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

Asimismo se citan el Decreto N° 136 y el Decreto N° 140, publicados el 21 de abril de 2005.

¹²⁹ Zalaquet Said, Pablo, Recurso de protección contra la Ministra de Salud, I. Acto ilegal y arbitrario, *Ilegalidad*, p. 7.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 8.

¹³¹ Artículo 19 de la Constitución. La Constitución asegura a todas las personas:

26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Asimismo, la recurrente afirmó que se trataba de un acto arbitrario pues desconocía los derechos y obligaciones que entre los padres y los hijos establecía el ordenamiento jurídico chileno. Para sustentar este argumento citó el artículo 19, N° 10 de la Constitución chilena, en virtud del cual los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos, y corresponde al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho¹³². Invocó también artículos del Código Civil.

En razón de estas normas, la corporación municipal adujo que eran los padres quienes debían guiar a sus hijos en su desarrollo integral, correspondiéndoles temas como la terminación o la evitación del embarazo, debiendo el Estado actuar sólo cuando los padres se vieran impedidos. Según la mencionada corporación, el legislador había entregado primariamente a los padres y, subsidiariamente a la justicia, la determinación de ciertos aspectos de la vida de los menores, no pudiendo el Ministerio de Salud ejercer atribuciones a este respecto, como la entrega de AOE a menores, sin previo conocimiento y consentimiento de sus padres o del juez competente, en su caso. No había, en una medida de este tipo, “una razón de salud pública destinada a evitar la proliferación de enfermedades de transmisión sexual, sino sólo a evitar o terminar con un embarazo”¹³³.

En apoyo de este argumento también se citan los artículos 63 N° 2 y 64 de la Constitución.

¹³² Artículo 19 de la Constitución. La Constitución asegura a todas las personas:

10. El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho (...).

¹³³ Zalaquet Said, Pablo, recurso de protección contra la Ministra de Salud, I. Acto ilegal y arbitrario, Arbitrariedad, p. 19.

La Corporación Municipal de Educación y Salud de la Florida afirmó que la distribución de AOE vulneraba los siguientes artículos constitucionales:

- a) El derecho a la igualdad ante la ley, que garantizaba el artículo 19, N° 2 de la Constitución. Citando una sentencia del Tribunal Constitucional chileno –en la que estableció que un trato igual para situaciones disímiles no resultaba razonable, y que la razonabilidad era el estándar de acuerdo con el cual debía apreciarse la medida de igualdad o desigualdad– la corporación afirmó que no se podía tratar igual a los menores de 18 años que a los mayores de edad. Aunque desde el punto de vista penal una adolescente mayor de 14 años podía consentir en tener relaciones sexuales, en una materia que no era de índole delictiva no era posible aplicar criterios de responsabilidad penal¹³⁴.
- b) El derecho de propiedad, reconocido en el artículo 19, N° 24 de la Constitución. Según la Corporación, la propiedad podía ejercerse también respecto de derechos. Por ello, se veía afectada desde dos puntos de vista:
 - El derecho que tenían los padres sobre la educación de los hijos, que también se encontraba reconocido en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se señaló que la propiedad se ejercía sobre bienes corporales e incorporales¹³⁵. Se citó la Declaración de los Derechos del Niño, cuyo principio 7° establece: El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación. Dicha responsabilidad incumbía, en primer término, a sus padres;
 - El derecho de la Corporación Municipal de Salud y Educación de la Florida para administrar sus

¹³⁴ Ibid., Garantías constitucionales vulneradas. 1.- Igualdad ante la ley, pp. 20.

¹³⁵ Ibid., Garantías constitucionales vulneradas. 2.- Derecho propiedad, p. 21-38.

consultorios y determinar las políticas correspondientes. En defensa de la autonomía de las municipalidades se invocó la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades así como la Ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de la Salud Municipal. También se citaron dos dictámenes de la Contraloría General de la República sobre las atribuciones del Ministerio de Salud¹³⁶.

- c) La libertad de conciencia, regulada en el artículo 19, N° 6 de la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud de la cual los padres, y en su caso los tutores, tenían el derecho a que sus hijos recibieran la educación religiosa y moral y que estuviera de acuerdo con sus propias convicciones¹³⁷. El Estado ni ninguno de sus órganos podía desconocer el derecho de los padres de educar y guiar el desarrollo integral de sus hijos de acuerdo a su propia conciencia, creencia o credo, ámbito dentro del que se encontraba la terminación o evitación del embarazo, los métodos anticonceptivos y la educación sexual integral¹³⁸.
- d) Derecho a la integridad física y psíquica, regulada en el artículo 19, N° 1 de la Constitución. La integridad “comprende el resguardo de la persona, en toda su extensión, al ser completo su cuerpo y alma. Que se encuentran presentes en todos y cada uno de los seres

¹³⁶ Ibid., Garantías constitucionales vulneradas. 2.- Derecho propiedad, b) El derecho de la Corporación Municipal de Educación y Salud de la Florida para administrar sus consultorios y determinar las políticas correspondientes, pp. 27-32.

¹³⁷ Artículo 19 de la Constitución.- La Constitución asegura a todas las personas:

6. La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público (...).

¹³⁸ Zalaquet Said, Pablo, recurso de protección contra la Ministra de Salud, Garantías constitucionales vulneradas, 3. Libertad de conciencia, p. 42.

humanos”¹³⁹. La integridad moral, que formaba parte de la integridad personal, implicaba el derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones. La integridad corporal y la salud no eran bienes disponibles. La decisión del Ministerio de Salud de administrar AOE constituía una amenaza a este principio, pues este método anticonceptivo, al no ser suministrado por un médico, iba a ser entregado a personas que presentarían intolerancia a sus componentes o que ignoraban los efectos que tenía dicho fármaco. Por ello, el FDA exigía prescripción médica a las adolescentes¹⁴⁰. Esta política pública traería consigo el aumento del contagio de VIH, pues la población frente a la existencia de este fármaco optaría por su utilización, sin tomar los debidos resguardos para evitar el contagio¹⁴¹. Adicionalmente, se señaló que aún persistían las dudas en un sector de la ciudadanía respecto al carácter abortivo de la AOE, su ingesta podía producir embarazos tubarios, aumentar el riesgo de cáncer y contribuir a propagar enfermedades de transmisión sexual¹⁴².

La Corporación Municipal de Educación y Salud de la Florida, solicitó una medida cautelar (orden de no innovar), a fin de evitar la distribución del anticonceptivo a adolescentes en tanto no se resolviera el recurso de protección. Esa medida fue concedida, apelada por el Ministerio de Salud y revocada a los pocos días.

¹³⁹ Ibid., Garantías constitucionales vulneradas, 4. Derecho a la integridad física y psíquica, p. 45.

¹⁴⁰ Ibid., p. 46.

¹⁴¹ Ibid., p. 47.

¹⁴² Ibid., p. 48.

3.5 Recurso de protección contra la Ministra de Salud para evitar la distribución de AOE a las adolescentes entre 14 y 17 años

El 7 de septiembre de 2006, Cristian Andrés Lagos Fernández y Jorge Eduardo Catalán Riffo, en su calidad de padres de menores entre 14 y 18 años, presentaron un recurso de protección por violación del artículo 19 10 inciso 2 de la Constitución, que garantiza el legítimo y preferente derecho de los padres para educar a sus hijos, en contra de la Ministra de Salud, al haber autorizado “por la simple vía de decreto”¹⁴³, la entrega de Postinor 2 a menores a partir de los 14 años sin autorización de sus padres o personas adultas a su cuidado; “y en contra de todos aquellos que aparezcan responsables de tal amenaza, perturbación e infracción”¹⁴⁴. Fundamentaron el recurso en el artículo 1 inciso 2) de la Constitución, que establece que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, y que es deber del Estado dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de ésta¹⁴⁵.

Los demandantes afirmaron que una situación era que a determinada edad las relaciones sexuales “no tengan efectos de índole penal, y otra muy diferente, es que se autorice y legalice una conducta que modifica los normales lazos entre hijos y sus padres y que se encuentran regulados tanto en la Constitución como en variadas leyes contenidas en el Código Civil, la Ley

¹⁴³ Lagos Fernández, Cristian Andrés y Catalán Riffo, Jorge Eduardo, Recurso de protección, p. 1. Se trataba en realidad de la Resolución Exenta N° 584, por las que se aprobaron las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional chileno.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 1.

La demanda también hace referencia al anuncio de la distribución de Postinor 2 a las adolescentes, hecho por la Ministra de Salud el 4 de septiembre de 2006.

¹⁴⁵ Artículo 1 de la Constitución. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad (...) Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta (...)

de Menores, en la Ley de Matrimonio Civil y demás que se analizarán”¹⁴⁶.

Los demandantes solicitaron que se dejara “sin efecto la medida o los actos realizados por los recurridos, y se obligue a la autoridad de entregar tal anticonceptivo sólo con la visación, autorización o conocimiento de los padres o tutores legales de los menores ya indicados”¹⁴⁷.

Los recurrentes solicitaron una medida cautelar (orden de no innovar), a fin de evitar la distribución del anticonceptivo a adolescentes en tanto no se resolviera el recurso de protección. Esa medida fue concedida, apelada por el Ministerio de Salud y revocada a los pocos días.

Sentencia de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 10 de noviembre de 2006

Los recursos de protección presentados por la Corporación Municipal de Educación y Salud de la Florida así como el presentado por los señores Cristian Andrés Lagos Fernández y Jorge Eduardo Catalán Riffo fueron rechazados por la Quinta Sala de Apelaciones de Santiago, mediante sentencia de 10 de noviembre de 2006.

Dicha sentencia desestimó la alegación de inadmisibilidad de la demanda formulada por la Ministra de Salud, quien sostuvo que la citada corporación municipal no podía formular el recurso de protección por exceder sus competencias. La Quinta Sala de Apelaciones consideró que debía desestimar tal alegación porque no se sustentaba en argumentos relativos

¹⁴⁶Lagos Fernández, Cristian Andrés y Catalán Riffo, Jorge Eduardo, Recurso de protección, p. 2.

¹⁴⁷Ibid., p. 6.

al ejercicio de la acción sino con los argumentos relativos al fondo de lo discutido¹⁴⁸.

La Quinta Sala de la Corte de Apelaciones señaló que para que el recurso de protección prosperara había que verificar si los actos de la Ministra de Salud eran ilegales o arbitrarios, y si además afectaban los derechos constitucionales mencionados. En ese sentido, sobre los argumentos de fondo afirmó que:

- a) Las pretensiones basadas exclusivamente en intereses morales, religiosos, sociales o las encaminadas a sustituir decisiones de la administración que no importaran afectación de los derechos de las personas, “no constituyen pretensiones procesales o pertinentes a esta acción cautelar de carácter constitucional puesto que su naturaleza es de otra índole”¹⁴⁹;
- b) No cabía duda de que la autoridad de gobierno tenía facultades legales para desarrollar políticas concernientes al control de la natalidad, como lo hacía desde hace varios años, y tampoco se podía pensar que se trataba de un acto arbitrario, que careciera de fundamentos o de análisis;
- c) No se afectaba el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, pues en materia de sexualidad y regulación de la fertilidad siempre podrían hacerlo de la manera en que les pareciera más adecuada, incluso expresamente podrían formarlos para que no usaran en ninguna circunstancia anticoncepción de emergencia, “sin que su afán de contrariar la política gubernamental pueda acarrearles consecuencia negativa alguna”¹⁵⁰. Tampoco se había probado que los padres no podrían educar preferentemente a sus hijos;
- d) Si bien se citaban en los recursos de protección normas que regulaban las relaciones entre padres e hijos, y aún

¹⁴⁸ Sentencia de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 10 de noviembre de 2006, Vistos, 3°, p. 3.

¹⁴⁹ Ibid., Vistos, 4°, p. 4.

¹⁵⁰ Ibid., Vistos, 7°, p. 5.

cuando el Derecho era un sistema, por la naturaleza de dichos recursos, lo único que debía tenerse en cuenta era la eventual afectación de los derechos constitucionales;

- e) En cuanto a la libertad de conciencia, que suponía la posibilidad de sostener creencias sin intervención del Estado, no se advertía cómo podría afectarse con un instructivo sobre fertilidad “que de ningún modo impone a los menores obligaciones relativas a su contenido”¹⁵¹;
- f) El derecho de propiedad, en cualquiera de sus formas, siempre tenía una significación patrimonial, característica que no era predicable respecto del derecho a educar a los hijos. La corporación municipal tampoco tenía el derecho de propiedad sobre la función que desarrollaba, simplemente la ejecutaba;
- g) No se había aportado pruebas que demostraran que se vulneraba la igualdad y la integridad física y síquica. Respecto de la integridad síquica “se han hecho afirmaciones muy generales a este respecto, más bien se han citado opiniones que ni siquiera han sido documentadas”¹⁵²;
- h) No se daba un trato distinto a personas que se encontraban en una misma situación, por tanto no se vulneraba la igualdad. La corte tuvo presente que el anticonceptivo de emergencia se vendía en farmacias con receta médica, por lo cual no se podían identificar razones que justificaran que no fuera proporcionado distribuirlo en el sistema estatal con la intervención de profesionales.

Por las razones expuestas la Quinta Sala de Apelaciones rechazó los recursos de protección presentados contra la Ministra de Salud.

¹⁵¹ Ibid., Vistos, 7°, p. 5.

¹⁵² Ibid., Vistos, 9, p. 6.

Sentencia de la Corte Suprema de 30 de enero de 2007

La Corte Suprema resolvió ambos recursos de protección, después de que el Tribunal Constitucional declarara inconstitucional la Resolución Exenta N° 584, por la que se aprobaron inicialmente las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad.

La Corte Suprema declaró que omitía pronunciarse sobre los recursos de protección que cuestionaban la Resolución Exenta N° 584, pues ésta ya no existía como acto impugnado, al haber sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Sólo confirmó la sentencia de 10 de noviembre de 2006, en cuanto a que el recurso de protección no podía prosperar por las declaraciones de la Ministra de Salud a la prensa, ya que “una mera opinión es insuficiente para configurar al menos una amenaza a las garantías constitucionales que se han estimado amagadas por la autoridad recurrida”¹⁵³.

4. Ecuador

4.1 Proceso de amparo para impedir la comercialización del producto dedicado Postinor 2: sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006

José Fernando Rosero presentó una demanda de amparo constitucional ante el Juez Tercero de lo Civil de Guayaquil, contra el Director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquieta Pérez” y contra el Ministro de Salud, solicitando la suspensión definitiva del otorgamiento del Registro Sanitario para la comercialización y expendio de Postinor 2, pues ponía fin a un embarazo no deseado contra expresas disposiciones constitucionales y penales.

¹⁵³ Sentencia de la Corte Suprema de 30 de enero de 2007, motivo 12, p. 2.

Dicha demanda fue resuelta mediante la Resolución N° 0014-2005-RA de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional de Ecuador. De la citada sentencia se desprende que el informe del proceso de registro sanitario del producto Postinor 2, del Instituto Leopoldo Izquieta, fue presentado al proceso judicial. En relación a este documento el Tribunal Constitucional señaló que era muy importante porque contenía información que no se podía soslayar “al provenir del propio órgano emisor del acto que se impugna”¹⁵⁴.

El informe del proceso de registro del Postinor 2/ Levonorgestrel 0.75 mg comprimidos, estaba dividido en tres partes: análisis técnico legal, análisis físico y análisis farmacológico. En esta última parte se indicaba textualmente que el referido fármaco “también puede producir cambios endometriales que dificultan la implantación. No es eficaz iniciado el proceso de implantación”¹⁵⁵.

El Tribunal Constitucional ecuatoriano afirmó que el artículo 49 de la Constitución, ubicado dentro de la sección de grupos vulnerables, establecía en relación a los niños y adolescentes que “[e]l Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida desde su concepción”¹⁵⁶.

Si bien el Tribunal Constitucional admitió que no existía en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una norma que definiera cuándo se producía la concepción, afirmó que:

Esta Sala consciente de todo el debate científico y social, no puede aseverar que la concepción se produce desde la fecundación del óvulo, pero tampoco puede estar seguro de lo contrario. Es decir, que en análisis de la presente materia se ha generado una duda razonable que nos obliga en nuestra calidad de jueces constitucionales a realizar la interpretación de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución

¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006, considerando sétimo, p. 4.

¹⁵⁵ Ibid., considerando sétimo, p. 5.

¹⁵⁶ Ibid., considerando octavo, p. 5.

con un alcance a favor de la persona y del derecho a la vida, por disposición del artículo 18 segundo inciso de la Constitución que dice: *En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia (...)*. Se trata pues de aplicar el universal principio del *in dubio pro homine*, esto es que en caso de duda, se debe estar a favor de la persona¹⁵⁷.

Por ello, el Tribunal Constitucional señaló que al analizar el artículo 49 de la Constitución, el juez constitucional debía realizar una interpretación que garantizara la vida del ser humano, desde el momento mismo de su formación, y para ello aún frente a la duda, asumir por prudencia que ella se producía desde la fecundación del óvulo, momento en que se transmitía toda la información genética del ser humano, sin que ella pudiera ser modificada en lo posterior. Por lo tanto, se debía concluir que al actuar el medicamento Postinor 2 en una de sus fases como agente para impedir la implantación del cigoto, es decir, luego de fecundarse el óvulo, se atentaba contra la vida del nuevo ser humano¹⁵⁸.

Hay en la sentencia del Tribunal Constitucional una breve referencia al supuesto conflicto entre los derechos reproductivos de las mujeres¹⁵⁹ y el bien jurídico constitucional de la vida. Como todo conflicto entre principios constitucionales, éste debió resolverse a través de la ponderación, que debe implicar un determinado nivel de argumentación jurídica. No obstante, resolver el supuesto conflicto entre principios constitucionales le tomó al Tribunal un solo párrafo, en el que afirma que “resulta de forma indubitable que en este caso se debe dar prioridad al bien constitucional de la vida, sobre el valor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la

¹⁵⁷ Ibid., considerando décimo, p. 6.

¹⁵⁸ Ibid., considerando duodécimo, p. 7.

¹⁵⁹ La sentencia se refiere a los derechos sexuales y reproductivos. Sobre la conveniencia de tener claro que se trata de derechos distintos véase Villanueva Flores, Rocío, “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”, en *Revista IIDH* N° 43, San José, 2006, pp. 393-403.

libertad individual, pues si ninguna persona puede disponer de su propia vida, mal podría decidir sobre la vida ajena o sobre la del que está por nacer. Además que sin el derecho efectivo a la vida, no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales”¹⁶⁰.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ecuatoriano señaló que el Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquieta Pérez”, de acuerdo a las normas que lo regulaban, no debió limitarse a realizar un análisis técnico del producto sino que debió evaluar sus posibles consecuencias y efectos, razón por la cual se había contravenido el artículo 49 de la Constitución y se amenazaba con causar un grave e irreparable daño a un grupo de seres humanos, imposible de cuantificar¹⁶¹.

Por otro lado, afirmó que en virtud del artículo 95 de la Constitución se permitía presentar la acción de amparo a cualquier persona por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, pues los individuos estaban amparados por los derechos difusos, “que se caracterizan porque no es posible determinar un titular, y por lo tanto ninguna persona ni grupo de personas pueden reclamarlos de forma exclusiva, sino que corresponden a todos los miembros de la sociedad”¹⁶². En el presente caso, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, se trataba de la afectación al derecho a la vida del grupo de seres humanos no nacidos, y no

¹⁶⁰ Ibid., considerando duodécimo, p. 7.

¹⁶¹ Ibid., considerando decimocuarto, p. 8.

¹⁶² Ibid., considerando decimoquinto, p. 9.

Artículo 95 de la Constitución. Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave (...).

cuantificables, reconocido en el artículo 23, numeral 1) de la Constitución¹⁶³, amenazado por el consumo del Postinor 2. Por ello, el Estado debía asumir incondicionalmente su protección, garantizando el interés superior de los no nacidos y protegiendo el derecho difuso a la vida desde la concepción¹⁶⁴.

El Tribunal Constitucional ecuatoriano dejó expresa constancia que, con fundamento en esta resolución, era obligación de las autoridades públicas, cuando se tratara de asuntos de su competencia, pronunciarse sobre los efectos dañinos o no de otros productos que hubieran ingresado, ingresaran o pudieran ingresar al mercado para su libre comercialización, que contuvieran levonorgestrel, pues éste producía la imposibilidad de implantación del cigoto. Adicionalmente, indicó que los productos entre cuyos componentes se encontraba el Levonorgestrel y a los que el Instituto Izquieta Pérez hubiera concedido el registro sanitario, “habrían recibido una autorización para comercialización, sobre la base de registros sanitarios que pudieran estar indebidamente concedidos”¹⁶⁵.

En razón a lo expuesto, el Tribunal Constitucional resolvió “conceder la acción de amparo constitucional propuesta por el señor José Fernando Roser Rohde, suspendiendo definitivamente la inscripción de medicamento y certificado de registro sanitario N° 25.848-08-04, del producto Postinor-2/Levonorgestrel 0,75 comprimidos, con una vigencia desde el 5 de agosto de 2004”. En la parte resolutive de la sentencia, el mencionado tribunal también señaló que para el cumplimiento de la resolución el Juez podía hacer uso de todas las medidas

¹⁶³ Artículo 23 de la Constitución. 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:

1. La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte.

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006, considerando décimo quinto, p. 11.

¹⁶⁵ *Ibid.*, considerando décimo sexto, p. 12.

legales que fueran menester, incluyendo el auxilio de la fuerza pública.

Debe indicarse que la Defensoría del Pueblo de Ecuador presentó un informe en el presente proceso de amparo. Este informe fue el resultado del trabajo de una comisión de expertos nombrada por la Defensoría del Pueblo, y que se pronunció a favor de la AOE¹⁶⁶. Por otro lado, se presentaron tres informes de *amicus curiae* por el Comité de América Latina y El Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM), por el Centro de Derechos Reproductivos de Nueva York, y por un grupo de abogados independientes, respectivamente. Sin embargo, la referida sentencia del Tribunal Constitucional de Ecuador no hace ninguna referencia a estos documentos.

El recurso de aclaración y ampliación de la Resolución N° 014-2005-RA

Después de dictada la sentencia, el abogado Fernando Roser Rohde, así como las representantes de la organización CEPAM, Quito, CLADEM y del Consejo Nacional de la Mujer (CONAMU), presentaron recursos de aclaración y ampliación de la Resolución N° 0014-2005-RA. En el caso del demandante, solicitó que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la inconstitucionalidad de los registros sanitarios de los otros productos que contienen levonorgestrel. Sin embargo, el 6 de junio de 2006, la Tercera Sala del Tribunal Constitucional señaló que la aclaración de una resolución procedía cuando ésta fuera oscura, y la ampliación cuando no hubiera resuelto alguno de los puntos controvertidos, siendo la resolución emitida clara y completa. Por lo tanto, la pretensión del demandante de modificar la sentencia del

¹⁶⁶La comisión estuvo conformada por Virginia Gómez de la Torre, Directora Ejecutiva del Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer (CEPAM), Geny Londoño, integrante de la Coordinadora Política de Mujeres Ecuatorianas, doctor Andrés Calle, Vice Presidente de la Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología (FLASOG) y la doctora Lola Valladares, abogada especialista en temas de derechos de las mujeres.

Tribunal Constitucional –a través de un escrito de aclaración y ampliación– no fue admitida pues según la Tercera Sala no podía resolver sobre los registros sanitarios de otros productos ya que no conocía sus particularidades, habiéndose limitado a llamar la atención de las autoridades públicas para que, dentro del ámbito de sus competencias, se pronunciaran sobre los posibles efectos dañinos que pudieran ocasionar. El Tribunal Constitucional afirmó que no podía sobrepasar lo impugnado, que en el caso había sido el Registro Sanitario del producto Postinor 2.

5. México

5.1 Recurso de atracción para conocer una demanda de amparo presentada contra la disposición que modificó la norma que regula los servicios de planificación familiar, para incluir la anticoncepción oral de emergencia: sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 27 de octubre de 2006

La facultad de atracción está regulada en el artículo 107°, fracción V, último párrafo de la Constitución mexicana así como en los artículos 182°, fracción III de la Ley de Amparo y 21°, fracción III, inciso b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Estos artículos establecen que la Suprema Corte de Justicia podrá resolver asuntos de competencia de los Tribunales Colegiados, siempre que estos asuntos tengan importancia y trascendencia de índole legal, y que dada su relevancia, novedad o complejidad, requieran de un pronunciamiento del máximo tribunal del país.

El 27 de octubre de 2005 el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, determinó no “ejercer la facultad de atracción para conocer y resolver el recurso de revisión 37/2005”. Dicho recurso de revisión se originó porque un juez de distrito sobreseyó el juicio iniciado a propósito de una demanda de amparo presentada con ocasión de la modificación

a la Norma NOM-055-SSA2-1993, que regula los servicios de planificación familiar, que incluyó a la AOE como método anticonceptivo¹⁶⁷. La disposición legal había sido publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de enero de 2005. La demanda fue presentada por varias personas naturales y una persona jurídica.

El juez de distrito argumentó que los demandantes no habían acreditado interés jurídico en el asunto, además de no presentarse un agravio actual, personal y directo para los quejosos, razón por la cual resolvió el sobreseimiento. Por ello, 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 mayoría de los ministros de la Suprema Corte de Justicia opinaron que las causas de improcedencia que se discutían en el presente caso y que concernían al interés jurídico, a la falta de agravio directo del quejoso así como a la naturaleza de la disposición reclamada (si se trataba de una norma general autoaplicativa o heteroaplicativa) habían sido ampliamente estudiados por la Suprema Corte de Justicia y se contaba con criterios muy definidos al respecto, por lo que no se justificaba ejercer la facultad de atracción.

Si bien el ministro ponente (ministro Juan Díaz Romero) elaboró un proyecto de acuerdo admitiendo el recurso de atracción, la opinión de la mayor parte del pleno fue rechazarlo.

¹⁶⁷ Artículo 103 de la Constitución. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.

Artículo 107, fracción IV, de la Constitución. En la materia administrativa el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable, mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal (...).

Por siete votos contra uno, el tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia determinó no ejercer la facultad de atracción para conocer y resolver el recurso de revisión 37/2005 del índice del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

6. Perú

6.1 Demanda de cumplimiento para exigir que el Ministerio de Salud distribuya AOE: sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de noviembre de 2006

Mediante Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, publicada el 17 de julio de 2001, se incorporó la AOE en el Programa de Planificación Familiar, disponiéndose a partir de entonces su distribución gratuita a través de los establecimientos del Ministerio de Salud. Esta resolución ministerial modificó las Normas de Planificación Familiar aprobadas por Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM.

En el Perú, la AOE se vende en farmacias desde el 2002 habiendo concedido la DIGEMID 15 registros sanitarios a distintas marcas de AOE. Se calcula que, al 30 de septiembre de 2006, se había vendido en boticas y farmacias del sector privado aproximadamente un millón setecientas catorce mil doscientas ochenta dosis de las distintas marcas de anticoncepción oral de emergencia¹⁶⁸.

En cambio, la orden para distribuir gratuitamente AOE a través de los establecimientos públicos sólo se dio en el 2004. Sin embargo, dada la controversia judicial los centros de salud del Estado no distribuían gratuitamente AOE.

¹⁶⁸Datos obtenidos de la Asociación Peruana para la Prevención de Embarazos No Deseados (APPRENDE), octubre 2006.

La demanda de cumplimiento

En el 2002, Susana Chávez junto a 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 gratuitamente anticoncepción oral de emergencia, previa información a las usuarias¹⁶⁹.

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 anticonceptivo. Durante el proceso judicial, dichas resoluciones ministeriales fueron tácitamente derogadas por la Norma Técnica de Planificación Familiar, aprobada por Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA, que también incorpora la AOE.

Asimismo, las demandantes señalaron que las mujeres con recursos económicos 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 gratuitamente el anticonceptivo en los servicios estatales de planificación familiar. Ello configuraba una situación discriminatoria para las mujeres más pobres.

El Ministerio de Salud contestó la demanda sosteniendo, principalmente, 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

¹⁶⁹ El artículo 200 inciso 6) de la Constitución peruana regula la demanda de cumplimiento, “que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo (...)”. Véase también la Ley N° 28237, que aprueba el Código Procesal Constitucional.

moderada intensidad. Por ello, el Ministerio de Salud afirmó que antes de propender a su utilización había solicitado información técnica adecuada puesto que el producto requería de un alto nivel de información para ser utilizado en forma segura. En consecuencia, para el Ministerio de Salud no existía incumplimiento o inercia de su parte, sino más bien cautela y mesura en su implementación¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Cabe señalar que el 12 de septiembre de 2003 el ex Ministro de Salud, doctor Álvaro Rivadeneyra constituyó mediante Resolución Suprema N° 007-2003-SA, una Comisión de Alto Nivel, constituida por 14 instituciones. Dicha comisión tuvo como objeto emitir un informe científico-médico y jurídico sobre la anticoncepción oral de emergencia. El mencionado informe, de 9 de diciembre de 2003, concluyó lo siguiente:

La evidencia científica actual ha establecido claramente que los mecanismos de acción de la AOE impiden o retardan la ovulación e impiden la migración de los espermatozoides por espesamiento del moco cervical. Por lo tanto actúan antes de la fecundación.

Se ha probado que tales mecanismos no tienen acción adversa alguna sobre el endometrio, por lo que no se puede asignar efecto abortifaciente a la anticoncepción oral de emergencia.

La AOE, incorporada a las Normas de Planificación Familiar mediante Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, posee pleno sustento constitucional y legal.

La disponibilidad de la anticoncepción hormonal oral de emergencia en los servicios del Ministerio de Salud para la población de menores recursos debe ser libre, voluntaria e informada, idéntica a la que se ofrece a las usuarias de mayores recursos en las farmacias de todo el país con el correspondiente registro sanitario.

El informe de la Comisión de Alto Nivel fue suscrito por 11 de los 14 representantes que integraron dicha comisión: los/las representantes del Ministro de Salud, de la Ministra de la Mujer y Desarrollo Social, del Defensor del Pueblo, del Decano del Colegio Médico del Perú, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, del Presidente de la Academia Peruana de Salud, del Presidente de la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, del Presidente de la Sociedad Peruana de Fertilidad Matrimonial así como de la Academia Nacional de Medicina. Igualmente, suscriben el informe el Decano del Colegio de Abogados de Lima y el Presidente de la Asociación Peruana de Facultades de Medicina. Inicialmente no suscribieron el informe el Ministerio de Justicia, la Conferencia Episcopal Peruana y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Posteriormente, el Ministerio de Justicia cambió de posición, y mediante Oficio N° 516-2004-JUS/DM, de 10 de junio de 2004, que el ex Ministro de Justicia, doctor Baldo Kresalja, envió a la entonces Ministra de Salud, doctora Pilar Mazzetti, afirmó que si el estado actual de la medicina había determinado que los únicos

La demanda fue declarada mediante sentencia de 16 de junio de 2004, expedida por la Jueza del Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. Dicha sentencia ordenó que el Ministerio de Salud cumpliera con lo establecido en la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, Normas de Planificación Familiar, y garantizara la provisión e información de la anticoncepción oral de emergencia, incorporada por la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, en todos los establecimientos de salud a su cargo. 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 las mujeres con determinados recursos podían adquirirla en cualquier farmacia del país.

La sentencia fue apelada por la Procuradora del Ministerio de Salud. La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima resolvió la apelación planteada declarando la sustracción de la materia y, sin pronunciarse sobre el fondo, dispuso el archivamiento de la causa. La mencionada Sala, mediante sentencia de 23 de mayo de 2006, estimó que mediante la Resolución Ministerial N° 536-2005-MINSA, de 18 de julio de 2005, se había dejado sin efecto la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, al haberse aprobado la Norma Técnica de Planificación Familiar (NT N° 032-MINSA/DGSP-V01). En consecuencia, la Tercera Sala Civil concluyó que no existía un mandato vigente para distribuir AOE, requisito indispensable para que la demanda de cumplimiento fuera amparada.

efectos de la AOE hormonal eran anticonceptivos y si existían estudios suficientes y actuales que demostraban que no ocasionaba cambios en el endometrio que impidieran la anidación o la implantación, podía concluirse que se trataba de un método no abortivo y que su inclusión en las Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar era constitucional.

El informe de la Comisión de Alto Nivel, se publicó como anexo del Informe Defensorial N° 78, La anticoncepción oral de emergencia, op. cit., pp. 79-84.

La sentencia del Tribunal Constitucional

Las demandantes presentaron un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional. Mediante sentencia de 13 de noviembre de 2006; el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de cumplimiento presentada por Susana Chávez y otras mujeres para exigir al Ministerio de Salud que distribuyera gratuitamente anticoncepción oral de emergencia. Afirmó que, en atención a lo dispuesto por la Resolución Ministerial N° 536-2005 MINSA, desde el punto de vista material o sustancial, el mandato de distribuir gratuitamente AOE seguía vigente porque la nueva norma mantenía el mandato establecido en la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM.

Antes de emitir sentencia, el Tribunal Constitucional recibió informes de *amicus curiae* de la Organización Mundial de la Salud y del Fondo de Población de Naciones Unidas. El informe de la OMS se centró en el carácter no abortivo de la AOE y el del UNFPA abordó el tema del acceso a la AOE desde la perspectiva de los derechos humanos, haciendo referencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos de Naciones Unidas, a la interpretación que sobre ellos había realizado el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Comité CEDAW y el Comité de los Derechos del Niño, así como a lo señalado por la Plataforma de Acción de El Cairo,

Asimismo, presentaron informes de *amicus curiae* la Defensoría del Pueblo, el Colegio Médico del Perú así como la Sociedad Peruana de Ginecología y Obstetricia. Todas las organizaciones e instituciones citadas coincidieron en un punto: la AOE actúa antes de la fecundación y no es abortiva. De todos estos informes da cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional¹⁷¹.

Igualmente, antes de resolver, el Tribunal Constitucional consideró oportuno pedir opinión sobre la anticoncepción oral

¹⁷¹ Sentencia de 13 de noviembre de 2006, Expediente N° 7435-2006-PC/TC, Antecedentes, h) Posiciones institucionales sobre AOE, pp. 4-6.

de emergencia a la Iglesia Católica, a la Iglesia de Jesucristo de los Últimos Días y a la Asociación de los Testigos de Jehová, si bien afirmó el carácter laico del Estado peruano¹⁷². Cabe indicar que mientras la sentencia del Tribunal Constitucional hace referencia a las cartas de respuesta de las dos últimas iglesias mencionadas, no hay ninguna referencia a que la Iglesia Católica hubiera mandado una comunicación de respuesta al pedido del Tribunal Constitucional. Quizá por ello el citado tribunal simplemente consiga pasajes de la Encíclica *Evangelium vitae*, del Papa Juan Pablo II, de 25 de marzo de 1995. En cambio, de la lectura de la sentencia se aprecia claramente que la Iglesia de Jesucristo de los Últimos Días, en respuesta al pedido del Tribunal Constitucional, señaló que sus autoridades eclesiásticas habían aconsejado a sus miembros que “sólo bajo inusuales y extenuantes circunstancias, el uso de este método anticonceptivo puede ser justificado”¹⁷³, circunstancias como la violación o el incesto. Por su parte, la Asociación de los Testigos de Jehová contestó que como organización, “no participa en campañas de promoción u oposición a iniciativas legislativas. La Biblia señala que cada uno llevará su propia carga de responsabilidad (Gálatas 6:5). En consecuencia, creemos que cada cristiano debe resolver incluso preguntas privadas y personales evaluando cuidadosamente el mecanismo de un AOE a la luz del respeto que muestra la Biblia por la santidad de la vida”¹⁷⁴.

Teniendo en cuenta los diversos informes de *amicus curiae* así como las opiniones de las instituciones involucradas, el Tribunal Constitucional señaló que se había determinado que los efectos de la AOE son anticonceptivos¹⁷⁵. Además, el Tribunal Constitucional sostuvo que las demandantes habían probado que el Ministerio de Salud “no cumple el mandato

¹⁷² Ibid., Antecedentes, h.4) Posiciones institucionales de las Iglesias, pp. 7-9.

¹⁷³ Ibid., p. 8.

¹⁷⁴ Ibid., p. 9.

¹⁷⁵ Ibid., Fundamento 3, Análisis del caso concreto, p. 14.

de poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos”¹⁷⁶. Por ello, declaró fundada la demanda de cumplimiento, indicando que el Ministerio de Salud debía cumplir con las normas que lo obligaban a poner la información sobre AOE al alcance de los ciudadanos y a distribuir dicho anticonceptivo gratuitamente.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 14.

Capítulo III

Procesos judiciales en trámite contra la AOE

1. Argentina¹⁷⁷

1.1 Demanda de amparo para que se declare la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley N° 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable

“Mujeres por la Vida”, asociación civil sin fines de lucro, filial Córdoba, representada por Cristina González de Delgado, ha presentado una demanda de amparo contra el Estado Nacional, solicitando que se notifique al Presidente de la Nación y al Ministro de Salud, con el objeto de que se declare la inaplicabilidad en todo el territorio de la República argentina la Ley Nacional N° 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, debiendo para ello declarar la inconstitucionalidad de varios de los artículos de dicha ley. Como fundamento invoca la violación del derecho a la vida, del derecho a la salud y del derecho de los padres y representantes legales a la educación de sus hijos menores de edad e incapaces, todos estos derechos con rango constitucional.

¹⁷⁷ En este trabajo se hace referencia a dos procesos judiciales sobre AOE en curso. Sin embargo, hay dos procesos más en sendas provincias de la Patagonia argentina. En el año 2007 se ha presentado una demanda en la provincia de Tierra de Fuego, en la que el defensor oficial, en defensa de los niños por nacer, ha presentado una demanda de amparo, y una jueza provincial ha dictado una medida cautelar suspendiendo la prescripción y distribución de levonorgestrel 1.5 mg. Las autoridades de la provincia y de la Nación (Ministerio de Salud) han apelado esta decisión, por lo que el proceso judicial debe pasar a la justicia federal. Además, hay otro proceso en Río Negro contra la ley de dicha provincia que dispone la distribución de AOE en los servicios de salud públicos.

Es importante destacar que el 8 de marzo de 2007 el Ministerio de Salud lanzó oficialmente la distribución gratuita en todo el país de levonorgestrel en sus dos presentaciones.

La demanda fue presentada dentro de los quince días de entrada en vigencia de la Ley N° 25.673.

Entre los artículos cuya inconstitucionalidad se cuestiona se encuentra el artículo 6 b), que estatuye:

La transformación del modelo de atención se implementará reforzando la calidad y cobertura de los servicios de salud para dar respuestas eficaces sobre salud sexual y procreación responsable. A dichos fines se deberá:

b) A demanda de los beneficiarios y sobre la base de estudios previos, prescribir y suministrar los métodos y elementos anticonceptivos que deberán ser de carácter reversible¹⁷⁸, no abortivos y transitorios, respetando los criterios o convicciones de sus destinatarios, *salvo contraindicación médica específica y previa información brindada sobre las ventajas y desventajas de los métodos naturales y aquellos aprobados por la ANMAT* (destacado nuestro).

La demandante cita la sentencia expedida en el caso Portal de Belén para señalar que, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo” (fundamento 10), y “que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva” (fundamento 12). Por lo tanto, sostiene que la Ley N° 25.673 incluye la distribución de métodos abortivos cuando han sido autorizados por ANMAT, como la píldora “Imediat N” o “Norgestrel Max”, a pesar de haber sido prohibidos por la Corte Suprema. Adjunta el prospecto del Imediat N y publicidad del fármaco Norgestrel Max.

En cuanto a la violación del derecho a la salud la demandante señala que el embarazo no es una enfermedad, por lo que su prevención no es un acto médico (los médicos sólo previenen enfermedades), y que “todos los contraceptivos

¹⁷⁸ Mediante Ley N° 26.130, de 9 de agosto de 2006, se ha establecido que las personas mayores de edad pueden acceder a la ligadura de trompas o a la vasectomía en los servicios del sistema de salud.

tienen contraindicaciones y provocan efectos secundarios tan graves que, en algunos casos, llegan a la muerte de las usuarias”¹⁷⁹. Asimismo, la demanda de amparo incluye cifras sobre la situación del sector salud en Argentina, para señalar que no está justificado desviar recursos para planificación familiar, cuando deberían ser destinados a la “prevención y cura de enfermedades verdaderas”¹⁸⁰.

Esta demanda pretende no solamente evitar la distribución de AOE sino de todos los anticonceptivos orales y de los dispositivos intrauterinos. Para demostrar el daño a la salud de los anticonceptivos orales, adjunta el prospecto de “Tridette” en el que se hace referencia a diversos efectos secundarios y se señala que antes de iniciar el tratamiento se debe efectuar un examen ginecológico y que cada seis meses se debe repetir el control médico. Mujeres por la Vida se pregunta: en la situación de colapso de la medicina en Argentina, ¿quién garantizará el examen ginecológico semestral? Por otro lado, se adjunta el folleto del DIU ParaGard, donde se lee “la perforación y sus complicaciones pueden requerir cirugía y, en algunos casos, llevar a enfermedades graves o producir la muerte”¹⁸¹.

En cuanto al derecho a la patria potestad en materia de educación y planificación familiar, la demandante señala que ese derecho, con rango constitucional, ha sido “eliminado brutalmente por la Ley N° 25.673, reemplazando a los padres por el Estado Nacional, las provincias y municipios, el sistema educativo de gestión pública y privada, y la totalidad del sistema sanitario-público, de las obras sociales y privado”¹⁸².

¹⁷⁹ Mujeres por la Vida, Acción de amparo, medida cautelar, IV. Legitimación activa. Derechos constitucionales vulnerados, d. 2. El derecho a la salud, p. 9.

¹⁸⁰ Ibid., p. 9.

¹⁸¹ Ibid., d.2. El derecho a la salud. Daños de los dispositivos intrauterinos, p. 13.

¹⁸² Ibid., VI. Ilegalidad y arbitrariedad manifiesta, p. 25.

Mujeres por la Vida solicitó una medida cautelar de suspensión de la ejecución del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en todo el territorio de la República argentina, en tanto se dictara sentencia definitiva en el proceso de amparo.

Mediante resolución de 30 de diciembre de 2002, la juez federal de primera instancia concedió la medida cautelar. Esta resolución fue apelada por el abogado del Estado, cuestionando la legitimación procesal de la demandante y por considerar, entre otros, que la citada resolución era arbitraria. La sentencia 593, de fecha 19 de marzo de 2003, de la Cámara Federal de Apelaciones revocó la medida cautelar y rechazó *in limine* la acción promovida por Mujeres por la Vida, atendiendo a su manifiesta falta de legitimación activa, por la improcedencia de la vía de amparo y por la inexistencia de ilegalidad o inconstitucionalidad manifiesta de la Ley N° 25.675.

A su vez, Mujeres por la Vida apeló ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación la referida sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones, pero sólo en la parte relativa al rechazo *in limine* de la acción de amparo (no en cuanto a la revocación de la medida cautelar).

A través de la resolución de 31 de octubre de 2006, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones, lo que implica que es admisible la demanda de amparo de Mujeres por la Vida y que el proceso continúa.

1.2 Demanda de amparo para revocar las autorizaciones, prohibir la fabricación, distribución y comercialización de todos los fármacos o anticonceptivos orales, inyectables y dispositivos intrauterinos, ordenando el decomisado y destrucción de los productos o ejemplares que se encuentren en todos los lugares del país

La “Fundación 25 de marzo”, representada por el sacerdote católico, Fernando Altamira, presentó una demanda de amparo

en la ciudad de Córdoba, contra el Ministerio de Salud y Acción Social para:

- a) Revocar las autorizaciones, prohibir la fabricación, distribución y comercialización de todos los fármacos o anticonceptivos orales, inyectables y dispositivos intrauterinos, ordenando el decomisado y destrucción de los productos o ejemplares que se encuentren en todos los lugares del país;
- b) Ordenar que el Ministerio de Salud “desactive, anule y prohíba para siempre todo programa de anticoncepción de emergencia en cualquier institución nacional de salud, así como las drogas utilizadas para esos fines”¹⁸³;
- c) Declarar la inconstitucionalidad de todo programa de anticoncepción de emergencia que exista o que pudiera existir en el futuro.

Según lo señalado en la demanda, los estatutos de la Fundación 25 de marzo, establecen que ésta puede “fomentar la familia numerosa, entre otros medios a través de la educación en todos sus niveles, enseñanza de los sanos principios de la moral, lucha contra las esterilizaciones, resaltar el fin primario del matrimonio, etc.”¹⁸⁴ así como “propender a la protección de los llamados derechos de incidencia colectiva en los términos del Art. 43 de la Constitución Nacional que de alguna manera se relacionen con el objeto social, los valores y principios católicos, el Derecho Natural, y el bien común de la patria”¹⁸⁵.

La demandante sostiene que todo anticonceptivo es también abortivo, por lo tanto se vulnera la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Código Civil y el

¹⁸³ Fundación 25 de Marzo, demanda de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social, I) Primera parte: aspectos formales y procesales, B) Demanda y objeto de la presente, p. 2.

¹⁸⁴ Ibid., E) Legitimación activa, p. 3.

¹⁸⁵ Ibid., p. 3.

Código Penal. Además, afirma que se atenta contra la ley de Dios, según la cual se protege la vida desde la concepción y contra el Derecho Natural, puesto “que la finalidad primera y principal del matrimonio es la procreación de los hijos y no la anticoncepción y el aborto”¹⁸⁶. La simple posibilidad de riesgo de aborto exige aplicar el principio *indubio pro vita*.

En la demanda se cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expedida en el caso Portal de Belén, que señaló que todo método que impidiera el anidamiento debía ser considerado como abortivo. Asimismo, se señala que el Laboratorio Gabor admitió, en una presentación ante la Cámara Federal de Córdoba, que los efectos abortivos se dan en todos los anticonceptivos.

La demanda hace referencia a cuatro efectos de las píldoras anticonceptivas y de los inyectables, sosteniendo que algunos son anticonceptivos y otros abortivos, pero los mismos no son dissociables. Los supuestos efectos son los siguientes:

- a) Inhibir la ovulación, efecto que de acuerdo con la FDA se daría, tratándose de los anticonceptivos de solo progestágeno, en la mitad de las mujeres;
- b) Espesar el moco cervical, que es simultáneamente anticonceptivo y abortivo pues el espermatozoide puede fecundar al óvulo con retraso y llegar al endometrio ya muerto o cuando ya no es receptivo para la implantación;
- c) El factor tubárico, que es también anticonceptivo y abortivo, y “consiste en la modificación —a causa de esas sustancias— del normal funcionamiento de las trompas de Falopio, cuyo movimiento natural (si se quiere: a modo de aspiradora) ayuda al desplazamiento del óvulo para que se dé la concepción dentro de los plazos previstos por Dios, y, luego de la fecundación, para que el niño concebido (óvulo fecundado) sea dirigido también dentro de los plazos na-

¹⁸⁶Ibid., II) Segunda parte: la cuestión de fondo o sustancial: todo anticonceptivo es también abortivo (lo mismo vale para los DIU, pero en mayor grado aún), A) Ordenamientos jurídicos conculcados, p. 11.

turales hacia el endometrio y se anide”¹⁸⁷(...). “El óvulo fecundado, o llegará al endometrio ya muerto, o a punto de morir y cuando ya no es apto para implantarse, y/o cuando el endometrio ya no es receptivo para impedir la anidación”¹⁸⁸;

- d) El factor endometrial, que consiste en impedir que el óvulo fecundado se implante en el endometrio, por lo cual es un método puramente abortivo.

A estos cuatro efectos, la Fundación 25 de marzo, añade el “factor sobre el cuerpo lúteo”¹⁸⁹, al que atribuye un efecto abortivo post anidación, pues las drogas anticonceptivas impiden que el cuerpo lúteo desarrolle normalmente sus funciones, atentando contra la continuidad del embarazo, siendo la nueva vida abortada por desprenderse del tejido endometrial.

La demanda también contiene acápites dedicados a cómo actúan los modelos de DIU, cómo actúa la anticoncepción de emergencia, cuándo empieza la vida de las personas, daño al bien común de la patria, e incluye una breve crítica a la definición de embarazo de la OMS.

La jueza dictó una medida cautelar suspendiendo la venta de todos los anticonceptivos orales y del DIU mientras se sustanciaba el proceso, pero bajo la condición de que veinte abogados con matrícula federal prestaran caución juratoria, lo que nunca se logró. Actualmente, la causa está en período de prueba. El Ministerio de Salud citó como tercero a ANMAT También se han presentado todos los laboratorios involucrados.

¹⁸⁷ Ibid., D) Cómo actúan todos los anticonceptivos (drogas anticonceptivas), 6), p. 15.

¹⁸⁸ Ibid., p. 15.

¹⁸⁹ Ibid., 6 bis, p. 15.

2. Colombia

2.1 Demanda de nulidad de la Resolución 266285 de Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos INVIMA, por la cual se concede el registro sanitario de Postinor 2

En junio de 2002 el señor Carlos Humberto Gómez Arámbula presentó una demanda de nulidad contra la Resolución 266285, de 14 de septiembre de 2000, del Ministerio de Salud-Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, por la cual se había concedido el registro sanitario por el término de 10 años al producto Postinor 2, a solicitud del importador Asociación Probienestar de la Familia Colombiana PROFAMILIA.

La demanda fue presentada ante el Consejo de Estado. El demandado fue el INVIMA mientras que la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana PROFAMILIA fue declarada tercero con interés.

El demandante ha afirmado que la Resolución 266285 vulnera el preámbulo así como los artículos 1°, 11°, 13°, 14° y 16° de la Constitución; el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 4° de la Convención sobre Derechos Humanos; el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño; el artículo 91° del Código Civil y el artículo 3° del Código del Menor.

El señor Carlos Humberto Gómez Arámbula afirma que la fecundación se produce aproximadamente tres minutos después del acto sexual¹⁹⁰. Además, sostiene que al autorizar la venta del producto Postinor 2, que produce aborto, se aumenta “la comisión del mismo porque elimina una barrera que existe en la mente humana, pues aunque prohibido por la Ley Divina el delito es permitido por la Ley del Hombre y

¹⁹⁰Gómez Arámbula, Carlos Alberto, Demanda de nulidad. Concepto de violación, p. 2.

ante el proceso de secularización que se está viendo en nuestra sociedad, están sacando a Dios de todos los campos, se verá que tranquilamente sin ningún remordimiento de conciencia se elimine una vida humana (...)”¹⁹¹. También afirma que uno de los objetivos básicos buscados por la Asamblea Nacional Constituyente al promulgar la Constitución de 1991, fue asegurar a sus integrantes la vida (preámbulo), que era “un bien dado por Dios, y por ello, el hombre no puede limitar su término, tal y como lo quiere el acto administrativo demandado, pues la vida aparece desde el momento mismo en que se unen el espermatozoide masculino y el óvulo femenino, minutos después del acto sexual, como lo ha determinado la ciencia médica”¹⁹². Asimismo, el demandante citó la Carta Encíclica “El evangelio de la vida” del Papa Juan Pablo II.

El demandante solicitó, como medio de prueba, que se oficiara al Instituto de Medicina Legal para que emitiera opinión en relación a si el Postinor 2: a) actuaba después de la unión entre el espermatozoide y el óvulo, b) impedía que se anidara o implantara el embrión humano en el útero materno, y c) dañaba o daba muerte al embrión humano¹⁹³.

El 5 de agosto de 2004 el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, emitió su informe señalando que el medicamento Postinor 2 tenía varios niveles de acción.

Primero disminuye la financia del moco vaginal y cervical lo cual dificulta el ascenso del espermatozoide hasta el tercio medio de la trompa de Falopio sitio donde se lleva a cabo la fecundación. Segundo disminuye la contractilidad dentro de ésta, dificultando su encuentro. Por último el levonorgestrel cambia la superficie del endometrio haciéndolo hostil para la implantación. El levonorgestrel no causa ningún daño directo al embrión humano. Valga decir que en estudios realizados en mujeres que han utilizado este método, pruebas

¹⁹¹ Ibid., p. 3.

¹⁹² Ibid., p. 4.

¹⁹³ Ibid., Pruebas, p. 16.

de embarazo de alta sensibilidad son reportadas negativas lo que indica que no se ha producido el embarazo, luego no ha habido aborto¹⁹⁴.

Por su parte PROFAMILIA señala que no es posible el juicio de legalidad de un acto administrativo a partir de cánones religiosos, sino a la luz de argumentos netamente jurídicos. Como sustento del uso de la anticoncepción oral de emergencia, PROFAMILIA invocó las disposiciones constitucionales que protegen la dignidad y los derechos fundamentales de la mujer (artículos 1° y 5°), la que establece la obligación del Estado de proteger el pleno ejercicio de sus derechos (artículo 2°), la que prohíbe toda discriminación contra la mujer así como las que reconocen la igualdad de derechos y oportunidades a hombres y mujeres (artículo 43°) y el derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener (artículo 42°). Adicionalmente, invocó el artículo 15° inciso b) del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, e hizo referencia a la Observación General N° 14, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como a las Recomendaciones Generales N° 19 (La violencia contra la mujer), 21 (La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares) y 24 (La mujer y la salud) del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer¹⁹⁵.

PROFAMILIA, en atención a lo señalado por el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, ha afirmado que estaba probado que el Postinor 2 no era abortivo.

Además de citar textualmente el informe del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, PROFAMILIA hace referencia a las siguientes opiniones

¹⁹⁴ Informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 5 de agosto de 2004.

¹⁹⁵ PROFAMILIA, Alegatos de conclusión. Fundamento jurídico y fáctico 3-7.

de personas e instituciones sobre la anticoncepción oral de emergencia:

- a) La Academia Colombiana de Medicina, que mediante escrito de 20 de setiembre de 2004 afirmó:

En el debate sobre los mecanismos de acción de la anticoncepción de emergencia hormonal, quienes se oponen al uso de este método han dicho que la AE impide la implantación del embrión, que puede afectar el desarrollo del embrión preimplantacional y que induce al aborto.

Estas afirmaciones son incorrectas y no hay evidencia científica que las apoye. Lo que dicen los resultados de las investigaciones pueden resumirse así:

- El mecanismo de acción demostrado para la anticoncepción de emergencia hormonal es la inhibición de la ovulación, lo que se ha observado tanto en la mujer como en la mona y la rata. Además es posible que el LNG inhiba la penetración y la capacitación de los espermatozoides en el tracto genital de la mujer.

- No se han encontrado alteraciones del endometrio en mujeres tratadas con LNG, en las dosis usadas para anticoncepción de emergencia. (...) ¹⁹⁶.

- b) El doctor Efraím Otero Ruiz, médico cirujano de la Universidad Javeriana, especializado en Endocrinología en las Universidades de Columbia (New York) y California (Berkeley), ex Ministro de Salud Pública (1986), ex director de COLCIENCIAS (1973-1983) y ex Presidente de la Academia Nacional de Medicina (1990-1992), quien señaló en un escrito de 11 de noviembre de 2004 que:

(...) Los numerosos estudios por eminentes colegas de los Estados Unidos y de todo el continente, especialmente los de Croxatto en la Universidad Católica de Santiago (Chile), publicados en 2004 en la Revista *Human Reproduction*

¹⁹⁶Ibid., p. 9.

concluyen acertadamente, después de cuidadosos experimentos en primates, que “estos hallazgos no respaldan la hipótesis que la contracepción de emergencia con levonorgestrel previene el embarazo al interferir con los eventos post fertilización”, en otras palabras, que no actúa como abortivo. Lo mismo han confirmado los estudios de Luis Valladares, Jefe de Laboratorio de Hormonas y Receptores del INTA, Universidad de Chile, en diciembre de 2003. Y los Durand, Cravioto y otros seis investigadores mexicanos –publicados en la Revista Contraception en el 2001– sobre los efectos del levonorgestrel sobre la actividad del folículo ovárico inhibiendo la ovulación y no comprometiendo ni la función del cuerpo lúteo ni la histología endometrial¹⁹⁷.

- c) El Centro de Derechos Reproductivos, con sede en Nueva York, que a través de su Presidenta doctora Nancy Northup, mediante escrito de 30 de julio de 2004, indicó que:
d)

... hay varios estudios que han proporcionado evidencia directa de que la AE actúa como otros anticonceptivos hormonales, al inhibir el desarrollo y la maduración folicular o la liberación del propio óvulo, impidiendo o retardando así la ovulación¹⁹⁸.

- e) El Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, que a través de su Presidente, doctor Horacio Croxatto Avoni, afirmó:

Varias investigaciones han puesto en evidencia que el levonorgestrel interfiere con dos procesos fundamentales para la generación del embrión. Uno es la ovulación, proceso por el cual el óvulo sale del ovario, y el otro es la capacidad de fecundar de los espermatozoides que han sido depositados por el coito en los órganos genitales de la mujer. Ambas interferencias tienden a impedir que el espermatozoide y el óvulo se encuentren y de este modo impiden la fecundación y

¹⁹⁷ Ibid., pp. 10-11.

¹⁹⁸ Ibid., pp. 11.

la formación de un embrión y no habiendo embrión no puede haber aborto.

Todas las investigaciones diseñadas para determinar si el levonorgestrel podría impedir que un embrión humano ya formado se implante en el útero han usado aproximaciones indirectas y ninguna ha dado un resultado que permita sustentar en forma inequívoca que el levonorgestrel impida la implantación y por ende cause la muerte del embrión. La más reciente, que analiza la expresión de los genes en el endometrio con una tecnología muy avanzada, indica que levonorgestrel como todo análogo de la progesterona, produce en el útero condiciones favorables a la implantación. Más aún, dos investigaciones diseñadas para determinar en forma directa si el levonorgestrel impide la implantación del embrión han demostrado en forma inequívoca que no lo hace.

El levonorgestrel no impide todos los embarazos en las mujeres cuando lo usan como anticonceptivo de emergencia; solamente previene el 85% de los embarazos cuando la mujer lo usa en las primeras 24 horas después de ocurrido el acto sexual y su eficacia va disminuyendo mientras más se demore en tomarlo, llegando a un 31% si lo usa en el quinto día después de la relación sexual. Después del quinto día la eficacia es nula. Esto se explica porque si lo usa después que se ha formado el embrión ya no es efectivo para impedir el embarazo¹⁹⁹.

- f) La Federación Internacional de Planificación de la Familia, Región Hemisferio Occidental, a través de la doctora Carmen Lucía de Melo Barroso, quien señaló en relación a las píldoras de anticoncepción oral de emergencia que:

(...) los estudios más recientes demuestran que actúan al inhibir la motilidad de los espermatozoides o al inhibir o retrasar la liberación del óvulo desde el ovario.

- g) El doctor Pío Iván Gómez Sánchez, médico cirujano y especialista en epidemiología de la Universidad del Rosario,

¹⁹⁹Ibid., pp. 11-12.

especialista en ginecología de la Universidad Nacional de Colombia y fellow en salud sexual y reproductiva de la Universidad de Laval, Québec, Canadá, ex asesor de agencias nacionales e internacionales en planificación familiar, profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia y coordinador de la Unidad de Planificación Familiar del Departamento de Obstetricia y Ginecología de la referida universidad, quien opinó que:

(...) El mecanismo de acción que se ha encontrado en las múltiples investigaciones al respecto es que impide la ovulación o produce una disfunción de la misma impidiendo así la fecundación. Adicionalmente se ha encontrado acción inhibitoria de la capacidad penetrativa de los espermatozoides y alteración de la capacitación de los mismos. Este último proceso que se realiza en el tracto genital femenino tiene como fin mejorar la capacidad de fecundación de los espermatozoides y se ve alterado por el Levonorgestrel. Por lo anterior, se deduce que su mecanismo de acción es en últimas evitar la fecundación.

Los estudios comparativos entre mujeres voluntarias no han encontrado en las biopsias endometriales diferencias importantes que permitan sugerir que el endometrio sea hostil a la implantación del blastocisto cuando se ha usado POSTINOR 2. (...)²⁰⁰.

2.2. Acción popular instaurada contra el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, y el Ministerio de Protección Social y de Salud

El señor Ricardo Cifuentes Salamanca, en representación de la Corporación Foro Ciudadano, ha instaurado una acción popular contra el INVIMA y el Ministerio de Protección Social y de la Salud, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub Sección B. Alega que

²⁰⁰Ibid., p.13.

el empleo de los medicamentos que se conocen en el mercado como “píldora del día después”, compuestos por levonorgestrel, aniquila la vida que es el bien jurídico máspreciado²⁰¹. Fundamenta su demanda en los artículos 11° y 20° de la Constitución colombiana, en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los artículos 91° y 2359°²⁰² del Código Civil, en el artículo 122° del Código Penal, en el artículo 4° literal n) de la Ley N° 472 de 1998, y en lo señalado en la sentencia C-133 de 1994²⁰³.

Debe indicarse que el artículo 88 de la Constitución colombiana establece que “[I]a ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella. (...)”.

²⁰¹ Corporación Foro Ciudadano, demanda de acción popular instaurada contra el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, I. Hechos de la demanda, p. 2.

²⁰² Artículo 2359. Titular De La Acción Por Daño Contingente. Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar acción.

²⁰³ Como se ha señalado, el fallo más reciente sobre la penalización absoluta del aborto y la protección a la vida del que está por nacer es la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia. En ella, la Corte Constitucional también analiza el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación a la protección del *nasciturus*. Sobre el artículo 4.1 de la Convención Americana, la Corte Constitucional ha sostenido que ninguna de las posibilidades interpretativas del citado artículo permite afirmar que el derecho a la vida o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado sean de naturaleza absoluta. Por el contrario, según la Corte Constitucional, al carecer los derechos reconocidos en la citada convención de un carácter absoluto es preciso realizar una ponderación cuando surjan colisiones entre ellos (fundamento 6). Respecto de la Convención de los Derechos del Niño, la Corte Constitucional ha afirmado que de los trabajos preparatorios de la referida convención se desprende que se ha dejado a los Estados Parte la facultad de adoptar la definición de “niño”, que se extiende al campo de vida protegido por la Constitución (fundamento 6).

El artículo 4 de la Ley N° 472, por la que se desarrolla el artículo 88 de la Constitución, estatuye que:

Artículo 4. Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

g) La seguridad y salubridad públicas; (...)

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Foro Ciudadano señala que no es cierto que el anticonceptivo de emergencia evite el embarazo pues el efecto antimplantatorio produce en realidad la expulsión del concebido no nacido²⁰⁴, y que el consumidor tiene derecho a que se le proporcione información veraz al respecto y no se le induzca a error al señalarse que dicho anticonceptivo evita el embarazo,

La Corporación Foro Ciudadano también citó lo señalado por el médico Francisco Páez del Colegio de Bioética (no se indica de dónde), en el sentido de que la píldora del emergencia hormonal o del día siguiente “interrumpía la evolución natural de un embarazo, es decir la implantación y desarrollo del embrión”²⁰⁵. Como fuente de esta afirmación figura una dirección electrónica, a la actualmente ya no se puede acceder. Igualmente, se hace referencia a dos estudios, uno de 1989 y otro del doctor Herten and Van Look, que habrían determinado el efecto antimplantatorio de la AOE. No obstante, en ningún caso hay una cita textual que permita verificar que ésa fue una de las conclusiones de los estudios. Adicionalmente, respecto del primer estudio no se señala quién lo realizó (sólo se dice que fue publicado en la Revista *Contraception*); y, respecto del segundo, no se indica dónde fue realizado, en qué año o dónde fue publicado²⁰⁶.

²⁰⁴Corporación Foro Ciudadano, demanda de acción popular, I. Hechos de la demanda, p. 4.

²⁰⁵Ibid., p. 4.

²⁰⁶Ibid., p. 5. Hay una referencia más completa al estudio de von Herten del año 2002, en la apelación que presentó APROFA en Chile contra la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda de nulidad contra el registro sanitario de Postinor 2. En dicha apelación se señala que el “el estudio de von Herten incluyó 2712 mujeres

La corporación demandante también reproduce una declaración de un farmacéutico que se negó a vender Postinor 2 y otra de la Conferencia Episcopal española, de abril de 2001, en contra de la llamada píldora del día siguiente²⁰⁷.

Para sustentar la procedencia de la acción popular, la Corporación Foro Ciudadano citó el artículo 91º del Código Civil, en virtud del cual, la ley protege la vida del que está por nacer y, “el juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra”. En atención a ello, afirmó que la defensa del derecho a la vida del no nacido, incoada por cualquier persona, era un caso de acción popular, que encajaba perfectamente bajo la defensa de los derechos colectivos a la salubridad pública y de los derechos de los consumidores. En opinión de la referida corporación, la vida del no nacido se vulnera en todo el territorio nacional con la venta abierta de la píldora del día después, “orientada al público en general, es decir a la colectividad”²⁰⁸.

Hay que destacar que la corporación demandante no estaba muy segura de que la acción popular fuera la vía procesal en el presente caso pues afirmó que:

Es posible que este Tribunal considere que no existe vulneración a derecho colectivo alguno y que la presente

tratadas con LNG (levonorgestrel) en las que se observó **un solo caso** de embarazo ectópico entre los 44 embarazos observados. Dado que en la población general la frecuencia de embarazo ectópico es uno de cada 150 a 200 embarazos, y que en este estudio el número de embarazos estimados es de 216, la frecuencia de embarazos ectópicos con presencia de LNG **es igual a la población general. En consecuencia, no hay diferencias en la frecuencia de embarazo ectópico en el grupo de mujeres que ha usado lng 0,75 mg y las mujeres que conforman la población general**”, Asociación De Protección A La Familia (APROFA), y otras, Apelación de la sentencia de 30 de junio de 2003, II. Sobre el fondo, Peritaje del Dr. Carlos Valenzuela, pp. 9-10.

²⁰⁷ Corporación Foro Ciudadano, demanda de acción popular, I. Hechos de la demanda, pp. 7-10.

²⁰⁸ Ibid., IV. Concepto de vulneración de los derechos colectivos, p. 12.

demanda no se trata de acción popular, por cuanto la vida es un derecho fundamental. En aplicación del último inciso del artículo 5° de la Ley 472 de 1998, solicito se sirva adecuar la petición a la acción que corresponda, teniendo en cuenta que la demanda se fundamenta en la acción prevista en los artículos 91° y 2359° del C.C., a fin de que se produzca decisión de fondo y como lo ordena la ley. Considerando que se encuentran vinculados los derechos colectivos a la salubridad pública e igualmente los derechos de los consumidores y usuarios²⁰⁹.

PROFAMILIA, representada por María Isabel Plata, en la respuesta a la demanda de acción popular, cita el Boletín Informativo HRP de la OMS, en el que se señala los mecanismos de acción de la anticoncepción oral de emergencia, además de citar las investigaciones que demuestran que la AOE no tiene efecto antimplantatorio²¹⁰. Igualmente, cita las opiniones sobre la AOE de la Academia Nacional de Medicina, del doctor Efraim Otero Ruiz, y del doctor Pío Iván Gómez Sánchez²¹¹.

Por otro lado, PROFAMILIA planteó excepciones por la inexistencia de legitimidad por activa en la medida en que el accionante no había acreditado que la organización que representaba estuviera siendo afectada por la vulneración de derechos colectivos, o que actuara como apoderado de personas afectadas por la vulneración o amenaza de un derecho colectivo²¹². En defensa de su posición PROFAMILIA citó la

²⁰⁹Ibid. p. 13.

²¹⁰PROFAMILIA, contestación a la demanda de acción popular, *Antecedentes de la anticoncepción de emergencia AE en el mundo y su introducción en Colombia*, pp. 10-16. Son los mismos estudios que PROFAMILIA citó en la tutela contra el Postinor 2, excepto el estudio de Kesseru y otros, que no fue citado en la respuesta de la acción popular, véase infra p. 20-22.

²¹¹PROFAMILIA, contestación a la demanda de acción popular, *Antecedentes de la anticoncepción de emergencia AE en el mundo y su introducción en Colombia*, pp. 18-20.

²¹²Ibid., p. 22.

Sentencia C-215 de 1999, en la que se interpretó el artículo 12° de la Ley 472 de 1998, en el sentido de que dicha ley preveía dos situaciones: i) La instauración de una acción popular directamente por la persona afectada por la violación de derechos o intereses colectivos; ii) La presentación de dicha acción por medio de apoderado judicial en virtud del poder que le sea conferido por el interesado”²¹³.

También citó la Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por la que negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por el ciudadano Juan Carlos Barrera Rojas contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el INVIMA y Profamilia, en la que se señaló: “2.4 La problemática planteada por Juan Carlos Barrera Rojas, es abstracta porque afirma que las entidades accionadas desconocen el derecho a la vida del ser concebido que se origina con la fecundación del óvulo por el espermatozoide, lo que quiere decir, que no existe claridad sobre la titularidad del derecho en cuyo favor se interpone la tutela”.

Por otro lado, PROFAMILIA argumentó que no existían sujetos cuyo derecho a la vida pretendiera defender el accionante y que la acción popular era restrictiva y excepcional, tal como lo había establecido el Consejo de Estado²¹⁴.

Es importante anotar que PROFAMILIA cuestionó la información que la demanda de acción popular contiene contraria a la AOE afirmando: “El actor agrega conceptos e información limitándose a reproducir textos que encontró en Internet, como reconoce en el acápite de pruebas de la demanda, sin que exista prueba alguna de la veracidad del contenido de dichos textos y mucho menos de la idoneidad de sus autores; por el contrario, se evidencia dentro de la selección de los mismos la motivación religiosa del accionante que lo

²¹³ Ibid., *En cuanto a la demanda, Excepciones*, p. 22.

²¹⁴ Ibid., p. 25.

lleva al extremo de citar como fuente científica a la Conferencia Episcopal Española²¹⁵.

3. Perú

3.1 Demanda de amparo para impedir la distribución gratuita de AOE pero no su venta

El 29 de octubre de 2004, la organización no gubernamental Acción de Lucha Anticorrupción Sin Componenda, representada por un abogado, presentó una demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objeto de que se abstuviera de distribuir gratuitamente AOE a través de los establecimientos públicos de salud, pues no se había consultado al respecto al Congreso de la República. Dicha organización señala que los actos administrativos para promocionar el uso de la AOE, a costa del engaño y mala información a la población, son actos inconstitucionales que resultan en un evidente peligro de asesinato masivo²¹⁶. Dejó claro que no se trataba de medicamento ni de vacuna preventiva o curativa de alguna enfermedad, sino de fomentar intereses de grupos económicos nacionales e internacionales, que hacen de la ciencia un negocio desconociendo los derechos de la humanidad²¹⁷. Cabe señalar que la demanda no tiene por objeto impedir la venta de AOE en farmacias.

La organización demandante sostiene que se trata de un evidente peligro de asesinato masivo al tratarse de un método abortivo, que vulnera el derecho a la vida del concebido,

²¹⁵ Ibid., Contestación de la demanda, I. En cuanto a los llamados Hechos de la demanda, p. 43.

²¹⁶ Acción de Lucha Anticorrupción sin Componenda, demanda de amparo, II. Objetivo del petitorio, p. 2.

²¹⁷ Ibid., III. Fundamentos de hecho, 3, p. 6.

reconocido en el artículo 2, inciso 1) de la Constitución²¹⁸ y en el artículo 1 del Código Civil. Afirma que la violación del derecho del embrión motiva la intervención de sociedades civiles y/o personas naturales con valores éticos y/o cristianos “que en aras de una corriente pro vida y de la dignificación del ser humano, asuman la defensa de este nuevo ser que no puede ejercer por sí mismo su libertad de vivir (...)”²¹⁹.

Como medios probatorios de su demanda, la organización Acción de Lucha Anticorrupción Sin Componenda adjuntó recortes periodísticos de la prensa peruana así como dos pronunciamientos contra el referido anticonceptivo.

La contestación de la demanda por parte de la abogada del Ministerio de Salud estuvo centrada, principalmente, en que la citada organización no tenía legitimación procesal para demandar pues pretendía defender un derecho ajeno a sus fines sociales²²⁰, en que se había excedido el plazo para presentar la demanda de amparo²²¹ y en que no se había agotado la vía administrativa previa al no haberse efectuado ninguna reclamo previo ante el Ministerio de Salud²²². Al final del escrito de contestación de la demanda se cita el Informe científico-médico y jurídico elaborado por una Comisión del Ministerio de Salud²²³ y el Informe Defensorial N° 78 “La anticoncepción oral de emergencia”, que concluyen que la AOE

²¹⁸ Artículo 2 de la Constitución. 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. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

²¹⁹ Acción de Lucha Anticorrupción sin Componenda, demanda de amparo, III. Fundamento jurídico, 4, p. 8.

²²⁰ Ministerio de Salud, contestación a la demanda de amparo, I. Petitorio. A) Excepción de falta de legitimidad para actuar, pp. 1-2.

²²¹ Ibid., B) Excepción de caducidad. p. 6.

²²² Ibid., C) Excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, pp. 7-8.

²²³ Véase infra, nota a pie de página 121.

no es abortiva y que debe ser distribuida gratuitamente a través de los servicios públicos de salud²²⁴.

Mediante sentencia de 17 de agosto de 2005, el Juez del Vigésimo Noveno Juzgado Civil de Lima declaró fundada en parte la demanda, señalando que se habían cumplido todos los requisitos para que procediera la demanda de amparo. La sentencia establece que la vida del concebido se inicia con la fusión del espermatozoide con el óvulo, y que el derecho a la vida se encuentra protegido por el artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “aunque dicha postura en modo alguno implica restarle validez científica (...) a posiciones de tendencias distintas, por lo que todo el contenido de nuestro sustento en lo sucesivo se deslizará sobre dicho lineamiento”²²⁵. Según dicha sentencia el levonorgestrel también impide la implantación del óvulo fecundado, aunque no hay referencia bibliográfica alguna para sustentar esa afirmación²²⁶.

A pesar de aceptar el supuesto tercer efecto, la sentencia ordenó que el Ministerio de Salud se abstuviera “de ejecutar la distribución a nivel nacional de la denominada píldora del día siguiente, en tanto no se garantice la implementación de una adecuada política de información dirigida a la población, respecto de todos los alcances y efectos del referido fármaco (...)”²²⁷, y declaró improcedente la demanda en el extremo que plantea la consulta por parte del Ministerio de Salud al Congreso.

La sentencia fue apelada ante la Corte Superior de Lima. La Mesa de Vigilancia Ciudadana en Derechos Sexuales y Reproductivos, el Colegio Médico del Perú, la Defensoría del

²²⁴Acción de Lucha Anticorrupción sin Componenda demanda de amparo, Otrosí digo, p. 9-10.

²²⁵Sentencia del Vigésimo Noveno Juez Civil de Lima, de 17 de agosto de 2005, considerando 6.1., p. 9.

²²⁶Ibid., considerando 6.3., p. 12.

²²⁷Ibid., Fallo, p. 17.

Pueblo así como el Fondo de Población y la Organización Mundial de la Salud (conjuntamente), presentaron informes de *amicus curiae*. Todos coinciden en señalar que la AOE no tiene efecto abortivo pues actúa antes de la fecundación.

De acuerdo a la legislación peruana tres votos conformes hacen resolución, tratándose, como en este caso, de resoluciones que ponen fin a la instancia²²⁸. Ello no se logró pues las tres magistradas que conforman la Segunda Sala Civil opinaron, en síntesis, lo siguiente:

- 1) Declarar infundada la demanda en cuanto a la amenaza que se invoca sobre la AOE, ordenando que el Ministerio de Salud incluya en sus programas “información relativa al efecto antianidatorio así como todos los datos que conllevan a tomar una decisión voluntaria, libre y consciente (...)”²²⁹.
- 2) Revocar la sentencia en cuanto al extremo que se declara fundada la demanda; ordenando al Ministerio de Salud que consigne en las Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva, “que los anticonceptivos orales de emergencia (Levonorgestrel de 0.75 mg) producen una ligera alteración del endometrio, la misma que no es determinante para impedir la implantación, sin que ello implique una suspensión en su distribución”²³⁰;
- 3) Revocar la sentencia en cuanto declara fundada en parte la demanda, declararla fundada en todos sus extremos y, en consecuencia, ordenar que el Ministerio de Salud se abstenga de ejecutar la distribución a nivel nacional de AOE²³¹.

²²⁸ Artículo 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo texto único ordenado ha sido aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

²²⁹ Resolución de la Segunda Sala Civil de 6 de septiembre de 2007, p. 1.

²³⁰ *Ibid.*, pp. 1-2.

²³¹ *Ibid.*, p. 2.

Se llamó a un cuarto vocal para que dirimiera la causa y se alcanzaran tres votos conformes. Sin embargo, hasta el momento ya se han pronunciado en total cinco vocales, sin haberse obtenido tres votos conformes pues, aunque con variantes, dos consideran que se declare fundada la demanda, dos infundada y una quinta ha opinado porque se declare improcedente.

No deja de ser preocupante que no se haya dictado una sentencia que resuelva que la demanda de amparo contra la distribución gratuita de AOE es infundada, habida cuenta de que el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de 13 de noviembre de 2006, ha señalado que los efectos de la AOE son anticonceptivos.

Capítulo IV

Una revisión de los argumentos planteados en los procesos judiciales sobre anticoncepción oral de emergencia

En los capítulos II y III de este trabajo se ha hecho referencia a un total de quince procesos judiciales sobre AOE en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú. Sólo uno de ellos, la demanda de cumplimiento en el Perú, ha tenido por finalidad que el Estado cumpla con poner a disposición de las mujeres de escasos recursos, la anticoncepción oral de emergencia. Los restantes catorce han tenido por objeto:

- a) Prohibir la distribución y comercialización de una determinada marca de píldoras de AOE (Argentina, Chile y Ecuador);
- b) Declarar la nulidad de la resolución que autorizó el registro de una marca de AOE (Chile y Colombia);
- c) Prohibir la distribución y comercialización de AOE (Colombia);
- d) Prohibir la distribución gratuita de AOE por parte del Ministerio de Salud, pero no la venta de ese anticonceptivo (Perú);
- e) Impedir la distribución de AOE a adolescentes (Chile);
- f) Declarar la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley N° 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (Argentina)²³²;
- g) Declarar la inconstitucionalidad de las Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad, cuestionando la entrega de AOE a adolescentes a partir de los 14 años, la entrega gratuita de AOE en los servicios de salud municipalizados y el procedimiento para la aprobación de dichas normas nacionales (Chile);

²³²También se incluye el tema de los adolescentes.

- h) Establecer que la aplicación de las Normas de Planificación Familiar vulnera derechos fundamentales (México);
- i) Revocar las autorizaciones, prohibir la fabricación, distribución y comercialización de todos los fármacos o anti-conceptivos orales, inyectables y dispositivos intrauterinos, ordenando el decomisado y destrucción de los productos o ejemplares que se encuentren en todos los lugares del país²³³ (Argentina);
- j) Prohibir la venta de Postinor 2 en el territorio nacional, alegando la protección de derechos colectivos de los no nacidos, a través de una acción popular (Colombia).

Los procesos judiciales planteados contra la AOE permiten identificar argumentos comunes contra tal anticonceptivo. También posibilitan evaluar los argumentos de defensa planteados por los demandados, mayormente los ministerios de salud y las entidades administrativas encargadas del registro de medicamentos, así como los expuestos en los informes presentados por terceros en los procesos judiciales.

1. Los argumentos planteados contra la AOE

1.1. La violación del derecho a la vida: la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el principio *pro homine* (*pro persona*)

Las demandas judiciales contra la AOE coinciden en afirmar que es abortiva porque le atribuyen un supuesto tercer efecto antianidatorio o antimplantatorio. Por ello, en dichas demandas se sostiene que la AOE viola el derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que otorga protección al que está por nacer.

²³³También se incluye el tema de los adolescentes.

Debe señalarse que de las sentencias que prohibieron la distribución y comercialización de Postinal (Chile), Imediat (Argentina) y Postinor 2 (Ecuador) se desprende que los demandados (ministerios de salud o entidades encargadas del registro de medicamentos), admitieron que tales productos tenían el mencionado tercer efecto.

Como se ha señalado en el Capítulo I, la Organización Mundial de la Salud sostiene que la AOE actúa antes de la fecundación. Esa información se encuentra publicada en el Boletín HRP de octubre de 2005. Es importante que en los procesos judiciales en trámite dicho boletín sea adjuntado, tal como ha sucedido en los procesos judiciales llevados a cabo en el Perú y en Colombia.

En las últimas demandas planteadas en Argentina, ya no sólo contra la AOE sino contra todos los métodos anticonceptivos hormonales, se han adjuntado los prospectos de algunas píldoras de emergencia en los que se señala que podrían tener efecto antimplantatorio. Como lo ha afirmado la OMS, ése era un *posible o hipotético* tercer efecto al que aludían las investigaciones previas al año 2000. La OMS explica que ese tipo de información se consigna en los encartes que los laboratorios colocan a sus productos anticonceptivos pues tratan “siempre de cubrir la gama más amplia posible de efectos, reales y supuestos, a fin de cubrir responsabilidades ante posibles demandas y reclamos”²³⁴.

Habida cuenta de que la AOE actúa antes de la fecundación, carece de objeto debatir sobre el inicio de la vida. Como lo ha afirmado el UNFPA “en el proceso de incorporación de la AOE en los servicios de salud o en la distribución comercial, resultan del todo innecesarias las discusiones sobre el momento en que se inicia la vida humana, o sobre el momento en que el producto de la fecundación es objeto de derechos. De la misma

²³⁴OMS, Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano, en la demanda de cumplimiento presentada por un grupo de mujeres contra el Ministerio de Salud, 3.3 Controversias sobre la AOE: la posición de la OMS antes del año 2000 p. 5.

manera, en lo relativo a la AOE, resulta irrelevante la definición de embarazo y en todo caso cualquier discusión sobre el aborto”²³⁵. Por esa misma razón tampoco es pertinente invocar la Convención sobre los Derechos del Niño para proteger los derechos del no nacido, como sucedió en Chile en la demanda que, sin éxito, se presentó para declarar la nulidad del registro sanitario de Postinor 2.

No obstante, como información que puede ser útil para otros temas, conviene tener presente que, tal como lo afirmó el Instituto de Salud Pública de Chile en el proceso de nulidad del registro de Postinor 2, en el caso Baby Boy la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que la palabra “en general” fue incorporada al artículo 4.1 de la referida convención, como un acuerdo de aquellos miembros cuyas leyes nacionales permitían el aborto y la pena de muerte. En aquella oportunidad la CIDH afirmó que, sobre la base de los antecedentes legislativos de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no era posible interpretar que tales instrumentos conferían un derecho absoluto a la vida desde la concepción²³⁶. De igual forma, conviene tener presente que, tal como ha sostenido la Corte Constitucional de Colombia, de los trabajos preparatorios de la Convención sobre los Derechos del Niño, se desprende que se ha dejado a los Estados Parte la facultad de adoptar la definición de niño, que se extiende al campo de vida protegido por la Constitución²³⁷.

²³⁵UNFPA, Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano en el proceso de cumplimiento presentado por un grupo de mujeres peruanas contra el Ministerio de Salud, 10. A manera de conclusión, p.17.

²³⁶Resolución N° 23/81, de 6 de marzo de 1981, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso 2141-Baby Boy).

²³⁷Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355/06, fundamento 6.

Por otro lado, en las sentencias expedidas por la Suprema Corte de Justicia de Argentina así como por el Tribunal Constitucional de Ecuador contra la AOE se invoca el principio *pro homine* (pro persona). En el primer caso, para señalar que el tercer efecto antimplantario constituía una amenaza al bien jurídico vida, y en el segundo para sostener que dicho principio obligaba a hacer una interpretación a favor de la persona y del derecho a la vida. En la demanda de nulidad contra el registro del Postinor 2 en Chile, el demandante aludió al principio pro vida a favor de los concebidos y no nacidos, aduciendo que cualquier duda sobre el efecto abortivo del Postinor 2, o cuestionamiento científico, debía ser interpretado con un criterio que beneficiara a los derechos humanos. En realidad, se refería también al principio *pro homine* (pro persona).

Según el principio *pro homine* (pro persona) “ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio”²³⁸. Este principio se invoca para optimizar la protección de los derechos fundamentales²³⁹, a fin de “permitir el mejor ejercicio del derecho dentro de los límites a los que se les ha sujeto”²⁴⁰. En esta tarea de interpretación tienen un rol muy relevante los tratados internacionales en materia de derechos humanos (de allí la insistencia en invocar el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pues una interpretación de la Constitución en sentido material (*pro homine*) “integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo

²³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 1103-1998-AA/TC, fundamento jurídico 3, d, p. 4. Véase también la sentencia recaída en el Expediente 0795-2002-AA/TC, fundamento 1., p. 1.

²³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 4853-2004-PA/TC, III. Fundamentos, 6.3., párrafos 36 y 39, pp. 15 y 16.

²⁴⁰ Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, p. 35. Este autor también desarrolla distintas manifestaciones del principio *pro homine*.

(...) como a nivel interpretativo (...)”²⁴¹. En definitiva, en virtud del principio *pro homine* las restricciones a los derechos deben interpretarse restrictivamente, ampliando “la exigibilidad de los derechos constitucionales mediante la aplicación del Derecho en la forma más favorable a ellos”²⁴².

Sin embargo, aceptando que este principio sea aplicable al que está por nacer, no es pertinente invocarlo cuando se discute sobre AOE pues ésta actúa antes de la fecundación. No existe ningún estudio científico que demuestre el supuesto tercer efecto. Más bien, si hay un rasgo común en las citas de trabajos de investigación que hacen quienes se oponen a la AOE para sustentar el efecto antimplantatorio, es su falta de rigor. En el mejor de los casos, como en la demanda contra Imediat en Argentina, se adjuntó el informe de un profesor universitario que afirmaba que la AOE tenía efecto antimplantatorio. Se trataba de una opinión personal, respetable por cierto, pero carecía de evidencias para sustentar dicho tercer efecto. En otros casos, como en las demandas de nulidad y acción popular planteadas en Colombia, hay citas incompletas de supuestas investigaciones o se consigna información sin ninguna rigurosidad, que se ha obtenido en Internet. Por el contrario, las instituciones que han presentado informes a favor de la AOE en los procesos judiciales en Perú, Colombia y Chile (organismos internacionales, colegios profesionales, organizaciones de la sociedad civil), han hecho referencia a las investigaciones publicadas en prestigiosas revistas científicas (con citas bibliográficas completas), que demuestran que la AOE no tiene el referido tercer efecto. Ése el caso del Fondo de Población en el Perú, de PROFAMILIA en Colombia o de APROFA en Chile. En ese sentido, quienes ejercen la defensa judicial de la AOE también deberían considerar las investigaciones citadas; por ejemplo, por PROFAMILIA (en

²⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 1417-2005 AA/TC, Fundamento 2.1., p. 5.

²⁴² Rubio Correa, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, segunda reimpresión, Lima, 2006, pp. 369-370.

la contestación a la demanda de tutela planteada para evitar la distribución y comercialización de AOE en Colombia) para desvirtuar el pretendido tercer efecto antimplantatorio.

En relación al pretendido tercer efecto es importante tener en cuenta uno de los argumentos empleados por la Corte Suprema de Chile para rechazar la demanda de nulidad del registro sanitario de Postinor 2: que quien alega un hecho debe probarlo. Como se ha insistido en este trabajo, nadie ha probado nunca dicho tercer efecto.

1.2 La ausencia de relación entre la AOE y el derecho a la salud

En las demandas más recientes en Argentina y Chile se ha negado que la AOE esté vinculada al derecho a la salud. Este argumento ha servido para cuestionar la competencia del Ministerio de Salud en la distribución de dicho anticonceptivo pues se argumenta que con esa medida no se combate ninguna enfermedad. Por lo mismo, en Argentina se ha insistido en que el Estado no debería emplear el presupuesto de salud para planificación familiar.

El argumento mencionado es fácilmente rebatible a la luz de la definición de salud de la OMS, de los tratados internacionales sobre la materia así como de las observaciones y recomendaciones generales aprobadas por los comités de Naciones Unidas encargados de monitorear el cumplimiento de tales tratados.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que, según la Constitución de la OMS, “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades”²⁴³.

²⁴³Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada en Nueva York el 22 de julio de 1946 por la Conferencia Institucional de la Salud.

Por su parte, en materia de derecho a la salud, son especialmente relevantes los artículos 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

El artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), establece lo siguiente:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

El artículo 12° de la CEDAW señala:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados

en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Debe, asimismo, tenerse en cuenta que los artículos 14°, 2, b) y 16°, 1, e) de la CEDAW también hacen expresa referencia al derecho de la mujer a acceder a servicios en materia de planificación familiar.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, órgano encargado de supervisar el cumplimiento de las disposiciones del PIDESC ha interpretado el citado artículo 12°, a través de la Observación General N° 14, denominada “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (2000)²⁴⁴. Por su parte, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, que supervisa el cumplimiento de la CEDAW, ha hecho lo propio respecto del artículo 12° de la referida convención, a través de la Recomendación General N° 24 (1999), “La mujer y la salud”²⁴⁵. Ambos documentos son indispensables no solamente para contrarrestar el argumento de que la AOE no tiene nada que ver con el derecho a la salud, sino para sustentar que el acceso a información en planificación familiar y a métodos anticonceptivos, la asignación de presupuesto público para ello así como la prohibición de adoptar medidas discriminatorias son obligaciones que los Estados deben cumplir para garantizar el derecho a la salud.

En ese sentido, debe señalarse que la Observación General N° 14 presta especial atención a la salud sexual y reproductiva, al considerarla como un elemento esencial del derecho protegido en el artículo 12 del PIDESC. Un parte de dicha observación general está especialmente dedicada a “La mujer y la salud”, pues se admite que hay “elementos determinantes de

²⁴⁴Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

²⁴⁵Recomendación General N° 24, *La mujer y la salud*, 20 período de sesiones, 1999, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1.

la salud, como la distribución de los recursos y las diferencias basadas en la perspectiva de género” (párrafo 10).

Por ello, al abordar la cuestión relativa a “La mujer y la salud”, la Observación General N° 14 señala:

Para suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva (párrafo 21).

Ello va unido al objetivo de reducir la mortalidad materna y a que “se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva” (párrafo 21). La Observación General N° 14 también establece que los “Estados deben abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto (...)”²⁴⁶, (párrafo 34). Específicamente, señala que los Estados deben velar porque las prácticas sociales no afecten el acceso a la planificación familiar (párrafo 35) y porque terceros no limiten el acceso a la información y a los servicios relacionados con la salud (párrafo 35).

²⁴⁶Según la Observación General N° 14, la salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto, véase la nota a pie de página 12.

Un aspecto muy importante en relación al cuestionamiento judicial a los registros sanitarios concedidos a las píldoras de AOE años atrás (Chile, Argentina y Colombia), es el relativo a la prohibición de medidas regresivas en materia de salud. En efecto, la Observación General N° 14 establece que “existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte” (párrafo 32).

Una cuestión que no parece haber sido explorada suficientemente, y que tampoco se invoca como argumento en los escritos de defensa de los ministerios de salud, es la relativa al método Yuzpe, que habría sido empleado por varios servicios públicos de salud en América Latina desde hace algunos años. Como se explicó en el primer capítulo, dicho método se obtiene con pastillas anticonceptivas de uso regular. Si se pretende prohibir el empleo de productos dedicados de AOE en los servicios públicos de salud, esa medida también sería regresiva pues la AOE ya se habría utilizado antes de la aparición en el mercado de productos dedicados.

Otro argumento que conviene tener presente es el de la prohibición de la discriminación, consagrada en los textos constitucionales latinoamericanos así como en los tratados internacionales en materia de derechos humanos. La Observación General N° 14 también hace referencia a ella (párrafo 34), indicando que los Estados deben “garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados” (párrafo 43 a). Tratándose de la AOE es discriminatorio que tal anticonceptivo pueda adquirirse en farmacias, pero que se pretenda prohibir la

distribución gratuita a través de los servicios de planificación familiar (Perú y Chile), además de constituir una medida regresiva sólo para las mujeres de escasos recursos. De acuerdo con la Observación General N° 14, “un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 *supra*, que son inderogables” (párrafo 47). Igualmente, cualquier medida regresiva incompatible con las obligaciones a que hace referencia el párrafo 43 viola el derecho a la salud “entre las violaciones resultantes de actos de comisión figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud” (párrafo 48).

Por su parte, la Recomendación General N° 24, señala que “de conformidad con el texto del artículo 12° de la CEDAW, los Estados eliminarán la discriminación contra la mujer en lo que respecta a su acceso a los servicios de atención médica durante todo su ciclo vital, en particular en relación con la planificación de la familia, el embarazo, el parto y el período posterior al parto” (párrafo 2).

Habida cuenta de que el acceso a la información y a los métodos anticonceptivos forma parte del derecho a la salud, el Estado tiene la obligación de destinar recursos para hacer efectivo tal derecho. Si ello no se cumple, el Estado viola el PIDESC. Así lo ha establecido la Observación General N° 14: “Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12” (párrafo 47). De esta forma, “los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas” violan la obligación de cumplir con el derecho a la salud (párrafo 52).

La obligación de los Estados de destinar presupuesto público para planificación familiar también es abordada en la Recomendación General N° 24. Por un lado, se señala que los

Estados Partes deberían ejecutar una estrategia nacional amplia para fomentar la salud de la mujer durante todo su ciclo de vida, lo que incluye intervenciones dirigidas “a garantizar el acceso universal de todas las mujeres a una plena variedad de servicios de atención de la salud de gran calidad y asequibles, incluidos servicios de salud sexual y genésica” (párrafo 29), y, por el otro, que “los Estados Partes deberían asignar suficientes recursos presupuestarios, humanos y administrativos para garantizar que se destine a la salud de la mujer una parte del presupuesto total de salud comparable con la de la salud del hombre, teniendo en cuenta sus diferentes necesidades en materia de salud” (párrafo 31).

También vinculado al derecho a la salud, debe tenerse en cuenta que el acceso a la AOE contribuye a prevenir abortos y a reducir la mortalidad materna. En ambos casos se justifica que el Estado invierta recursos públicos en planificación familiar. La Observación General N° 14 establece que se viola la obligación de cumplir con el derecho a la salud si no se adopta un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género y si no se reducen las tasas de mortalidad materna (párrafo 52). Por su parte, la Recomendación General N° 24 señala que debe darse “prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual” (párrafo 31 c). La Recomendación General N° 19 del Comité CEDAW también establece que los Estados deben asegurar que se tomen medidas “para que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad” (párrafo 24, m)²⁴⁷.

Adicionalmente, la Plataforma de Acción de El Cairo establece que uno de los objetivos de la planificación familiar es: “prevenir los embarazos no deseados y reducir la incidencia de los embarazos de alto riesgo y la morbilidad y mortalidad” (párrafo 7.14 b).

²⁴⁷ Recomendación General N° 19, La violencia contra la mujer, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84 (1994).

Prevenir embarazos no deseados contribuye a evitar los abortos y a combatir la mortalidad materna. Por lo tanto, no debe admitirse el argumento expuesto en las demandas que están en curso en Argentina, Chile y Perú, en el sentido de que el embarazo no es una enfermedad por lo que su prevención no es un acto médico. Todo lo contrario, precisamente porque al prevenir embarazos no deseados se evita el daño a la salud y la muerte de las mujeres, es que los Estados deben tomar medidas al respecto. Así lo han establecido los comités encargados de interpretar el derecho a la salud regulado tanto en el Pacto PIDESC como en la CEDAW.

Otro argumento invocado en las demandas judiciales argentinas en curso, es el que alude a los posibles efectos negativos de los anticonceptivos hormonales en la salud de las mujeres, a partir de lo indicado en los respectivos prospectos. En la actualidad, luego de varias décadas en las que las mujeres han utilizado tales métodos, está claro que los prospectos de los anticonceptivos, como los de cualquier medicamento, hacen referencia a los *posibles* efectos, sin que exista evidencia científica alguna que demuestre que, en efecto, el empleo de los anticonceptivos causa efectos graves a la salud. Si tal evidencia existiera los documentos internacionales antes citados no establecerían la obligación de los Estados de garantizar el acceso de las personas a los métodos de planificación familiar. Adicionalmente, si los anticonceptivos hormonales causaran graves daños a la salud, las píldoras anticonceptivas de uso regular o los dispositivos intrauterinos no se venderían sin receta médica. Tratándose de la AOE, en algunos países como Canadá, Francia o Estados Unidos, también se vende sin receta médica.

Al referirme a la supuesta violación del derecho a la vida que acarrearía la distribución y comercialización de AOE, señalé que en dos sentencias que prohibieron la comercialización de un producto dedicado se invocó el principio *pro homine* ante la duda del efecto antimplantatorio. Sin embargo, el principio *pro homine* puede aplicarse más bien a la interpretación

del derecho a la salud. En efecto, dicho principio exige la interpretación más extensiva posible de dicho derecho, de tal forma que incluya el derecho que tienen las mujeres a acceder a la más amplia gama de métodos anticonceptivos, incluida la AOE.

1.3 La violación del derecho de los padres a educar a sus hijos

Las demandas más recientes en Argentina y Chile han planteado un argumento que no estaba presente en las primeras demandas contra la distribución de AOE: el derecho de los padres a educar a sus hijos/as.

Tal como ha afirmado la Quinta Sala de Apelaciones de Santiago, ese derecho no se ve afectado en virtud de una política pública por la que se permite el acceso de los y las adolescentes a servicios de salud reproductiva, en la medida en que los padres pueden seguir educando a sus hijas de la manera que consideren más adecuada, incluso formándolas para que no utilicen, en ninguna circunstancia, anticoncepción de emergencia. Sin embargo, es pertinente hacer referencia a lo señalado por la Observación General N° 14, por la Recomendación General N° 24, y, sobre todo, por Observación General N° 4 (2003) del Comité de los Derechos del Niño, encargado de la supervisión del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁴⁸, en materia de adolescentes y salud reproductiva.

La Observación General N° 14 establece que “los Estados Partes deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud. El ejercicio del

²⁴⁸Observación General 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003.

derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva” (párrafo 23). Por su parte, la Recomendación General N° 24, señala que el término “mujer” incluye a la niña y a la adolescente (párrafo 8), y que “los Estados Partes deben garantizar, sin prejuicio ni discriminación, el derecho a información, educación y servicios sobre salud sexual para todas las mujeres y niñas” (párrafo 18), garantizándoles sus derechos a la intimidad y confidencialidad.

La Observación General N° 4, denominada “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, también insiste en varios párrafos en la importancia de que los Estados garanticen el acceso a servicios de planificación familiar a los y las adolescentes.

El Comité de los Derechos del Niño, a través de la Observación General N° 4, observa con inquietud que los Estados Partes no han prestado suficiente atención a las preocupaciones específicas de los adolescentes como titulares de derechos ni a la promoción de su salud y desarrollo (párrafo 3).

El Comité considera que los y las adolescentes tienen derecho a medidas especiales de protección y, en consonancia con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresivamente sus derechos (párrafo 1). En consecuencia, los padres tienen la obligación de tener en cuenta las opiniones de los adolescentes, de acuerdo con su edad, madurez y proporcionarles un entorno propicio en el que el adolescente pueda desarrollarse (párrafo 7). Sin embargo, reconoce que “si bien la mayoría de adolescentes crece en entornos familiares que funcionan debidamente, para algunos la familia no constituye un medio seguro y propicio”.

La Observación General N° 4 señala que los Estados Partes “tienen la necesidad de asegurar que ciertas disposiciones

jurídicas específicas estén garantizadas en derecho interno, entre ellas las relativas al establecimiento de la edad mínima para el consentimiento sexual, el matrimonio y la posibilidad de tratamiento médico sin consentimiento de los padres” (párrafo 9). Estas edades mínimas deben “reflejar fielmente el reconocimiento de la condición de seres humanos a los menores de 18 años en cuanto titulares de derecho en consonancia con la evolución de sus facultades y en función de la edad y madurez del niño” (párrafo 9)²⁴⁹. “Los adolescentes a quienes se considere suficientemente maduros para recibir asesoramiento fuera de la presencia de los padres o de otras personas, tienen derecho a la intimidad y pueden solicitar servicios confidenciales, e incluso tratamiento confidencial” (párrafo 11).

El Comité para los Derechos del Niño ha establecido que los adolescentes tienen el derecho a acceder a información adecuada que sea esencial para su salud y desarrollo, siendo obligación de los Estados Partes asegurar que se le proporcione “información sobre el uso y abuso del tabaco, el alcohol y otras sustancias, los comportamientos sociales y sexuales sanos y respetuosos, las dietas y las actividades físicas” (párrafo 26).

Al Comité de los Derechos del Niño le preocupan los embarazos precoces porque constituyen un importante factor en los problemas sanitarios relacionados con la salud sexual y reproductiva, con inclusión del VIH/SIDA (párrafo 20). Según el mencionado Comité “los Estados Partes deberían facilitar a los adolescentes acceso a información sexual y reproductiva, con inclusión de la planificación familiar y de los contraceptivos, los peligros del embarazo precoz, la prevención del VIH/SIDA y la prevención de las enfermedades de transmisión sexual (ETS). Además, los Estados Partes

²⁴⁹ El artículo 12, inciso 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

deberían garantizar el acceso a información adecuada, independientemente de su estado civil y de que tengan o no el consentimiento de sus padres o tutores” (párrafo 28).

Asimismo, para combatir la mortalidad de las niñas adolescentes como consecuencia de las prácticas de aborto, el Comité de los Derechos del Niño insta a los Estados Partes a “elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la planificación familiar, los contraceptivos y las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley, y a cuidados y asesoramiento generales y adecuados en materia de obstetricia” (párrafo 31).

Para preservar la intimidad de los adolescentes y la confidencialidad, así como la cuestión conexas del consentimiento fundamentado al tratamiento, el Comité de los Derechos del Niño establece que se deben dictar reglamentos en los que figure la edad requerida para ello o se haga referencia a la evolución de las facultades del niño (párrafo 33). De acuerdo al mencionado comité “si el adolescente es suficientemente maduro, deberá obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y se informará al mismo tiempo a los padres de que se trata del interés superior del niño” (párrafo 32).

En atención a lo expuesto, la Observación General N° 4 señala que los Estados “deben cumplir en especial las siguientes obligaciones:

b) Garantizar el acceso de los adolescentes a la información que sea esencial para su salud y desarrollo y la posibilidad de que participen en las decisiones que afectan a su salud (en especial mediante un consentimiento fundamentado y el derecho a la confidencialidad), la adquisición de experiencia, la obtención de información adecuada y apropiada para su edad y elección de comportamientos de salud adecuados;

c) Garantizar que todos los adolescentes puedan disponer de instalaciones, bienes y servicios sanitarios con inclusión de servicios sustantivos y de asesoramiento en materia de

salud mental, sexual y reproductiva de calidad apropiada y adaptados a los problemas de los adolescentes” (párrafo 39).

Finalmente, la Observación General N° 4 señala que los Estados Partes deben proporcionar servicios de salud que sean adecuados a las especiales necesidades y derechos humanos de todos los adolescentes, y una de cuyas características sea la disponibilidad, en virtud de la cual “la atención primaria debe incluir servicios adecuados a las necesidades de los adolescentes, concediendo especial atención a la salud sexual y reproductiva (...)”, (párrafo 41, a)²⁵⁰.

Por su parte, la Plataforma de Acción de El Cairo hace hincapié en el hecho de que los servicios de salud reproductiva han descuidado en gran parte las necesidades en esta esfera de los adolescentes (párrafo 7.41). Sobre estos servicios señala:

Reconociendo los derechos y responsabilidades de los padres y otras personas legalmente responsables de los adolescentes de dar a éstos, de una manera coherente con la capacidad en evolución de los adolescentes, orientación y guía apropiadas en cuestiones sexuales y reproductivas, los países deben asegurar que los programas y las actitudes de los proveedores de servicios de salud no limiten el acceso de los adolescentes a los servicios apropiados y a la información que necesiten, incluso información sobre enfermedades de transmisión sexual y sobre los abusos sexuales. Al hacerlo, y con el fin de hacer frente, entre otras cosas, a los abusos sexuales, esos servicios deben salvaguardar los derechos de los adolescentes a la intimidad, la confidencialidad, el respeto y el consentimiento basado en una información correcta, y respetar los valores culturales y las creencias religiosas. En este contexto, los países deberían eliminar, cuando correspondiera, los obstáculos jurídicos, normativos y

²⁵⁰ Hay en la Observación General N° 4 del Comité para los Derechos del Niño otras referencias a la obligación del Estado de brindar acceso a los adolescentes a servicios de salud sexual y reproductiva en los párrafos 10, 28 y 40.

sociales que impiden el suministro de información y servicios de salud reproductiva a los adolescentes (párrafo 7.45).

Adicionalmente, es interesante destacar que, como ha señalado en Fondo de Población, “no hay ninguna evidencia que sugiera que el acceso de los adolescentes a los servicios de planificación familiar promueve la promiscuidad”²⁵¹.

Lo señalado sobre los adolescentes y los métodos anticonceptivos en la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Recomendación General 24 del Comité CEDAW, en la Observación General N° 4 del Comité de los Derechos del Niño así como en la Plataforma de Acción de El Cairo, pudo haber sido muy útil para fundamentar la sentencia de la Quinta Sala de Apelaciones de Santiago, aunque no hay ninguna referencia a ellas en dicha sentencia. También puede ser útil en los procesos judiciales en Argentina en los que se cuestiona, por ejemplo, la entrega de información en materia de salud sexual y reproductiva. Por otro lado, es importante tener en cuenta lo que los distintos comités de Naciones Unidas han recomendado en materia de salud reproductiva en los informes que elaboran por país.

²⁵¹ UNFPA, Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano en el proceso de cumplimiento presentado por un grupo de mujeres peruanas contra el Ministerio de Salud, 4.1. La preocupación de las Naciones Unidas por el alto índice de embarazos de adolescentes y por las infecciones de transmisión sexual, p. 9.

2. Otras consideraciones

2.1 Los cuestionamientos a la falta de legitimación para obrar de quienes presentan demandas contra la AOE, a la extemporaneidad del recurso de amparo, a la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta así como a la idoneidad del proceso de amparo por existir otra vía procesal

Una de las estrategias de defensa frente a las demandas contra la AOE, ha sido plantear la falta de requisitos procesales para comparecer en juicio.

A partir de los procesos judiciales concluidos se desprende que tales argumentos de defensa se han empleado para contestar las demandas en los procesos de amparo, tutela o recursos de protección presentados en Argentina (contra Imediat), Colombia (contra la AOE), Chile (contra Postina), Ecuador (contra Postinor 2) y México (contra la AOE). Salvo en el caso colombiano (en el que la Corte Suprema resolvió que la tutela era improcedente porque no se trataba de una lesión a un ser humano específico y porque la protección al *nasciturus* no se otorgaba a través de la tutela), y en el mexicano, en los demás casos, las demandas judiciales han procedido. En el caso del proceso ordinario en Chile para declarar la nulidad del registro sanitario del Postinor 2, la Corte Suprema reconoció la legitimación procesal de la organización demandante, aunque rechazó la demanda porque no se probó el efecto antimplantatorio de la AOE.

De la información disponible sobre los procesos judiciales en trámite, se puede afirmar que los argumentos de defensa de tipo formal han sido planteados en el proceso de amparo contra la distribución gratuita de AOE en el Perú, así como en la acción popular presentada en Colombia para evitar la comercialización de la AOE. En el caso peruano, la sentencia de primera instancia rechazó los argumentos de defensa de tipo

formal, señalando que se había cumplido todos los requisitos para que procediera la demanda de amparo.

2.2 Los argumentos religiosos invocados en defensa de la AOE

No deja de llamar la atención que en algunas de las demandas en curso contra la AOE se hayan utilizado argumentos religiosos para cuestionarla. Es por ejemplo el caso de la demanda presentada por la Fundación 25 de marzo en Argentina, que afirma que la AOE atenta contra la ley de Dios, entre otras razones, porque impide que se dé la concepción dentro de los plazos previstos por él. Lo propio sucede en la demanda presentada por Carlos Humberto Gómez Arámbula en Colombia, quien señala que la sociedad actual saca a Dios de todos sus ámbitos y que la Constitución protege bienes dados por él; así como en la demanda de la Corporación Municipal de Educación y Salud en Chile, que alega que el derecho a la integridad protege el cuerpo y el alma, presentes en cada uno de los seres humanos.

Quizá estas referencias a argumentos religiosos contribuyan a explicar la oposición a la AOE. Sin embargo, hay que tener presente que en los Estados laicos el debate sobre la AOE debe plantarse en términos jurídicos, y que los tribunales de justicia deben resolver las demandas de acuerdo a la evidencia científica, en el marco del respeto a la Constitución así como a los tratados internacionales de protección de los derechos humanos.

2.3 ¿Quiénes presentan las demandas contra de la AOE?

Las demandas judiciales contra la AOE han sido planteadas por personas naturales y por personas jurídicas. Sin embargo, es curioso advertir que un número significativo de los

demandantes son hombres, ya sea demandando a nombre propio o en representación de una organización:

Argentina

Los representantes de las organizaciones Portal de Belén y Fundación 25 de marzo son hombres. La primera de ellas planteó un proceso de amparo y obtuvo una sentencia en virtud de la cual se prohibió la distribución y comercialización de Imediat. La segunda, ha presentado una demanda de amparo para que se prohíban los anticonceptivos orales, los inyectables y los dispositivos intrauterinos.

Colombia

La tutela para evitar la comercialización y distribución de AOE así como la demanda de nulidad del registro sanitario de Postinor 2, fueron planteadas por hombres. Además, la organización que ha iniciado la acción popular con propósitos semejantes a los de la tutela, también está representada por un hombre.

Chile

Cuatro de las seis organizaciones que plantearon un recurso de protección para impedir la comercialización de Postinor 2, estaban representadas por hombres. El juicio ordinario para que se declarara la nulidad del registro sanitario de Postinor 2, fue planteado por una organización cuyo representante era un hombre. Los dos últimos recursos de protección centrados en el cuestionamiento a la distribución de AOE a adolescentes, han sido iniciados por una corporación municipal representada por un hombre, y por dos padres de familia varones.

Ecuador

La demanda de amparo planteada para impedir la comercialización de Postinor 2 fue presentada por un hombre.

Perú

La demanda de amparo que tiene por objeto impedir que el Ministerio de Salud distribuya gratuitamente AOE, ha sido planteada por una organización representada por un hombre.

En cambio, el único proceso judicial a favor de la AOE fue iniciado por un grupo de mujeres peruanas.

2.4. La importancia de los informes de *amicus curiae* y de terceros coadyuvantes o con interés

Las instituciones como las Defensorías del Pueblo, los colegios profesionales, las agencias internacionales y las organizaciones de la sociedad civil han contribuido de manera significativa a la defensa de la AOE, sobre todo con información que desvirtúa el supuesto tercer efecto de dicho anticonceptivo. Ése ha sido el caso de la Defensoría del Pueblo del Perú, que incluso preparó un informe específico sobre AOE, de la Defensoría del Pueblo de Colombia y de la Defensoría del Pueblo de Ecuador. También han jugado un papel importante los colegios y asociaciones de médicos en el Perú y Colombia, el Fondo de Población y la Organización Mundial de la Salud en el Perú y Chile, así como PROFAMILIA y APROFA en Colombia y Chile, respectivamente.

Sin embargo, a diferencia de las sentencias chilenas (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) y de la expedida por el Tribunal Constitucional de Ecuador, la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional peruano es la única que da cuenta de cada uno de los informes presentados al proceso por las distintas instituciones que lo hicieron, permitiendo conocer la posición de cada una de ellas en relación con la AOE.

Valdría la pena explorar la posibilidad de que este tipo de informes pudiera ser presentado en los procesos judiciales en trámite, si es que ello no ha sucedido, pues permiten desarrollar argumentos o citar investigaciones científicas en materia

de AOE, con los que no siempre cuentan los ministerios de salud o los órganos administrativos encargados del registro de medicamentos.

3. Un balance final

Como se ha indicado, de los quince procesos judiciales sobre AOE, catorce han sido iniciados para evitar su distribución y comercialización, y sólo uno para obligar al Ministerio de Salud a distribuirla gratuitamente.

De los diez procesos judiciales concluidos, puede afirmarse que cuatro culminaron con una sentencia contraria a la AOE (uno en Argentina, dos en Chile y uno en Ecuador). De los cuatro restantes, cuyas resoluciones podrían ser consideradas favorables a la AOE, dos concluyeron con una sentencia que rechazó las demandas por cuestiones de forma (Colombia y México), y sólo en dos se obtuvo una sentencia favorable que se pronunció sobre el fondo del asunto (Chile y Perú). En los otros dos casos (Chile) la Corte Suprema omitió un pronunciamiento sobre el fondo, sosteniendo que la norma que originaba el recurso de protección había sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Confiamos en que las lecciones aprendidas a lo largo de seis años de procesos judiciales (2001-2007), principalmente constitucionales, puedan servir para mejorar la estrategia de defensa en los procesos que aún se encuentran en trámite.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General
(2007 - 2009)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Margareth E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro

Lloyd G. Barnett

César Barros Leal

Allan Brewer-Carías

Marco Tulio Bruni-Celli

Antônio A. Cançado Trindade

Gisèle Côté-Harper

Mariano Fiallos Oyanguren

Héctor Fix-Zamudio

Robert K. Goldman

Claudio Grossman

María Elena Martínez

Juan E. Méndez

Sandra Morelli Rico

Elizabeth Odio Benito

Nina Pacari

Máximo Pacheco Gómez

Hernán Salgado Pesantes

Wendy Singh

Rodolfo Stavenhagen

Comisión Interamericana
de Derechos Humanos

Paolo G. Carozza
Luz Patricia Mejía
Felipe González
Florentín Meléndez
Víctor E. Abramovich
Clare Kamau Roberts
Paulo Sérgio Pinheiro

Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Cecilia Medina-Quiroga
Diego García-Sayán
Manuel E. Ventura Robles
Sergio García-Ramírez
Leonardo Franco
Margarette May Macaulay
Rhady's Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

4

Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina



Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Con el apoyo de:

Fondo de Población de las Naciones Unidas

Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo

© 2008 Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
Reservados todos los derechos.

346.013.4

I59a Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Reproducción asistida, género y derechos humanos
en América Latina / Instituto Interamericano de
Derechos Humanos. – San José, C.R. : IIDH,
2008 86 p.; 21.59 x 13.97 cm

ISBN 978-9968-917-80-3

1. Derechos reproductivos 2. Derechos sexuales 3. Fecundación
in vitro 4. Inseminación artificial.

Las ideas expuestas en los trabajos publicados en este libro son de exclusiva responsabilidad de los autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

Isabel Torres García
Coordinación académica

Denia Núñez Guerrero
Apoyo académico

Florencia Luna
Autora

“Encuentro en el parque” (2007)
Cortesía de la pintora costarricense Alma Fernández
Oleo y collage sobre cartón, 50 x 35 cm.
Ilustración de la portada

Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH
Diseño, diagramación y artes finales

Editorama S.A.
Impresión

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail: uinformacion@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Tabla de contenido

Presentación	7
1. Planteos generales	11
1.1. Introducción	11
1.2. Dimensión del problema	12
1.3. La infertilidad	16
2. Argumentos y debates.....	19
2.1. Técnicas reproductivas: argumentos a favor y en contra	20
2.2. Posición de las religiones	27
2.3. El debate sobre los embriones.....	30
3. Técnicas reproductivas: problemas éticos y de implementación	36
3.1. La inseminación artificial homóloga y heteróloga	36
3.2. La fecundación <i>in vitro</i>	41
3.3. La inyección intracitoplasmática del espermatozoide	46
4. El uso de las técnicas reproductivas en el contexto de América Latina	47
4.1. Mandatos y prácticas efectivas.....	48
4.2. Implicaciones del “doble estándar moral” con relación a la implementación de las técnicas de reproducción asistida	51

4.3. Implicaciones del “doble estándar moral” con relación a la infertilidad	55
5. El caso <i>Ana Victoria Sánchez Villalobos</i> <i>y otros contra Costa Rica, petición 12.361</i>	59
5.1. Informe de admisibilidad N° 25/04 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	59
5.2. Derechos humanos y salud reproductiva	62
5.3. Equidad y salud de la mujer en Costa Rica.....	65
5.4. Derechos humanos involucrados en el caso.....	68
5.5. Sentencia 2000-02306 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.....	77
5.6. Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.	81

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) han desarrollado acciones conjuntas desde el año 2002, en el marco de una fructífera alianza estratégica basada en la plena coincidencia de que el goce y ejercicio de los derechos humanos, constituyen la piedra angular de la democracia y del desarrollo.

En el trabajo de promoción y educación en derechos humanos de las mujeres que ambas entidades realizan, han identificado temas de especial preocupación en la región en la esfera de los derechos reproductivos. Es por ello que han propiciado procesos de investigación académica, que dan continuidad al estudio realizado y publicado hace algunos años “Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos” (IIDH, UNFPA: 2003).

Mediante la presente publicación, se pone a disposición un compendio de cuatro investigaciones, con el fin de propiciar conocimientos que faciliten el debate, la argumentación y la toma de decisiones:

- Tomo 1: Los derechos reproductivos son derechos humanos.
- Tomo 2: Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos.
- Tomo 3: La anticoncepción oral de emergencia. El debate legal en América Latina.

Tomo 4: Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina.

El primer texto aborda a los derechos reproductivos desde una perspectiva de género y de derechos humanos. Analiza la evolución, alcance y contenido de los derechos reproductivos como parte de los derechos humanos universales y por ende, de las obligaciones de los Estados en esa materia.

El segundo presenta, desde una perspectiva jurídica, cómo la justicia constitucional ha resuelto en América Latina los casos en los que se han discutido demandas argumentadas como derechos sexuales y reproductivos.

El tercer texto sistematiza quince procesos judiciales constitucionales sobre la anticoncepción oral de emergencia, el cual constituye el método anticonceptivo que más controversias judiciales ha originado en América Latina, planteadas en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú.

El cuarto y último analiza la reproducción asistida desde una perspectiva de género y derechos humanos en el contexto latinoamericano.

El IIDH y el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), esperan continuar contribuyendo a ampliar los conocimientos en dichas temáticas y sobre todo, que la apropiación de los mismos se convierta en una herramienta de trabajo por parte de las instituciones de Estado y de las organizaciones de la sociedad civil en pro de los derechos humanos.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo*

Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina

*Florencia Luna**

* Argentina, Doctora en Filosofía de la Universidad de Buenos Aires. Directora del Programa de Bioética de FLACSO-Argentina. Integra la International Association of Bioethics de la cual fue su presidenta durante el periodo 2003-2005 y el Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS). Asesora temporal de la Organización Mundial de la Salud para el Planning Group Meeting for Ethical, Legal and Social Issues in Genetics. Directora y fundadora de la revista *Perspectivas Bioéticas* e Investigadora Adjunta del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina.

La autora agradece especialmente a Rebecca Cook, Esther Polak de Fried, Paola Bergallo, Bebe Loff, Natalia Righetti, Lino Barañao, Alejandro Morlachetti y Penny Weller por la información y el apoyo que le brindaron para la elaboración de este informe. La responsabilidad por su contenido, sin embargo, corresponde exclusivamente a la autora. El informe se ha basado, además, en otros textos de su autoría. Entre ellos, Luna F. "Assisted Reproduction Technology in Latin America: Some Ethical and Socio-Cultural Issues", en Vayena E., Rowe P.J., Griffin D. (eds.), *Current practices and controversies in Assisted Reproduction*, Ginebra, WHO, 2002; Luna F. y Salles A.L.F (eds.) *Decisiones de vida y muerte*, Sudamericana, Buenos Aires, 1995; Luna F. "Reproducción asistida y 'sabor local': contexto y mujer en Latinoamérica", *Bioética* 9 (2): 83-98, 2001; Luna F. y Salles A.L.F. (en prensa) *Bioética en un mundo complejo*, México D.F., FCE.

1. Planteos generales

1.1 Introducción

Se llama técnicas de reproducción asistida (TRA) a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción¹.

Generalmente, se parte de la base de que toda persona adulta tiene el derecho de procrear, y en la mayoría de los casos, la gente hace uso de ese derecho sin requerir asistencia de terceros. No sucede lo mismo cuando se trata de personas infértiles que deben apelar a tecnologías reproductivas. El hecho de tener que requerir intervención por parte de otro ya comienza a plantear problemas. Como se analizará en primer lugar, implica una interferencia en un acto muy íntimo y privado como es concebir un hijo, al estar ligadas a cuestiones tan personales como la reproducción, y a la manipulación de material germinal (sean éstos óvulos, espermatozoides o embriones) respecto de los cuales hay posiciones muy diversas desde las diferentes religiones, en las diferentes sociedades y en el mundo científico; muchos de los debates respecto de estas técnicas están teñidos por posiciones emocionales.

Involucran, además, la incorporación de técnicas científicas y médicas que parecen llevar a una “desnaturalización” y “medicalización” de este proceso. Rebecca Cook y Bernard Dickens recuerdan un comentario de Kleegman y Kaufman respecto del desarrollo a la aceptación de la inseminación

¹ Más adelante, se explicará en qué consisten algunas de ellas como la fecundación in vitro, la inseminación artificial, el ICSI.

artificial que ilustra la “aversión” que ciertas tecnologías generan (algo semejante sucedió con los primeros trasplantes de corazón): “Cualquier cambio en las costumbres o las prácticas en esta área emocionalmente sobrecargada, ha generado siempre una primera respuesta de negación con horror de las costumbres establecidas o de la ley, luego de negación sin horror, luego una lenta y gradual curiosidad, estudio, evaluación, y finalmente una muy lenta pero constante aceptación”².

Indudablemente las técnicas de reproducción asistida presentan un campo muy complejo en donde conviven reacciones emocionales, y éstas se entrecruzan con preocupaciones y críticas racionales. A lo anterior se suman acendradas actitudes sociales (estereotipos de maternidad o virilidad), visiones divergentes sobre el rol de la mujer, la percepción positiva o negativa de la medicalización de ciertos procesos naturales. Se trata de un terreno con diferentes aristas de difícil abordaje. No permite una mirada única y simple, de todo o nada. Así en este trabajo se intenta desplegar las diferentes argumentaciones brindadas, explicitar problemas de implementación, señalar el impacto que la infertilidad tiene en el contexto local, así como el compromiso que puede estar involucrado desde los derechos humanos, la ética y la perspectiva de género.

1.2 Dimensión del problema

En primer lugar, deben ubicarse a las TRA en el contexto de la salud sexual y reproductiva. Durante la última década del siglo XX se explicita un concepto de salud sexual y reproductiva basada en la definición de salud aceptada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Esto es, la salud es un estado completo de bienestar físico y mental y social y no

² Cook R. y Dickens B.M. “Some Ethical and Legal Issues in Assisted Reproductive Technology”, *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 55: 55-61, 56.G, 1999.

la mera ausencia de enfermedad o dolencias³. La Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo, realizada en El Cairo en 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, en Beijing en 1995, adopta un concepto integral de salud sexual y reproductiva⁴.

La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia [...] el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permiten los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos⁵.

Si bien lo primero que se tiene en cuenta cuando se analiza este concepto es, por ejemplo, servicios de anticoncepción y procreación responsable apropiados, atención durante el embarazo y parto, prevención de enfermedades de transmisión sexual, atención del VIH, esta definición es bastante más amplia. Muchos de estos temas son acuciantes e involucran planteos que han formado parte de la lucha del movimiento de mujeres, así como de la concepción de los derechos reproductivos. Sin embargo esta definición no se agota en estas primeras cuestiones. Implica métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud reproductiva, así como también cubre el acceso a los métodos reproductivos médicamente asistidos,

³ Si bien como se verá en el párrafo sobre el derecho a la salud, la Observación N°14 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se basa en la definición de la OMS, se hace referencia al nivel más alto de salud física y mental, lo cual permite claramente abarcar la salud sexual y reproductiva.

⁴ Cook R., Dickens B., Fathalla M. *Salud reproductiva y derechos humanos*, Bogotá, Profamilia, Oxford, p. 74. 2003.

⁵ Cook, Dickens, Fathalla, *op. cit.*, p. 74.

incluyendo las tecnologías diseñadas para tratar la infertilidad y para permitirles a las parejas infértiles tener hijos⁶.

En segundo lugar, se quiere ubicar la magnitud del problema señalando que aproximadamente entre el 15 y el 20% de las parejas en edad fértil padecen algún problema de infertilidad, lo que equivale a que una de cada cinco parejas tiene problemas para lograr el embarazo⁷. En el 2003 se calculaba que más de 186 millones de parejas de países en desarrollo (excluyendo China) padecían problemas de fertilidad⁸. Un 40% de los casos de infertilidad tiene causa masculina, otro 40% es de origen femenino y el 20% restante tiene causas desconocidas. Es decir que, pese a que generalmente se asocian los problemas de infertilidad con la mujer, ya que ésta es la que “pone” el cuerpo, éstos no son problemas únicamente femeninos.

Si bien en lo que sigue se explorarán algunos de los argumentos a favor y en contra de su justificabilidad moral, actualmente la mayoría de estos procedimientos forman parte de los tratamientos o servicios médicos, aún si hay grandes variaciones respecto de cada sociedad y Estado en cuanto a la reglamentación y regulación. Desde 1998, y luego en el 2004 y 2007 la Sociedad Internacional de Fertilidad y Esterilidad publica un estudio que tabula las prácticas respecto de las técnicas de reproducción asistida. En la última versión, la de 2007 brinda datos de 57 países, calculando que éstos cubren dos tercios de la población mundial⁹. Así reporta si los países tienen regulaciones o leyes, o guías establecidas por sociedades

6 Esto aparece claramente en Cook, Dickens, Fathalla, *op. cit.*, p. 74. También en el “Resumen ejecutivo” de la Serie sobre Salud Sexual y Reproductiva de *The Lancet*, disponible en: http://www.who.int/reproductive-health/publications/es/srh_lancetseries_es.pdf, (fecha de acceso: nov. de 2007).

7 Chillik C. *¿Por qué no podemos tener un hijo?* Buenos Aires, Editorial Atlántida, p. 19. 2000.

8 Butler P. “ART in Developing Countries –A Response to Individual Need or a Social Priority?”, en *Progress in Reproductive Health Research*, Geneva, World Health Organization. 2003.

9 Jones H., Cohen J., Cook I., Kempers R. “IFFS Surveillance 07”, *Fertility and Sterility* 87(4): S1-S8, 2007.

médicas, si hay o no métodos de supervisión, cuántos embriones se transfieren, si hay anonimato, etc. Brinda un panorama del estado de la cuestión en términos de prácticas e implementación desde la perspectiva médica. El objeto de este trabajo fue elaborar un documento internacional autorizado que lograra un consenso respecto de lo posible y lo deseable en este ámbito. En la última versión señala –con cierta desazón– la dificultad de lograr tal consenso, debido a la gran diversidad de leyes y guías. Allí se reconoce que, en parte, las objeciones históricas a estas técnicas están ligadas a la destrucción de óvulos fertilizados considerados por algunos (generalmente asociados a ciertos grupos religiosos) como seres humanos. Así como también la posición contraria, sostenida por otras posiciones religiosas y grandes segmentos de la población que mantienen que los embriones u óvulos fecundados –tal como se utilizan en la aplicación clínica de la fertilización *in vitro* (FIV)– no merecen una protección especial. Según tal informe, estas visiones divergentes en relación al estatus moral del embrión probablemente son la causa principal de la divergencia de reglas y guías, debido a la presión ejercida por estos grupos en oposición. Si este fuera el análisis correcto de la situación parece imposible lograr un consenso respecto a estándares comunes para una vigilancia en un futuro cercano¹⁰.

Sin embargo resulta significativo que en el 2002, la OMS dedicara una reunión internacional de evaluación y un libro al estado de la cuestión después de 25 años de práctica y casi un millón de niños nacidos por medio de estas técnicas¹¹. De alguna manera este emprendimiento de la OMS muestra un reconocimiento como práctica establecida y reconocida que necesita un seguimiento.

¹⁰ Jones, Cohen, Cook, Kempers, *op. cit.*, S5.

¹¹ Report of a meeting on “Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction”, held at WHO headquarters at Geneva, Switzerland, 17-21 September 2001, edited by Effy Vayena, Patrick J. Rowe and P. David Griffin. WHO Publications, 2002.

1.3 Infertilidad

Antes de comenzar con los argumentos que defienden o atacan estas técnicas, vale la pena detenerse en una discusión fundamental: cómo se valora y se conceptualiza la infertilidad. Una primera cuestión que hay que tener en cuenta es que la conceptualización que se realice de la infertilidad va más allá de un mero juego teórico con palabras y tiene un fuerte impacto en la realidad. Así, analizar y esclarecer la terminología utilizada al hablar de “infertilidad”, “infecundidad” o “esterilidad” permite identificar supuestos, mandatos morales, imperativos de normalidad y distinguirlos de diagnósticos médicos. Este punto resulta sumamente relevante, por ejemplo, al momento de elaborar una legislación.

Respecto de las definiciones de los problemas reproductivos, muchos centros prefieren utilizar los términos de “infertilidad” o “infecundidad” más que “esterilidad” porque este último, sostienen, deja entrever cierta cristalización de un estado de cosas que gracias a las nuevas técnicas de reproducción asistida, puede ser revertido. En ciertas ocasiones, suele definirse a la “esterilidad” como el no logro del embarazo y a la “infertilidad” como la imposibilidad de sostener y llevar a término un embarazo. También se distingue entre *infertilidad primaria* que se da en aquellas personas que nunca lograron un embarazo y lo que se conoce como *infertilidad secundaria (strictu sensu)* que abarca a las personas que se embarazaron pero tuvieron abortos espontáneos. No debe confundirse este tipo último tipo de infertilidad secundaria con la infertilidad secundaria debido a secuelas por infecciones o abortos inseguros a la que se hará referencia más adelante¹².

Nótese que en general en las definiciones no hay ninguna referencia a problemas físicos. Así, la Asociación Médica Mundial señala que: “La concepción asistida es distinta del tratamiento de una enfermedad, ya que la imposibilidad de ser padres, sin intervención médica no siempre es considerada

¹² Véase acápite 4.3.

una enfermedad. Aunque puede tener profundas consecuencias psico-sociales y médicas no es en sí limitante de la vida. Sin embargo, es una importante causa de una enfermedad psicológica y su tratamiento es evidentemente médico”¹³. No obstante, hay quienes consideran que se trata de una enfermedad¹⁴.

Existen, al menos, dos tipos de conceptualizaciones. La primera es más restrictiva y está fuertemente ligada a la idea de la medicina como “terapéutica”; la segunda, por el contrario, es más amplia y se vincula con la idea de la medicina como “servicio al consumidor”. La primera acepción es la que prevalece en los centros de fertilización asistida que concentran su oferta de servicios en la pareja heterosexual.

Un análisis que exhibe las dos acepciones es el que provee Débora Diniz. Esta bioeticista brasilera distingue entre los conceptos de infecundidad “voluntaria” e “involuntaria” y sostiene que esta última es la que se traduce en términos médicos como “infertilidad”. Ella afirma que al centrar el análisis en la “pareja infértil” se deja de lado que *uno* de los integrantes de la pareja es el que posee el problema y que éste se solucionaría cambiando de pareja.

Esta perspectiva de la “pareja infértil” justificaría, según la autora, la demanda masiva de técnicas de reproducción asistida, entendidas como servicio de producción de bebés más que como tratamiento médico. Así también, sostiene que la “pareja infértil” se presenta más como una representación moral que como un diagnóstico médico. Es más, algunos sociólogos cuestionan la medicalización de esta condición.

¹³ Asociación Médica Mundial, “Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre las Tecnologías de Reproducción Asistida” (Sudáfrica, Octubre 2006), Artículo 6, disponible en: <http://www.wma.net/s/policy/r3.htm>, (acceso: nov. de 2007).

¹⁴ Algunos autores que toman a la infertilidad como una enfermedad son Solano Castillo P. “El derecho a la salud y la reproducción asistida”, *Med. leg. Costa Rica* 20 (1): 15-27; Chillik, *op. cit.* 2003

Gay Becker y Robert Nachtigall¹⁵ plantean que la infertilidad es un problema social reconstruido como una enfermedad, ya que hasta los años 70 era visto, mayormente, como un problema psicosomático¹⁶. El cambio de enfoque puede atribuirse, entre otras cuestiones, justamente a los avances técnicos que hicieron posible el tratamiento médico¹⁷. Y lo que estas posiciones ponen en tela de juicio es la medicalización de estos procesos naturales o condiciones sociales.

Julien Murphy sostiene que la infertilidad es uno de los pocos términos médicos que es relacional, esto es que implica una condición o problema que incluye o involucra a una pareja y no a un individuo aislado. Ahora bien, el problema que puede presentarse se relaciona con la composición de esa pareja¹⁸.

Como se puede observar uno de los puntos en cuestión es si se trata de un “tratamiento médico” o de un “servicio”, esto es, si estamos frente a personas padeciendo una enfermedad o discapacidad o de personas que funcionan como clientes y demandan un servicio para cumplir con el deseo de paternidad o maternidad. De la valoración y conceptualización que se haga dependerá la justificación de los límites que se establezcan.

¹⁵ La literatura de los años 60 y 70 tomaba al problema de la falta de hijos involuntaria como una condición social definida como la no deseada ausencia de hijos. Becker G. y Nachtigall R. “Eager for Medicalization: The Social Production of Infertility as a Disease”, *Sociology of Health & Illness* 14 (4): 456-471, 457. 1992.

¹⁶ Strickler J. “The New Reproductive Technology: Problem or Solution?” *Sociology of Health & Illness* 14 (1): 111-132. 1992.

¹⁷ Strickler, *op.cit.*, 114.

¹⁸ La autora analiza en “Should Lesbians Count as Infertile Couples? Antilebian Discrimination in Assisted Reproduction” si una pareja de lesbianas puede ser descrita como una *pareja infértil*, en tanto la infertilidad es definida relacionalmente. La conclusión a la que llega es que no puede ser descrita de la misma manera que la pareja heterosexual porque se estaría importando un concepto para una situación completamente diversa y no se estaría tratando esa problemática particularmente. Murphy J.S. “Should Lesbians Count as Infertile Couples? Antilebian Discrimination in Assisted Reproduction”, en Donchin A. y Purdy L.M. (eds.), *Embodying Bioethics: Recent Feminist Advances*, Lanham MD, Rowman and Littlefield, 103-120. 1999.

De esto también dependerá si se considera adecuada o no la medicalización de la que ha sido objeto.

Este abanico de posibilidades que brinda a parejas homosexuales o a personas solas la posibilidad de tener un hijo, muchas veces es visto con rechazo por parte de algunos grupos que prefieren una visión tradicional de la familia, considerando a estas técnicas como las responsables de cierta degradación de los valores familiares.

Así pues, en relación a lo anterior, creo que vale la pena señalar la convivencia de estas diferentes acepciones de las TRA. Éstas oscilan desde posiciones sumamente restrictivas que abarcan únicamente a parejas heterosexuales en relaciones formales de matrimonio, parejas heterosexuales convivientes (puede exigir la demostración de años de convivencia) o puede no poner condiciones y permitir que cualquier persona que necesite de estas técnicas acceda a ellas (por ejemplo, que mujeres o varones individualmente soliciten estos procedimientos, así como también parejas homosexuales).

2. Argumentos y debates

Como ya se ha señalado el campo de la reproducción asistida está sembrado de debates. Se comenzará presentando algunos de los argumentos esgrimidos a favor y en contra de estas técnicas de manera general, para luego revisar dos tipos de consideraciones que han permeado el debate público (la posición de las religiones y el debate sobre embriones).

2.1 Técnicas reproductivas: argumentos generales a favor y en contra

En la argumentación a favor de las técnicas de reproducción asistida, puede señalarse:

- 1) ***Ayuda a la paternidad o a la maternidad:*** su peso radica en la necesidad y el derecho de los seres humanos a tener hijos biológicos. Considera la infertilidad como un problema que puede ser superado y a estas técnicas como un medio posible de lograrlo. Como veremos luego este argumento se puede respaldar desde la defensa de los derechos humanos, al considerar a estas prácticas como incluidas en la salud sexual y reproductiva y a la intimidad y privacidad familiar, entre otros.
- 2) ***Argumento del pluralismo:*** este argumento complementa el anterior. Agrega que aceptar y legislar sobre este tipo de técnicas implica comprometerse a que la gente las pueda elegir, pero no a que todas las personas deban someterse a ellas. No obliga a nadie a realizar una práctica con la que desacuerda. Señala la posibilidad de compatibilizar la posición de quienes que quieren superar su problema de infertilidad y quienes, por creencias religiosas, por ejemplo, no quieren someterse a ellas. Esto es, reconoce que pueden haber diferentes concepciones respecto, por ejemplo, de los embriones en relación a la criopreservación o al descarte de los mismos y es, justamente por eso, por la divergencia que puede implicar en convicciones religiosas, que algunas personas prefieren no someterse a estas técnicas así como otras no encontrarán mayores problemas.
- 3) ***Adquisición beneficiosa de conocimiento:*** se sostiene que, dado que el desarrollo de estas técnicas reproductivas requiere la investigación de estadios tempranos del embrión y del medio en donde éste se desarrolla, se obtiene por medio de ellas conocimiento acerca de la reproducción y los primeros estadios del embrión que puede ser usado para beneficiarnos. Por ejemplo, este conocimiento permite

determinar de qué manera el feto es afectado por toxinas en el medio ambiente y por drogas que usa la madre. En segundo lugar, el conocimiento adquirido sobre estadios tempranos del embrión y su evolución genética permite que se localicen defectos genéticos y así, en un futuro, evitar ciertas enfermedades. Además, el conocimiento sobre la situación ideal para que se realice la fecundación ayuda, paradójicamente, a mejorar las técnicas de contracepción. Si bien este argumento respalda estas técnicas, lo hace considerándolas como un medio para otro objetivo. Señala los beneficios secundarios que estas técnicas brindarían.

Entre los argumentos que rechazan el uso de estas técnicas se destacan los siguientes:

- 1) **Argumento de lo natural:** este argumento enfatiza lo antinatural y artificial de las técnicas. Señala que la gestación se realiza por medios mecánicos o tecnológicos o por contratos sociales, sin amor¹⁹. Concluye, que como consecuencia de lo anterior, el uso de las mismas llevará a la destrucción del matrimonio y de la institución de la familia.

Este argumento no parece estar bien fundamentado. Combina dos elementos: la crítica a lo no-natural y una versión del argumento de la “pendiente resbaladiza”. A lo primero se puede contra-argumentar explicando que, del hecho de que la técnica no sea natural o de que se realicen complicados contratos sociales, no implica que el bebé por nacer no sea deseado o querido. Además, el argumento de la antinaturalidad de las prácticas podría ser aplicado a toda la medicina en general, ya que lo que ésta hace es básicamente alterar el curso de la naturaleza e ir en contra de procesos –como las enfermedades– que son “naturales”. Es más, toda la historia de la humanidad puede leerse como una “lucha” en contra de la naturaleza.

¹⁹ Este es el caso de la maternidad sustituta, por la cual se puede gestar el hijo de otras personas con las cuales se realiza un contrato social.

Muchas veces subyace a esta crítica cierta idealización de los procesos naturales: lo natural por el hecho de ser natural parece calificar como bueno. Una suerte de falacia naturalista que confunde el “es” con el “debe”. En este sentido, vale la pena recordar que en la mayoría de las situaciones el problema no es la técnica, sino los usos (y abusos) que pueden hacerse de ella. Los seres humanos muchas veces buscan la maternidad o paternidad por motivos no necesariamente loables, pero esto puede llevarse a cabo por vías naturales o no-naturales. Lo que sucede es que al recurrir a un proceso tecnológico aquellas motivaciones parecen exhibirse de una manera desembosada.

Respecto del argumento de la “pendiente resbaladiza”, este esgrime que la aceptación o modificación de una práctica nos desliza a la aceptación de otras prácticas sociales las cuales, finalmente, destruirán la estructura social o llevarán al caos. Esto es, que la primera alteración que se efectúa del *status quo* implicará deslizarse por una pendiente resbaladiza, ya que una vez aceptado el primer cambio en cuestión resulta imposible poner límites o frenos. La lógica subyacente es que si se acepta a, entonces necesariamente tendremos que aceptar b, c, d... Considera imposible establecer límites o criterios que distingan entre las diferentes prácticas. En general se considera a este tipo de argumento como falaz. En esta versión del argumento de la “pendiente resbaladiza” tampoco queda claro por qué el uso de estas técnicas podría destruir a la familia. Por otro lado, el riesgo de que esta técnica pueda llegar a generalizarse produciendo un caos social no parece muy factible, ya que sólo aquellas parejas con problemas de infertilidad utilizarían estas técnicas que son costosas, incómodas y que implican la intervención médica y el consumo de drogas y hormonas. Parecería, entonces, que la amorosa reproducción natural debería seguir siendo el método preferido para concebir hijos.

- 2) **Argumento de la “disolución social por la manipulación de material reproductivo”**: Se trata de otra versión del argumento de la “pendiente resbaladiza”. El mismo plantea que la aceptación de este tipo de técnicas conduciría al caos y a la disolución social (ya sea porque abrirían la puerta a experimentaciones con embriones u otras manipulaciones semejantes degradando el sentido de la vida y fomentando una “cultura de la muerte”) y que, ante este peligro, es mejor no aceptarlas. Nuevamente este razonamiento se puede criticar por el uso falaz del argumento de la “pendiente resbaladiza”. Hay, sin embargo, un punto que reviste importancia y éste se vincula con la posibilidad de abusos y malos usos de tales técnicas. Esta es una posibilidad, sin embargo, existen alternativas legales o regulaciones que pueden trazar límites y fijar condiciones para los usos de tales técnicas. No obstante es claro que regular o reglamentar no implica una prohibición total.
- 3) **Argumento de la opresión de las mujeres**: varias filósofas feministas han tratado de ubicar estas técnicas en un contexto histórico y social para evaluarlas. Hay dos líneas de análisis que llevan a dos críticas diferentes aunque relacionadas. La primera, señala que la inversión y énfasis en nuevas tecnologías que facilitan la maternidad o la paternidad biológicas, refuerza la idea de que las mujeres necesitan ser madres para sentirse satisfechas. Como la maternidad ha sido históricamente una justificación importante para limitar sus oportunidades en la sociedad, muchas feministas tienen cierta aprehensión a estos desarrollos tecnológicos que ponen a la maternidad en el centro de la vida de las mujeres²⁰. Estas técnicas, entonces, serían más opresivas que liberadoras, en la medida en que fomentan el rol reproductor de las mujeres. En una línea semejante, se ha argumentado que la mera existencia de técnicas como la fecundación *in vitro* (FIV) para tratar la infertilidad femenina hace que se someta a una presión

²⁰ Strickler, *op. cit.*, 119-120.

indebida a las mujeres infértiles, de las cuales se espera demasiado (aún a costa de daños psicológicos) para superar su infertilidad. La mera posibilidad de lograr un embarazo por medio de la FIV puede hacer más difícil que aquellas mujeres que son infértiles asuman esta condición, ya que se sienten presionadas a intentar este tipo de técnicas.

En segundo lugar, otro tipo de argumentación desde el feminismo señala que la concepción tecnológica transfiere el control reproductivo de las mujeres a los médicos. Aunque reconozcan que algunas mujeres que son incapaces de concebir se pueden beneficiar de estas tecnologías, la literatura feminista, afirma que a nivel de la sociedad, esta tecnología daña a las mujeres en tanto grupo colectivo más que ayudarla²¹. Así, se concentran en los daños que las mujeres sufrieron en manos de lo que consideran una medicina dominada por los hombres y señalan los posibles abusos de las técnicas reproductivas. También subrayan que los varones han tratado por años de asumir el control sobre las capacidades reproductivas de las mujeres y que lo pueden lograr con la implementación de estas técnicas.

Estas posiciones son afines a una línea de pensamiento feminista, caracterizado como “radical”, de acuerdo al cual se plantea una fuerte oposición al desarrollo de estas técnicas²². Sin embargo, esto no agota la posición del feminismo²³. Dentro del mismo feminismo hay críticas. Por ejemplo, Elaine Denny²⁴ señala que la mayor debilidad

21 Strickler, *op. cit.*, 120.

22 Véase Rothman B.K. *Recreating Motherhood, Ideology and Technology in a Patriarchal Society*, Norton. New York, 1989.

23 Véase Callahan J. “Feminism and Reproductive Technologies”, en Donchin A. y Purdy L.M. (eds.), *Embodying Bioethics: Recent Feminist Advances*, Lanham MD, Rowman and Littlefield, 1999. Para un panorama general de las posiciones feministas respecto de estos temas. También Tong R., *Feminist Approaches to Bioethics*, Westview, Colorado, 1997, p. 162 y ss.

24 Denny E. “Liberation or Oppression? Radical Feminism and In Vitro Fertilization”, *Sociology of Health & Illness* 16 (1): 62-80. 1994.

de este tipo de argumentación es pensar a las mujeres como universalmente oprimidas y pasivas; objetando que, en general, la literatura feminista ha tomado un enfoque teórico excluyendo la visión de las propias mujeres.

Así, las posiciones feministas pueden variar sustancialmente hacia una postura liberal cuyo acento esté puesto en la autonomía y la elección de las mujeres, o hacia posiciones también basadas en una perspectiva de género pero fundamentadas en los derechos humanos, como elementos fundamentales en el logro de la justicia e igualdad para todas las mujeres. En este sentido, sobre todo en determinadas sociedades, estas técnicas amplían la autonomía de las mujeres: le permiten desarrollarse, estudiar, ser profesionales y elegir quizás más tardíamente la maternidad. Esto tiene como consecuencia la posibilidad de superar algunas de las restricciones biológicas que la reproducción impone a la mujer como diferente del varón.

- 4) ***Argumento de la posibilidad de adopción:*** este argumento no ataca a las técnicas reproductivas en sí, sino que señala que no es necesario que quienes son infértiles recurran a ellas, dado que siempre existe la posibilidad de adoptar un bebé.

Es importante notar que este argumento puede ser usado también para objetar la reproducción natural. La existencia de niños que necesitan un buen hogar es independiente de la fertilidad o infertilidad de quienes pueden adoptar. Como el argumento de la adopción, podría extenderse no sólo a parejas infértiles sino también a cualquier pareja. Vale la pena preguntarse si no se trata injustamente a las personas con problemas de fertilidad, al hacer recaer en ellas todo el peso de la adopción.

Por otro lado no puede negarse el valor altamente positivo y ético que surge cuando se adopta un bebé: implica hacer un bien al niño que frecuentemente se encuentra en instituciones públicas y es recibido por una familia que

lo quiere y educa, involucra un bien para esa pareja que logra su deseo de formar una familia y también entraña un bien para la sociedad. En esta ecuación todos parecen ganar y, efectivamente, en la mayoría de los casos es así. Sin embargo, puede objetarse este argumento por ser supererogatorio: esto es, una exigencia que podemos realizar si así lo deseamos, pero que no estamos obligados a efectuar.

De hecho, ésta parece ser una de las decisiones más “fáciles” y éticamente ideal. Paradójicamente, no es la opción más elegida. Los motivos son variados: 1) Querer tener un hijo propio (de la misma sangre); 2) Las dificultades inherentes al proceso de adopción, como por ejemplo la falta de “disponibilidad” de bebés para adoptar, con la consecuente espera durante varios años para hacerlo así como también en muchos casos²⁵ años de angustia (aún cuando el niño ya vive con la familia adoptiva) para obtener los papeles y la adopción definitiva; 3) Requerimientos económicos y sociales por parte del Estado (personas de escasos recursos o con una “moral” no aceptada pueden ser rechazadas como candidatas para la adopción); 4) Desconocimiento de los antecedentes de salud del niño a adoptar.

Estos son, entre otros, los motivos que hacen que una pareja acuda a las tecnologías reproductivas. Si bien es moralmente deseable adoptar un niño, no puede ser una obligación el tener que hacerlo. Muchas veces se confunden estos dos argumentos y del hecho de que es éticamente ideal adoptar, se infiere que deben prohibirse las técnicas de reproducción asistida. Efectivamente, si se acepta que es éticamente ideal adoptar, lo es en general y no sólo en el caso de parejas infértiles.

En función de estas razones, hay que tener en claro que tanto las técnicas de reproducción asistida como la de adopción son dos alternativas diferentes que serán elegidas

²⁵ Éste es el caso de la Argentina.

según las posibilidades y problemas de cada persona y cada pareja.

Así puede señalarse que no existen objeciones contundentes en contra de estas técnicas desde una visión general del tema. Sin embargo, además de los argumentos generales a favor y en contra de estas técnicas, es necesario individualizar cada técnica, reflexionar cuidadosamente sobre cada una de ellas y tener en cuenta problemas de implementación de estas prácticas así como que un adecuado marco legal puede ayudar a evitar que se haga un mal uso de estas técnicas pensadas primariamente para ayudar a superar el problema de la infertilidad.

Antes de comenzar con los problemas específicos de cada técnica, es necesario reflexionar acerca de dos tipos de consideraciones que han permeado el debate público. La primera se relaciona con la posición de las religiones y la segunda con el debate que genera la manipulación de embriones.

2.2 Posición de las religiones

Una de las oposiciones más importantes a estas técnicas proviene del campo de las religiones. Las críticas provenientes del campo religioso, están basadas en textos escriturales, verdades reveladas o dogmas propios de cada una, si bien algunas de ellas refuerzan esta base de tipo religioso con desarrollos teóricos. Una primera cuestión a destacar es que las principales religiones no presentan una posición monolítica. Defienden puntos de vista diversos aunque, algunas, son bastante reacias a aceptar estas técnicas.

Sólo las vertientes religiosas más conservadoras comparten la idea de que estas técnicas son moralmente inaceptables. Los representantes de esta posición extrema son las personas católicas apostólicas romanas practicantes que se oponen a cualquiera de estas técnicas debido a la artificialidad que

implican. Una de las razones que ofrecen es la inseparable conexión entre el significado unitivo y procreativo del matrimonio. A quienes son católicos practicantes no les está permitido disociar estos dos sentidos. Debido a esto también ha habido una férrea oposición de representantes del catolicismo al aborto y a métodos anticonceptivos como el uso del preservativo (aún frente a una pandemia como el sida). Otro de los problemas que señalan es la manipulación de embriones humanos. Estos son considerados personas, por lo tanto se cuestiona la criopreservación, la pérdida de embriones durante los diferentes procesos y, sobre todo, el descarte de los mismos. La Iglesia Católica Apostólica Romana sostiene una de las posiciones más estrictas, prohíbe la inseminación con espermatozoides del marido, ya que media una masturbación en la obtención del semen. La inseminación con espermatozoides del marido ha sido atacada fundándose en que el acto de procrear no es permisible cuando no es el producto de las relaciones sexuales de la pareja²⁶.

En otros casos resulta difícil establecer cuál es la posición de una religión. Por ejemplo, respecto del Islam o del Judaísmo se considera que no son monolíticos y que hay diversidad de visiones debido a las diferentes escuelas de jurisprudencia, sectas y niveles de observancia religiosa²⁷.

La religión musulmana acepta la mayoría de las técnicas pero rechaza la donación de embriones, óvulos, y espermatozoides; sólo el espermatozoides del marido puede dar lugar a la inseminación, la fecundación *in vitro* se autoriza en el caso de matrimonios. Un rasgo esencial de la identidad musulmana y la estructura familiar es la autenticidad del linaje²⁸. La donación de espermatozoides fractura el linaje genético familiar, es análogo al adulterio y se

²⁶ Congregación para la doctrina de la fe, *La instrucción sobre el respeto de la vida humana en su origen y sobre la dignidad de la procreación*, Ediciones San Pablo, en Richard, H., 1990.

²⁷ Serour G. y Dickens B. "Assisted Reproduction Developments in the Islamic World", *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 74: 187-193, 188. 2001.

²⁸ Serour y Dickens, *op.cit.*, 188.

condena; sin embargo se acepta el diagnóstico preimplantatorio y la transferencia de embriones sin rasgos patológicos. A diferencia del catolicismo, consideran que la vida humana que requiere protección comienza dos o tres semanas después de la concepción y la implantación uterina²⁹.

En el judaísmo se encuentran las posiciones reformistas (que son los más abiertos en general y, en particular, con respecto a estas técnicas), las posiciones conservadoras (que mantienen una posición intermedia) y las posiciones de los ortodoxos que son las más religiosas. Por ejemplo, algunas de estas últimas rechazan la donación de espermatozoides y de óvulos, como también a las madres portadoras o subrogantes, pero aceptan la mayoría de estas técnicas. En 1978 en Israel, el Rabino Jefe Sefardi Ovadiah Josef, dió su aprobación a la FIV³⁰. Una de las exigencias que formulan algunos de los judíos ortodoxos es la presencia de veedores que monitoreen el proceso y sobre todo que fiscalicen que no haya contaminación o equívocos con el material germinal. Estos veedores pueden ser rabinos o médicos observantes y están presentes durante la extracción de óvulos, los procesos de laboratorio y las transferencias. También hay diferencias respecto de la Iglesia Católica sobre el tema de cuándo el alma entra el cuerpo; según ciertas citas del Antiguo Testamento ésta lo hace aproximadamente a los cuarenta días.

La religión protestante acepta las técnicas de reproducción asistida por infertilidad o por indicaciones genéticas, no por mera conveniencia; acepta la donación de óvulos y de espermatozoides pero no acepta a las madres portadoras o subrogantes.

Así pues, desde el campo religioso algunas de estas tecnologías han sido fuertemente rechazadas generando

²⁹ Serour y Dickens, *op.cit.*, 190.

³⁰ Bleich D. "Test-tube Babies", en Rosner F. y Bleich D. *Jewish Bioethics*, Hebrew Publishing Company, New York, 1987, p. 81. Allí también señala David Bleich que la FIV que simula la procreación natural, controlada y diseñada para aliviar la infertilidad debida a la anomalía de las trompas de Falopio, puede restaurar la felicidad y paternidad de una pareja sin niños.

movimientos de oposición, así como fuertes cabildeos para prohibirlas. Sin embargo, tal como se puede observar, entre ellas no comparten una visión unificada al respecto y varían sobre la permisibilidad de las prácticas.

Las personas religiosas, sin duda, deben seguir las enseñanzas y dogmas de su fe, lo que no implica que todas las y los ciudadanos de un país deban regirse obligatoriamente por tales mandatos. El problema surge cuando existe la presión de imponer el dogma religioso en la legislación de un país secular, como es el caso de muchos de los países de América Latina³¹.

2.3 El debate sobre los embriones

Si bien, como se verá en la próxima sección, no todas las técnicas manipulan óvulos fecundados o embriones, algunas de ellas lo hacen. Éste es el caso de las técnicas más complejas como la FIV (fecundación *in vitro*) y el ICSI (inyección intracitoplasmática del espermatozoide). Esta posibilidad plantea problemas morales que se relacionan con el estatus moral del embrión. Esto es, qué tipo de entidad es el embrión: ¿se trata de una persona plena, una persona potencial, o simplemente un conjunto de células que merecen respeto pero al cual no se puede atribuir derechos?

Un primer punto a señalar es que no hay consenso respecto de lo que se denomina como “embrión”. La terminología oscila entre ovocitos (en los que ha ingresado el núcleo de un espermatozoide aunque no se ha producido la singamia o unión

³¹ En la Argentina, hay una relación estrecha entre la Iglesia y el Estado, pero la Constitución sostiene la libertad de culto. Algo semejante sucede en Bolivia, Perú y Colombia. Las Constituciones de Chile, Ecuador y México únicamente hablan de libertad de conciencia; y Brasil y Uruguay proponen, directamente, un Estado laico. Véase CLADEM, Investigación sobre el tratamiento legal del aborto en América Latina y el Caribe, disponible en: <http://www.derechos.org/cladem/aborto>. (fecha de acceso: enero de 1999).

de los gametos)³², óvulos fecundados, cigotos hasta el término pre-embrión. Es más, en la última revista de *Theoretical Medicine and Bioethics* hay una polémica entre Gómez Lobo y Strong respecto del uso o no del término pre-embrión en la literatura científica y acerca de su posibilidad de desarrollo³³. También hay disidencias respecto de lo que se considera como “concepción”; para algunos la concepción debe identificarse con la anidación (la fijación del embrión a la pared uterina) que sucede 14 días después de la singamia³⁴.

Así desde la ciencia hay versiones divergentes. Por ejemplo científicos, como Lino Barañao³⁵, analizan ciertos conceptos erróneos usados para sustentar el estatus del embrión como equivalente a un ser humano. Barañao señala que se suele afirmar que “toda la información que corresponde a un ser humano está presente en el óvulo fecundado”. Sin embargo, este embriólogo objeta que esta afirmación sea verdadera por cuanto sólo considera la información genética presente en el ADN. Afirma que es la unidad materno-fetal la que puede dar origen a un nuevo individuo por cuanto es la madre quien aporta la energía necesaria para que el embrión se desarrolle. El embrión aislado no tiene el potencial para tal desarrollo. Es condición necesaria pero no suficiente. Este planteo señala la diferencia de información que existe entre un huevo y un ave³⁶. Otra forma de plantear este tipo de diferencia

³² Rabinovich-Berkman R. “La tutela de los embriones congelados”, *La ley*, 2005-09-16, p. 1, 2005.

³³ Gómez-Lobo A. “A Note on Metaphysics and Embriology”, *Theoretical Medicine and Bioethics*, vol. 28 N 4: 337-340 (2007) y Strong C. “Embriology, Metaphysics and Common Sense: A Response to Gómez-Lobo”, *Theoretical Medicine and Bioethics*, vol. 28 N 4: 341-347. (2007).

³⁴ Coco R y Arribere R “Pertinencia y legitimidad del diagnóstico preimplantatorio” en www.pgd.-fecunditas-com.ar/5st.paper.asp, (fecha de acceso octubre 2005).

³⁵ Dr. en Ciencias Químicas. Especialista en embriología. Presidente de la Agencia Nacional de Promoción Científica.

³⁶ Barañao L. “¿Es el embrión un niño de microscópicas dimensiones?”, en Becher D. y Mammini S. *Buscado: 200 respuestas sobre reproducción asistida*, Editorial Tiempo, Buenos Aires, 1995, pp.121-122.

consiste en analizar lo que normalmente se manifiesta entre cualquier persona y el presidente de una nación. Todas las y los ciudadanos de un país democrático pueden ser presidentes del mismo, pero esta potencialidad³⁷ no implica que tengamos que conferir a todos los ciudadanos los mismos privilegios y tratos que brindamos al presidente actual, o en ejercicio. De igual manera, se argumenta, no se puede confundir ni tratar a embriones de la misma manera que a las personas.

Por otro lado, hay que considerar que el 80% de los embriones que se forman no llegan a desarrollarse porque son portadores de anomalías cromosómicas incompatibles con la vida³⁸. Sólo el 30% de las gestaciones llegan a término. El 70% se interrumpe antes o durante la fase de la implantación³⁹. Y esto sucede tanto naturalmente como artificialmente con estas tecnologías. Esta gran cantidad de óvulos fecundados se pierden y en la mayoría de las ocasiones la mujer no se da cuenta. Por lo tanto, se explica, no debe sobre valorarse al embrión, pre-embrión u óvulo fecundado sino a aquel que logró implantarse y tiene posibilidades reales de desarrollo. La fertilidad humana es altamente ineficaz⁴⁰. Así, se argumentará, el embrión aislado no tiene capacidad de evolución propia ni la potencialidad que se esgrime.

Desde la ética tampoco hay consenso, si bien una gran cantidad de posiciones éticas no consideran al embrión una persona. La noción de persona tiene una fuerte tradición filosófica, desde Locke en adelante, y excede entidades tales como los embriones. Las posiciones que consideran al embrión una persona, en general, están ligadas al punto de vista de la

³⁷ Es más, la idea de potencialidad es cuestionada, como se verá un poco más adelante, por Singer y Dawson en el caso de los embriones ex útero.

³⁸ Chillik, *op. cit.*, 239.

³⁹ Chillik, *op. cit.*, 133.

⁴⁰ Chillik, *op. cit.*, 133.

moral católica⁴¹. Por ejemplo, para John Noonan la condición necesaria para que una entidad sea considerada humana en sentido pleno es puramente biológica⁴². Por ejemplo, Noonan sostiene que en el momento de la concepción dos seres humanos transmiten un código genético humano a otro ser y, por ende, a partir del momento de la concepción se considera al cigoto como un ser humano individual con derecho a la vida⁴³. Algunas objeciones plantean que esto no es así ya que en los primeros estadios el óvulo fecundado puede subdividirse y dar origen a gemelos, por lo tanto no habría tal individualidad: un embrión de ocho células no puede ser considerado un individuo ya que tiene la potencialidad de generar varios individuos idénticos⁴⁴. Por otro lado, el punto de vista sobre el comienzo de la vida humana a nivel individual se correlaciona, en general, con las visiones sobre el comienzo de la vida humana como especie. Así quienes sustentan la creencia en un origen instantáneo del individuo en la fecundación tienden a suscribir un punto de vista instantaneísta (o creacionista en la versión inglesa) de la especie humana como un acto de creación divina. Por el contrario la ciencia ha demostrado que nuestra especie es el producto de un proceso evolutivo continuo a partir de precursores no humanos⁴⁵.

A esta perspectiva se contraponen otra posición, representada por pensadores como Michael Tooley⁴⁶ y Mary Anne Warren.

⁴¹ Una excepción por ejemplo es Donald Marquis, “¿Por qué es inmoral el aborto?” en Luna y Salles, 1995, *op. cit.*

⁴² Noonan Jr. J. *The Morality of Abortion: Legal and Historical Perspectives*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1970; Schwarz S. *The Moral Question of Abortion*, Loyola University Press, Chicago, 1990.

⁴³ Véase Noonan, *op. cit.*

⁴⁴ Chillik, *op. cit.*, 239.

⁴⁵ Green R.M. *The Human Embryo Research Debates. Bioethics in the Vortex of Controversy*, Oxford University Press. New York, 2001.

⁴⁶ Tooley argumenta que para que un ser determinado posea el derecho a la vida, éste debe poder auto concebirse como un sujeto de experiencias continuas: “la propiedad no potencial que hace que un individuo sea una persona, es decir, que hace que la destrucción de algo sea

Éstos consideran que el embrión y el feto carecen de estatus moral precisamente porque no poseen las características necesarias que definen a una persona. En este caso, no se cuestiona la humanidad biológica del feto sino que se rechaza la identificación de lo biológico con lo moral. Se distingue, entonces, entre vida humana y persona. Sólo las personas son miembros de la comunidad moral y poseen derechos que pueden ser violados por las acciones de otros. Por ejemplo, Mary Anne Warren identifica un grupo de características esenciales que definen a la persona, entre los que se cuentan el razonamiento, la actividad auto-motivada y la autoconciencia⁴⁷. Estas características de ninguna manera están presentes en los óvulos fecundados.

En una posición intermedia entre las dos perspectivas recién mencionadas, se encuentran una variedad de versiones moderadas de acuerdo con las cuales la etapa de desarrollo en la que se encuentra el feto es determinante, puesto que éste comienza a poseer estatus moral a partir de un cierto momento en el embarazo⁴⁸. Nuevamente en estas posiciones, el óvulo fecundado no entra en debate; lo que se intenta encontrar son criterios para determinar el momento a partir del cual el feto se convierte efectivamente en un ser con derechos, entre ellos el derecho a no ser destruido. Margarita Valdés, por ejemplo, afirma que el concepto de persona no es aplicable al feto en los primeros meses de gestación debido a que carece de cualquier tipo de experiencia sensible o propiedades psicológicas moralmente relevantes. Pero reconoce que en algún momento de su desarrollo, después del primer trimestre,

intrínsecamente incorrecta y seriamente incorrecta [...] es la propiedad de ser un sujeto perdurable de intereses no momentáneos [...]”. Ni el embrión ni el feto satisfacen esta condición. Tooley M. *Abortion and Infanticide*, Oxford University Press, New York, 1983, p. 303.

⁴⁷ Warren M. A. (1995) “Sobre el status moral y legal del aborto” en Luna y Salles, *op. cit.*, 196.

⁴⁸ Para una discusión breve de los distintos criterios que han sido utilizados, véase Salles, “Introducción”, en Luna y Salles, (1995) *op. cit.*, 163-176.

es posible que comience a tenerlas y esto nos obliga a tratarlo con consideración⁴⁹.

Otras posturas moderadas consideran que la adquisición de estatus moral es gradual. Una representante es L. W. Sumner, quien defiende la sensibilidad como criterio para determinar el estatus moral del feto⁵⁰. De acuerdo con Sumner este criterio posee ventajas importantes. En primer lugar, admite de grados. Es detectable sobre la base de estudios del sistema nervioso fetal. Sumner sostiene que pese a que no existe un punto preciso a partir del cual el feto adquiere estatus moral, algunos casos son de resolución sencilla. Por ejemplo, es evidente que un óvulo fecundado no siente, por lo cual su destrucción no es moralmente ilícita. Por ejemplo, la ciencia considera que recién alrededor de los 14 días después de la concepción aparece la cresta neural, que es el primer esbozo del sistema nervioso. Por eso en Inglaterra se permite investigar en embriones hasta los 14 días.

Finalmente vale la pena señalar el argumento de Singer y Dawson respecto del concepto de potencialidad, quienes marcan una diferencia entre el embrión in útero ya implantado y los embriones ex útero, por ejemplo los creados por la FIV o el ICSI⁵¹. Éstos últimos, según los autores, necesitan de una acción humana deliberada para que tengan alguna posibilidad de desarrollo real. En este sentido el concepto de potencialidad no parece funcionar. Y explican que si por potencialidad se entiende posibilidad, ésta realmente es muy baja en el caso de los embriones ex útero. Mientras que la

⁴⁹ Valdés M. *Controversias sobre el aborto*, México D.F., Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, Fondo de Cultura Económica. 2001.

⁵⁰ En su forma primitiva se trata de la capacidad de sentir las sensaciones de placer y dolor, pero a medida que se desarrolla incluye deseos, objetivos, gustos y valores. Véase Sumner W. "El aborto", en Luna y Salles, (1995) *op. cit.*, 216-225.

⁵¹ Singer P., Dawson K. "IVF Technology and the Argument from Potential", *Ethical Issues in Modern Medicine* (Arras J. y Rodhen N.), Mayfield Publishing Company. Mountain View, 1983.

situación de los embriones *in útero* (ya implantados) tienen buenas posibilidades de llegar a ser personas a no ser que se interrumpa deliberadamente este proceso. En este sentido, según los autores, no son válidos los argumentos que giran alrededor del aborto para la situación de los embriones en un laboratorio.

3. Técnicas reproductivas: problemas éticos y de implementación

En esta sección se pasará revista a los problemas éticos y de implementación de algunas de estas técnicas: la inseminación artificial homóloga y heteróloga, la fecundación *in vitro* y la inyección intracitoplasmática del espermatozoide, más conocida como ICSI.

3.1 Inseminación artificial homóloga y heteróloga

Una de las técnicas más antiguas y más simples es la inseminación artificial (IA). Este procedimiento reemplaza la relación sexual en la pareja como medio para lograr el embarazo y se utiliza, especialmente, para superar algunos casos leves de infertilidad masculina y femenina. La inseminación artificial se puede realizar con el espermatozoide de la pareja (homóloga) o con el de un donante (IAD), también denominada heteróloga.

Un problema serio que se presenta con esta técnica es la posibilidad de embarazos múltiples. Con frecuencia, antes de inseminar artificialmente se dan drogas a la paciente para inducir la ovulación. Se produce la posibilidad de superovulación, lo cual incrementa el riesgo de embarazos múltiples. Si bien este problema no es privativo de la IA, es justamente con estas técnicas más simples –que muchas veces implica menor sofisticación técnica y podrían ser objeto de ciertos “descuidos” o monitoreos insuficientes– en las que se da los mayores niveles de incidencia. Por otro lado, como la

fecundación se produce “naturalmente” resulta más difícil de controlar que, por ejemplo en la fecundación *in vitro* (FIV) en la cual se puede decidir, directamente, transferir un número determinado de embriones (que en algunos casos puede ser sólo uno o dos)⁵².

Así también vale la pena tener en cuenta la incidencia de este tipo de gestaciones. De 1980 a 1997 el número anual de recién nacidos vivos de mellizos aumentaron un 52% mientras que el resto de las gestaciones múltiples se incrementaron un 404%. Las drogas para la inducción de la ovulación (IO), superovulación (SO) son las responsables del mayor porcentaje (respecto de las técnicas de reproducción asistida (*in vitro*, GIFT y ZIFT (*zigote intrafallopian transfer*)). Un estudio reciente muestra que de 10 a 69% de gestación de trillizos puede atribuirse a IO y SO, que 24 a 30% estaban asociadas con TRA y 7 a 18% a situaciones espontáneas⁵³.

Éste es un problema que generalmente no se ha tenido suficientemente en cuenta en las discusiones éticas. Los embarazos múltiples de mellizos, trillizos, cuatrillizos o más no sólo plantean riesgos de salud a la madre (como, por ejemplo, pre-eclampsia, partos antes de término y diabetes gestacional), sino también a los niños gestados (la prematurez cuenta para la morbilidad y mortalidad)⁵⁴ así como también problemas sociales. La falta de conciencia de este hecho parece deberse a ciertas actitudes sociales: ante el tan ansiado deseo de tener un hijo, un embarazo de mellizos o trillizos parece

⁵² Por ejemplo, en Bélgica mayoritariamente se transfiere un solo embrión. Véase la próxima sección y Jones, Cohen, Cook, Kempers, *op. cit.*, S19.

⁵³ The Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine, “Multiple Pregnancy Associated with Infertility Therapy”, *Fertility and Sterility* 86 (4), S106. 2006.

⁵⁴ La muerte de fetos únicos, mellizos y trillizos van de 4.3 por 1000; 15.5 por 1000 y 21 por 1000 respectivamente. La muerte de uno o más fetos en una gestación múltiple durante el primer trimestre es más común y puede llegar al 25% en embarazos logrados por TRA. The Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine, *op. cit.*, S106.

“duplicar” o “triplicar” la felicidad de la pareja y culminar la formación completa de la familia. No celebrar la ansiada gestación –en estos casos múltiples–, si bien “un poco” desmedida parece acercarse a la ingratitud y búsqueda egoísta de la perfección. Sin embargo, tal como se ha señalado estos embarazos conllevan numerosos trastornos y distan de ser tales éxitos.

La existencia de embarazos múltiples puede acarrear otro problema y éste es el verse en la necesidad de hacer una reducción embrionaria o un aborto selectivo de uno o más de los embriones implantados. Esto permite continuar con el embarazo de dos o a lo sumo tres embriones con menos riesgo para la madre y para los embriones, pero implica verse en la paradójica situación de tener que someterse a un aborto, cuando lo que se quiere es concebir un niño. Ya veremos que además esto puede no resultar accesible en muchos países de América Latina.

En general, el problema de los embarazos múltiples está vinculado a un inadecuado seguimiento del proceso. Por este motivo, toda mujer que está en esa situación debe ser cuidadosamente monitoreada –generalmente se hace por medio de ecografías y dosajes hormonales–. Debe, además, mediar un consentimiento informado adecuado ya que existen riesgos colaterales: náuseas, vómitos, aumento del tamaño del ovario y posibilidad de formación de quistes en el ovario; y la mujer debe ser adecuadamente informada y protegida.

En el caso de inseminación artificial con donante (IAD), además de las anteriores, se plantean objeciones respecto del donante. De éste se hacen estudios de antecedentes hereditarios, familiares, y una extensa historia clínica donde consta el aspecto físico, coeficiente intelectual y otros datos particulares. En algunos países, como en EEUU, el receptor, teniendo en cuenta estos datos, efectúa la selección del donante; en otros, como la Argentina, la selección la hace el equipo médico respetando el grupo sanguíneo y características fenotípicas de la pareja.

Una causa de preocupación relacionada con esta práctica y las nuevas técnicas reproductivas que suponen la donación de material genético es la posible implementación de programas eugenésicos, los cuales propondrían la utilización de las técnicas con fines moralmente cuestionables, que no se vinculan con la superación del problema de infertilidad. En este sentido, cabe hacer una distinción entre fines terapéuticos y fines eugenésicos. Una técnica tiene un *fin terapéutico* cuando se la utiliza para superar una enfermedad, un problema físico grave o una malformación. Una técnica tiene un *fin eugenésico*, cuando se la utiliza para controlar la “calidad” del niño que resulta, es decir, es un instrumento para elegir y crear niños “a gusto del consumidor” (sexo, color de ojos, altura, coeficiente intelectual, etcétera). Esta distinción es muy interesante porque, autorizadas estas técnicas, permite discriminar entre ciertos casos más aceptables que otros. Por ejemplo, una situación es recurrir a un donante para evitar transmitir al posible hijo una terrible enfermedad genética, como la Corea de Huntington, y otra es buscar un donante de determinado tipo físico o recurrir al banco de esperma de los premios Nóbel con el fin de “mejorar” al niño o lograr una criatura de nivel superior. Al respecto vale la pena señalar que estos intentos son bastante burdos. El hijo nacido del banco de premios Nóbel puede heredar la baja estatura, calvicie, miopía e incluso enfermedades del supuesto sabio, y carecer de la inteligencia y genialidad buscada.

Otro problema con la IAD es qué sucede con la “paternidad” de ese padre, ya que no es padre –genéticamente hablando– de ese futuro hijo. En algunos estados de EEUU la adopción por parte del padre social es “inmediata” si la madre y el padre social están casados y consienten en realizar la IAD (esta paternidad “inmediata” le quita los derechos de paternidad al padre genético). En otros estados debe hacerse una adopción

formal de ese hijo para que el padre genético no pueda reclamar por él en un futuro⁵⁵.

La pregunta que surge, inevitablemente, es si la identidad del donante debe ser revelada a las parejas inseminadas y qué información se debe dar, en un futuro, al niño (en la práctica, generalmente, no se dice la identidad del donante). La cuestión es más general, plantea si se debe mantener el secreto en las técnicas que implican material genético heterólogo ya sea éste semen, óvulos o embriones donados.

Existe una tendencia a mantener el secreto y el silencio. “En países como Chile, menos del 10% de las parejas con bebés nacidos como resultado de las técnicas de reproducción asistida desean expresar públicamente sus visiones de la tecnología que les permitió ser padres. Más aún, *ninguna de las parejas que fueron padres con la asistencia de donantes de gametos les informó esto a sus hijos*”⁵⁶. Esto puede resultar problemático para el niño, no sólo por la inclusión del secreto en la familia, o por el descubrimiento inesperado del niño de cierta información que se le ha negado, sino también por posibles diferencias genéticas con sus padres (suponer o descartar ciertas enfermedades de base genética). A diferencia de la adopción, en la cual el modelo que ha ido prevaleciendo es el de informar desde pequeño al niño respecto de su origen, distinguiéndose la madre biológica de la madre adoptiva, ésto no ha prevalecido en dichas técnicas. En parte, esta tendencia al secreto se explica por provenir de un modelo medicalizado. Ciertamente, mantener el secreto y “mostrar” un embarazo (en los casos en los que no hay un alquiler de vientre) evita revelar las imposibilidades y angustias que probablemente llevaron a utilizar estas técnicas así como también resuelve problemas de “autoestima” generadas por la imposibilidad

⁵⁵ Véase Tong R., *Feminist Approaches to Bioethics*, Westview, Colorado, 1997, p. 165 y ss.

⁵⁶ Zegers-Hoschchild F. “Cultural Diversity in Attitudes Towards Intervention in Reproduction”, en Geoffrey M. H., Waites J. et al. (eds.) *Current Advances in Andrology (Proceedings of the VI International Congress of Andrology)*, Monduzzi Editors, Italy, 1997, pp. 411-417.

de procrear porque en ciertos casos imaginarios sociales se identifica la procreación con la virilidad. Sin embargo, con el avance y popularización de los tests de ADN, mantener el secreto hasta resulta una actitud anacrónica que posiblemente deberá ser reconsiderada. Por ello existen varios países que cuestionaron este tipo de política y favorecen la información veraz, rechazando el anonimato de los donantes. Mientras que, por ejemplo, Suecia (1985), Austria (1992), Holanda (2004), el Reino Unido (2006) adoptaron una legislación que permite el acceso a esta información (en el 2007 ya eran 18 países con este tipo de legislación⁵⁷); Noruega (1987) y España (1996) legislaron el anonimato⁵⁸.

La IA y la IAD son técnicas simples que no logran resolver gran parte de los problemas de infertilidad, por ejemplo en los casos debidos a daños tubarios, trompas dañadas, endometriosis severas hay que recurrir a la FIV. Además, después de tres o cuatro intentos de inseminación⁵⁹ se entra en una meseta y el chance de lograr un embarazo es muy baja. Por ello la IA consiste en un primer paso y sólo es utilizable cuando hay ciertos problemas leves de fertilidad.

3.2 Fecundación *in vitro*

Otro tipo de técnica más sofisticada es la fecundación *in vitro* (FIV). El primer bebé que nació con esta técnica fue Louise Brown en 1978 (Inglaterra). Existen diferentes variaciones de la misma. Una primera opción es la *transferencia de óvulos frescos fecundados*⁶⁰. La técnica consiste en la extracción

⁵⁷ De los registrados en Jones, Cohen, Cook, Kempers, *op. cit.*, S33.

⁵⁸ Luna F. "Assisted Reproduction Technology in Latin America: Some Ethical and Socio-Cultural Issues", en Vayena E., Rowe P.J., Griffin P.D. (eds.), *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, Geneve, WHO, 2002.

⁵⁹ Cada intento de inseminación artificial tiene un 16% de posibilidad de lograr un embarazo.

⁶⁰ Los óvulos fecundados también son denominados como embriones o como pre-embryones.

de óvulos de la mujer. El procedimiento de aspiración de gametos femeninos (óvulos) requiere un monitoreo cuidadoso del ciclo de inducción en el cual la mujer recibe las drogas de fertilidad, un procedimiento quirúrgico para aspirar los óvulos (laparoscopia), hoy en día frecuentemente reemplazada por una aspiración trasvaginal bajo control ecográfico y una técnica de laboratorio especial para este tratamiento. Una vez obtenidos los óvulos se los pone en una probeta con una solución similar a la que se encuentra en las trompas de Falopio. A esta solución se le agrega el espermatozoide. El óvulo fertilizado puede examinarse durante un par de días mientras se divide celularmente, para después introducirlo por la vagina en el útero. Cuando el embrión se implanta en la pared uterina hay embarazo. De esta manera, la tecnología logra superar, por ejemplo, el bloqueo de las trompas de Falopio, que impedía que el espermatozoide llegara al óvulo.

Una de las primeras críticas que se dirigieron contra esta técnica apuntaba a sus efectos, se cuestionaba si el uso de este método podía traer malformaciones en el niño o problemas de salud en la mujer. Con respecto a los efectos en el niño, este tipo de objeciones ha sido rebatida por la experiencia, dado que el porcentaje de bebés que nace con anomalías es de un 3% (el mismo porcentaje de anomalías en bebés concebidos naturalmente). En lo que concierne a los efectos en la salud de la mujer, todavía no se han obtenido resultados concluyentes con respecto a los efectos a largo plazo que puede traer el uso de drogas y hormonas para inducir la ovulación, por ello es importante que las pacientes sean adecuadamente informadas. Pero como se ha visto, lo mismo se aplica a técnicas menos sofisticadas como la IA.

Una segunda opción es la *transferencia de óvulos fecundados congelados*. En este caso la técnica anterior se complementa con otro procedimiento: el congelamiento (criopreservación) de embriones no transferidos. Como ya se ha visto esta posibilidad plantea problemas morales si se acepta que el embrión es una persona. Si se considera su estatus moral

como una persona potencial, o simplemente un conjunto de células, éstos merecerán respeto pero no se les puede atribuir derechos. La criopreservación como tal no presenta mayores inconvenientes. Es más, con esta técnica se preservan los embriones, los mismos son fácilmente recuperables para volver a intentar otro embarazo y se protege la salud de la mujer al no someterla a hormonas y procedimientos invasivos evitables.

Para evitar críticas y respetar algunas convicciones religiosas o personales, existe la posibilidad de no congelar ni producir más embriones que los que se pueden implantar. La criopreservación de embriones es un procedimiento que puede no utilizarse. Esta precaución soluciona los problemas de las personas religiosas; aunque cabe señalar el costo físico, psíquico y económico que supone para la mujer tener que someterse a esta intervención –hormonas y drogas para sobreovular, cirugía o laparoscopia para la extracción de los óvulos– cada vez que intenta realizar una FIV. Hay que tener en cuenta que, generalmente, se considera necesario someterse, por lo menos, a tres FIV para poder lograr un embarazo. Así, desde el punto de vista de la mujer y los riesgos que el procedimiento implica, la criopreservación resulta altamente beneficiosa. La solución que se prevé, en un futuro no muy lejano, es la posibilidad de criopreservar las gametas en forma separada –óvulos y esperma–. De hecho ya existe cierta experiencia en el congelamiento de óvulos, pero se trata de una técnica todavía en experimentación. Y, aún si esta técnica se refinara, uno de los problemas a tener en cuenta es que presenta un porcentaje de éxito bastante más bajo que la transferencia de óvulos fecundados criopreservados.

Otro problema vinculado al anterior, plantea cómo se debe tratar al embrión sobrante. Esto sucede cuando se logró el o los embarazos y quedaron embriones criopreservados. Nuevamente las decisiones a tomar dependen de la consideración del embrión que se mantenga. Las opciones pueden variar desde donarlos, ya sea a otras parejas infértiles o donarlos para investigación o eventualmente descartarlos.

Con esta técnica –a semejanza de la IA– también existe el riesgo de embarazos múltiples. Éstos se producen cuando se transfiere un número excesivo de embriones. Un punto que genera fuertes controversias es la cantidad de embriones a transferir por ciclo. En relación a este punto se puede señalar que mientras EE.UU. privilegia el éxito en el logro de embarazos y para ello sostiene la política de transferir alrededor de cuatro embriones por ciclo (debe aclararse que no se trata de una política explícita, ya que EE.UU. no tiene una regulación legal única al respecto), obtiene con ello el altísimo índice del 38% de embarazos múltiples⁶¹. En contraposición, esto es analizado con horror por los especialistas europeos. Ellos abogan por la transferencia de uno o a lo sumo dos embriones. Los países nórdicos respaldan la transferencia de un único embrión. Por ejemplo Bélgica, cuyo sistema de salud público cubre estos procedimientos, tiene una política explícita al respecto: financia estos tratamientos y en mujeres menores de 36 años sólo transfiere un embrión en los dos primeros intentos (ciclos). Si esto falla, desde el tercer al sexto ciclo se pueden transferir dos embriones. Y, en el caso de mujeres de 39 años o mayores se permite transferir hasta tres embriones desde el primer ciclo⁶².

Considérese el impacto del contexto socio-económico y sanitario en estas situaciones. En sociedades como la de los EE.UU. en las cuales los costos de estas técnicas se pagan privadamente, las pacientes son consideradas como “clientes” y se privilegia el logro del embarazo aún si esto implica mellizos, trillizos o cuatrillizos. En cambio, en algunos países de Europa, en el contexto de la medicina socializada, cuyo costo provee el Estado, las reglas a respetar son más estrictas. No se privilegia el “deseo” o la “ansiedad” de la pareja. Se brinda un determinado tratamiento estipulado por el sistema

⁶¹ SART (Society for Assisted Reproductive Technology), “Surveillance 1998: Society for Assisted Reproductive Technology Registry”, *Fertility and Sterility* 71: 798-807.

⁶² Jones, Cohen, Cook, Kempers, *op. cit.*, S 19.

de salud nacional. Así se puede ver como los porcentajes de embarazo múltiple son muy diferentes en cada país. Son muy bajos en Europa del Norte, Australia y Nueva Zelanda y altos en América Latina, Estados Unidos y Europa del Sur y del Este. La diferencia está vinculada a lo siguiente: los especialistas europeos no sólo apuntan a las dificultades de un embarazo múltiple⁶³. También se considera la morbilidad neonatal y la crianza de dos o más bebés en sociedades en las que es muy difícil tener una infraestructura de ayuda mínima o cuando ésta es posible, resulta sumamente costosa. Además evalúan los costos económicos y sociales para el sistema de salud (ya que es significativa la cantidad de días de internación hospitalaria que estos bebés requieren) y para las familias en los casos de nacimientos múltiples de niños prematuros o con serios problemas de salud. Pero nótese que si bien hay políticas claras, se consideran los casos en particular, la edad de la mujer, etc.

Una última cuestión relacionada con este procedimiento es que brinda la posibilidad de hacer un diagnóstico genético pre-implantatorio (DGI), el cual permite detectar las anomalías y malformaciones de los embriones que se implantarán. Este tipo de diagnóstico también ha sido cuestionado como eugenésico, dado que implica una forma de selección. Sin embargo, parecería que transferir un embrión sano no implica un acto eugenésico. Y, si se adopta la distinción entre fines eugenésicos y fines terapéuticos, vemos que puede ser aceptable éticamente transferir un embrión de determinado sexo –para evitar que herede una enfermedad genética (un ejemplo de tal tipo de enfermedad es la distrofia muscular, que se hereda en varones pero no en mujeres)– mientras que no lo es si se elige el sexo por capricho o porque se considera que determinado sexo es mejor que otro.

⁶³ Véase Bergh T., Ericson A., Hillensjö T., Nygren K.G. et al. “Deliveries and Children Born After *In Vitro* Fertilization in Sweden 1982-1995: A Retrospective Cohort Study”, *The Lancet* 354: 1579-85. (1999).

3.3 La inyección intracitoplasmática del espermatozoide

Una técnica semejante a la FIV en la cual la fecundación del óvulo se realiza extra-corporalmente es la inyección intracitoplasmática del espermatozoide (ICSI). La diferencia de esta técnica con la FIV se da en la fertilización del óvulo. En esta técnica, que data de 1986, se selecciona un solo espermatozoide por óvulo, se lo carga en una aguja especial y se lo inyecta dentro del óvulo mediante micromanipuladores. Una vez fertilizado el óvulo se procede de manera similar a la fertilización *in vitro*.

Esta técnica se utiliza en los casos en los cuales fundamentalmente hay serios problemas con los espermatozoides. De hecho, no se sabe bien la causa, pero han aumentado los casos de infertilidad masculina en los últimos años. Se piensa que algunos motivos están relacionados con el estrés, el consumo de tabaco y sobre todo con contaminantes ambientales⁶⁴. Los casos que resultan problemáticos son aquellos en los se utiliza esta técnica porque el semen del varón presenta graves problemas como la ausencia de espermatozoides (azoospermia) o la muerte de los espermatozoides en el eyaculado (necrozoospermia). Para recuperar espermatozoides vivos se hace una punción epididimaria o del testículo para recuperar espermatozoides inmaduros pero vivos. Las técnicas –que datan de los últimos 5-8 años en los centros de la Argentina– se llaman respectivamente: MESA y TESE⁶⁵.

El problema que surge es que no se sabe con certeza por qué no existen espermatozoides o estos son anómalos. La no producción o muerte de los espermatozoides está asociada –en algunas ocasiones– a ciertas enfermedades, esto es, existen riesgos de transmitir a la descendencia ciertas afecciones

⁶⁴ Chillik, *op. cit.*, 20.

⁶⁵ Véase “Boletín informativo” disponible en: <http://www.fecunditas.com.ar>, (acceso en Nov. de 2007).

severas. A pesar de esto, se efectúa esta técnica y, cuando hay riesgo de enfermedades genéticas, se le sugiere a la pareja que realicen un diagnóstico genético pre-implantatorio (DGI), aunque se sabe que sólo brinda cierta información parcial respecto de algunas enfermedades. Ciertas enfermedades de transmisión genética están asociadas a espermogramas “anormales”, por tanto, existe un 50 % de posibilidad de que esas enfermedades sean transmitidas a la descendencia⁶⁶. Esta situación es particularmente difícil para la pareja y, para la mujer especialmente, porque puede estar embarazada de un hijo genéticamente relacionado –este es uno de los principales objetivos de las técnicas de reproducción asistida: tener hijos relacionados genética o biológicamente– pero este hijo puede tener severas enfermedades y, más aún, puede heredar los mismos problemas de infertilidad de su padre⁶⁷.

4. El uso de las técnicas reproductivas en el contexto de América Latina

Como se ha visto en la sección anterior, las TRA no están exentas de desafíos y de problemas de implementación. Implican, entre otras cuestiones, un manejo de la información

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Otro tipo de técnica es el GIFT (transferencia intratubaria de gametas). Ambas técnicas (FIV y GIFT) utilizan el mismo procedimiento de aspiración de gametas femeninas. El GIFT consiste en la transferencia de dos óvulos junto con esperma en un catéter, por medio del cual se colocan en el tercio externo de las trompas de Falopio. Si es posible, se vuelve a repetir esta técnica en la otra trompa de Falopio. En general se transfieren hasta cuatro embriones: dos en cada trompa o cuatro en una. Si se transfieren más, en una mujer joven, vuelve a aparecer el riesgo de embarazo múltiple. La maternidad sustituta o subrogada consiste en la combinación de las técnicas de IA o FIV con un nuevo tipo de contrato social: la gestación de un feto por parte de una mujer que, después del nacimiento, no será la madre social del bebé. Hay diferentes tipos de contratos: en algunos casos, la mujer gesta un embrión provisto mediante FIV (el embrión es genéticamente de los que serán los padres de crianza). En otros, la madre gestacional puede aportar no sólo su vientre sino su material genético (óvulo), en cuyo caso se hace IAD con semen de la pareja que efectuó el contrato. Véase Luna y Salles, *op. cit.*

que debe ser veraz, no generar falsas expectativas, ni jugar con la ansiedad y el deseo por un hijo. Deben involucrar un trato cuidadoso de los pacientes, en especial de las mujeres que son quienes en estas prácticas “ponen el cuerpo”. ¿Qué sucede cuando hacemos uso de estas técnicas en el contexto de América Latina? Veámoslo en los siguientes apartados.

4.1 Mandatos y prácticas efectivas

En primer lugar quizás valga la pena resaltar la importancia que tener hijos tiene, en general, para las parejas, pero en especial para las mujeres⁶⁸, ya que muchas veces están dispuestas a utilizar estas técnicas, que son muy invasivas con el cuerpo de la mujer, aún si el problema es masculino (como se acaba de señalar, la infertilidad por causas masculinas está aumentando). Es más, en muchos casos las mujeres “esconden” el problema de sus parejas porque para éstos la imposibilidad de tener hijos se asocia con falta de virilidad. En este sentido, si bien las TRA abren nuevas posibilidades, también generan nuevas “necesidades”. Una mujer, que teniendo los recursos económicos para intentarlo, no lo hace, puede parecer no estar realmente comprometida con el deseo de formar una familia. En este sentido, el feminismo tiene un punto cuando plantea la sutil presión social del contexto. América Latina, en general, con su idealización de la maternidad, no es ajena a esta tendencia. Como se ha señalado, esto no debe implicar que las mujeres sean pasivas o carezcan de la autonomía necesaria para revisar sus actitudes. Sin embargo, para esto es necesario brindar la información adecuada, señalar los riesgos involucrados y los porcentajes de éxito, así como los costos tanto económicos como psicológicos.

Por otro lado, en muchos países de América Latina estas tecnologías casi no están reguladas. Una excepción a esta tendencia es Costa Rica. Como se verá con mayor detalle en el

⁶⁸ Strickler, *op. cit.*

acápito 5, desde el 2000 este país prohibió todas las prácticas de reproducción *in vitro* y también la inseminación artificial con donante. Sólo permite la inseminación homóloga, una de las técnicas más simples y menos eficaces. Como ya se señaló, los problemas de infertilidad deben ser muy leves para que la inseminación homóloga brinde buenos resultados. Esta legislación genera “turismo reproductivo”, fundamentalmente, hacia Colombia.

La mayoría de los países de América Latina no tienen regulación. En Brasil sólo hay resoluciones como la del Consejo Federal de Medicina y proyectos de ley⁶⁹. En México y Brasil las técnicas de reproducción asistida se ofrecen a matrimonios o a parejas estables y la criopreservación de embriones está permitida. En ambos la donación de espermatozoides u ovocitos está permitida. En el caso de Brasil, se acepta el alquiler de vientres sólo si un pariente está dispuesto a someterse a dicho procedimiento. No se admite, en principio, la comercialización de este procedimiento. En este sentido, la posición de Brasil, es una de las más “abiertas” de la región.

Los países con una regulación de tipo “informal” (esto es, sin una regulación legal) enfrentan problemas diferentes. Al no haber una prohibición explícita, estas técnicas están permitidas. Éste, por ejemplo, es el caso de la Argentina⁷⁰ y de la mayoría

⁶⁹ Guilhem D. y Machado do Prado M. “Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas”, *Bioética* 9 (2), 2001. Para una visión más actualizada de los proyectos de ley en discusión en Brasil, véase Diniz D. “Tecnologias Reprodutivas Conceptivas: o estado da arte do debate legislativo brasileiro”, *Jornal Brasileiro de Reprodução Humana Assistida* 7 (3): 10-19. (2003)

⁷⁰ En el caso de Argentina, algunos proyectos de ley son tan restrictivos que habrían hecho imposible la implementación de estas técnicas. Otras propuestas son bastante intrusivas, por ejemplo, durante el año 2005, un abogado mediante una acción de tipo precautoria iniciada en 1993 se erigió en “tutor de los embriones”. A raíz de esto, la justicia porteña requirió los listados de los embriones criopreservados a los centros de fertilidad, violando la confidencialidad de las parejas que habían recurrido a estas tecnologías. En el 2006, el tutor renunció como tutor de los embriones pero se nombró, en esta ocasión, a una tutora: Silvia Dascal. Y se estableció, previa reunión con los principales centros de reproducción asistida de la ciudad de Buenos Aires, que los centros

de los países de la región. Uno de los desafíos ético-prácticos que enfrentan los médicos de estos países –en el nivel de la práctica privada– está relacionado con la *imposición de límites*. La falta de regulación hace que la práctica “de hecho” de los médicos que trabajan en reproducción asistida tenga mucho peso. Así otra influencia del contexto se percibe en una posición, al menos pública, de auto-limitación de las técnicas con el objetivo de evitar resquemores o críticas sociales. ¿Cuáles son los límites en las intervenciones médicas? ¿Deben los médicos proveer las técnicas de reproducción asistida a mujeres solteras? ¿Y a las parejas homosexuales? ¿La edad debe determinar el límite? ¿Las mujeres post-menopáusicas pueden tener acceso a estas técnicas?

La falta de una ley que establezca los usos admitidos y prohibidos de estas técnicas implica una presión para los “proveedores”. Ellos deben tomar decisiones al respecto, sin una regla externa que fije los límites.

Esta situación cobra relevancia en América Latina, considerando las posiciones ya mencionadas, de parte de la Iglesia Católica. Esta rechaza estas técnicas, pero, incluso personas católicas que privada y personalmente las aceptan, pueden llegar a tener problemas con algunos de sus procedimientos y con quiénes sean los que las utilicen (por ejemplo, mujeres solteras, post-menopáusicas, etc.). Por tanto, con el rechazo de las técnicas de reproducción asistida, podría plantearse que se genera un “doble estándar moral”. Por ejemplo, de manera mayoritaria, población que se declara católica, utiliza métodos de anticoncepción no aceptados por la misma Iglesia Católica; se recuerda que ésta solo reconoce: el método Ogino-Knaus o del ritmo, el método de Billings o del moco cervical y el método de la temperatura basal.

informarán cada seis meses sobre el número de embriones congelados pero sin revelar la identidad de los progenitores. Esta medida estará vigente hasta que el Congreso dicte una ley que regule las técnicas de reproducción asistida. En este sentido, es comprensible que el modelo de prohibición total de Costa Rica genere aprensión.

La situación antes descrita no sólo se observa en el caso de las tecnologías de reproducción asistida. En todo caso, al respecto, nótese que en 1984 nació el primer bebé con reproducción asistida en la región (sólo seis años después de Louise Brown en Inglaterra)⁷¹; durante 1995, 7000 ciclos de reproducción asistida que incluyen 351 ciclos con ovocitos donados se practicaron en 59 centros en América Latina⁷². Según Ester Polak de Fried, combinando los reportes de Cohen et al (el *IFFS Surveillance*) del 2007 y la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, los ciclos oscilan en 24,588 hasta más de 50,000 por año⁷³. En el año 2000 se incrementó el número de centros registrados en América Latina a 95. Y, en el reporte del 2007 del *IFFS Surveillance* en el que participaron nueve países de América Latina, se informaba la presencia de 263 centros. Podría pensarse, entonces, que la solución a la presión ideológica está resuelta por el ejercicio de este “doble estándar moral”; sin embargo, como se verá a continuación, esta respuesta es problemática.

4.2 Implicaciones del “doble estándar moral”⁷⁴ con relación a la implementación de las técnicas de reproducción asistida

En este apartado se señalarán ciertos puntos que aparecen específicamente en la implementación de las técnicas de

⁷¹ Acero L. “Trends in Latin American New Reproductive Technologies and Gender: Social Practices, Ethics and Views on Motherhood”, presentado en First Cardiff-Lancaster International Conference on Genomics and Society, The Royal Society, March 2-3, 2004 y publicado en *Journal of Genomics and Society, Special Issue*, London, 2005.

⁷² Zegers-Hoschchild, *op. cit.*, 412.

⁷³ Polak de Fried E. “Justice and Socio-Cultural Issues Regarding Infertility and ART”, *Syllabus*, 17 de octubre 2007, ASRM Annual Meeting, Washington D. C.

⁷⁴ Se trata de un criterio moral que se aplica con más rigor en un grupo (o persona) que en otro. La doble moral es injusta porque viola el principio de justicia conocido como imparcialidad. La imparcialidad es el principio según el cual los mismos criterios se aplican a todas las personas sin parcialidad ni favoritismo. La doble moral viola este

reproducción asistida, señalando cómo en la práctica en América Latina se privilegia sutilmente el bienestar de los embriones por encima del de las mujeres y sus parejas.

Un elemento que no se debe pasar por alto es la importancia que se otorga a los óvulos fecundados o embriones. Esto se encuentra presente en algunas actitudes, en la terminología utilizada y en ciertas prácticas que determinan y limitan disimuladamente las opciones que pueden ofrecérselo a una mujer o a una pareja. Se tomarán como ejemplo cuatro actitudes y prácticas que ponen esto de manifiesto y que se plantean en muchos centros de reproducción asistida en la Argentina:

- 1) El rechazo a criopreservar embriones cuando no existe ninguna ley que lo prohíba.
- 2) La obligación de donar embriones.
- 3) La terminología que se utiliza: “adopción prenatal”.
- 4) La paradoja de introducir el diagnóstico genético pre-implantatorio cuando no se acepta el descarte de embriones.

Las primeras cuestiones están relacionadas con posibles límites o daños del bienestar de las mujeres para proteger a los embriones.

Para evaluar el primer punto es necesario aclarar la lógica del procedimiento. Como ya se mencionó, las técnicas más complejas como la fertilización *in vitro* o el ICSI necesitan fertilizar los óvulos *ex útero* para luego transferirlos a la mujer. Hay que tener en cuenta que el éxito de estas técnicas no es alto y que frecuentemente hay que repetir el proceso durante varios ciclos para lograr el embarazo.

A pesar de que existe consenso acerca de la importancia y los beneficios de la criopreservación de embriones u óvulos

principio pues toma en cuenta a las personas según diferentes criterios.
<http://www.worldbook.com/wb/Home>

fecundados internacionalmente, los centros argentinos dedicados a la fertilidad se plantean límites en la cantidad de embriones que se congelan. Existe una tendencia según la cual los centros criopreservan cada vez menos embriones con el objeto de reducir su número y evitar problemas con el *status quo*. Esto tiene como consecuencia que las mujeres deban someterse más frecuentemente a tratamientos de hiperestimulación con hormonas y medicamentos, con los inconvenientes y daños que ello implica. Pese a que las complicaciones no son sumamente frecuentes, son lo suficientemente severas como para evitarlas cuanto sea posible. Este es el caso del Síndrome de hiperestimulación ovárica así como el posible aumento del riesgo de cáncer de ovario (por ejemplo, se ha relacionado con el uso de citrato de clomifeno durante 12 meses consecutivos y se ha visto el aumento en la incidencia de tumores *borderline* que no llegan a ser malignos)⁷⁵.

Una segunda cuestión es que en general en América Latina, a diferencia de la mayoría de los países industrializados, no se ofrece la posibilidad de descartar los embriones supernumerarios. La única alternativa explícita en los centros argentinos –cuando una persona no quiere utilizar los embriones restantes– es la de donarlos a otra pareja. De modo que esta “donación inducida” prácticamente es una obligación, que puede acarrear serios daños psicológicos. Y puede resultar especialmente dolorosa en el caso en que la “donante” no pudo quedar embarazada.

Una tercera consideración surge con esta práctica de la “donación de embriones” y su actual denominación: “adopción prenatal”. La terminología que se utiliza tiene mucho peso, implica una determinada manera de interpretar los hechos. La expresión “adopción prenatal” es engañosa y conlleva la idea de una “adopción real”. No se trata de un término neutral

⁷⁵ Nasca P. C., Greenwald P. *et al.* “An Epidemiologic Case-Control Study of Ovarian Cancer and Reproductive Factors”, *American Journal of Epidemiology* 119: 705-713. (1984).

y con esta denominación, los embriones son tratados como “huérfanos”, analogía que conduce a ciertas paradojas: si le concediéramos a los embriones la condición de personas, el proceso de criopreservación resultaría, por lo menos, extraño: ¿cómo podríamos congelar personas? Esta terminología resulta bastante problemática y debería ser abandonada.

Un último problema está relacionado con el estado de salud del embrión y la prohibición del descarte de embriones. Mientras que la Federación Internacional de Sociedades de Fertilidad estimula el control de enfermedades graves que pudieran significar una amenaza para la salud del futuro niño, como se ha señalado, gran parte de los países de América Latina no acepta la eliminación de los embriones sobrantes ni la práctica del aborto. Brasil, en tanto admite este tipo de aborto, es la excepción⁷⁶.

Los países que no permiten descartar embriones, incluso en el caso de anomalías genéticas, enfrentan otra paradoja. Ése, por ejemplo, es el caso de Chile y Argentina. Como veíamos, aún en la situación en la que los embriones hayan sido investigados y se haya probado que poseen serios problemas genéticos, igualmente deberían ser transferidos (porque no pueden ser descartados). La mayoría de los centros informan que no descartan embriones. Esto conduciría a una mujer a la situación de aceptar la transferencia del embrión y llevar adelante un embarazo con el conocimiento de que su futuro hijo padecerá una grave enfermedad, que incluso podría ser fatal.

Por consiguiente, o se prohíbe el diagnóstico genético pre-implantatorio –lo cual puede lesionar los derechos de tal pareja y resultar penoso para ella y su futura descendencia, especialmente si están utilizando este procedimiento para evitar la transmisión de una enfermedad genética– o bien se permite su realización, junto con la posibilidad de descartar los embriones con problemas genéticos. Sin embargo, la mayoría

⁷⁶ Véase Guilhem y Machado do Prado, *op. cit.*

de los centros de fertilidad niegan que ofrezcan esta última opción.

Como puede observarse, existen, algunas contradicciones al tratar de implementar técnicas de reproducción asistida

4.3 Implicaciones del “doble estándar moral” con relación a la infertilidad

Como se ha señalado en el apartado anterior, la condena social y ciertas ideologías tienen influencia en la práctica e implementación de estas técnicas, con repercusiones en la salud reproductiva en general y en la reproducción asistida en particular. Y esto se manifiesta en la *infertilidad secundaria debido a secuelas por infecciones o abortos inseguros*. No debe confundirse este tipo de infertilidad secundaria a enfermedades o problemas previos con la *infertilidad primaria* y la *infertilidad secundaria (strictu sensu)*; esta última se presenta en mujeres que se embarazaron pero tuvieron abortos espontáneos⁷⁷.

En este apartado se intentará mostrar cómo la falta de salud sexual y reproductiva y una disimulada discriminación hacia las mujeres, que habitualmente se pasa por alto, lleva a este tipo de infertilidad secundaria y, por lo tanto, impacta en la necesidad de las técnicas de reproducción asistida.

En primer lugar, la carencia de *educación sexual y de métodos anticonceptivos* tiene como consecuencia una gran cantidad de embarazos no deseados y abortos ilegales. Particularmente preocupante es la cantidad de embarazos adolescentes o madres-niñas. En algunos países como Brasil, se suma a lo anterior, la sesgada difusión de las ligaduras tubarias muy precoces. Se trata de un procedimiento anticonceptivo de muy difícil reversión que luego genera la necesidad de tratamientos sofisticados de reproducción asistida para lograr un embarazo.

⁷⁷ Véase acápite 1.3.

En segundo lugar, debe considerarse la gran cantidad de abortos ilegales realizados en muy malas condiciones con serias consecuencias en la salud de las mujeres. Por ejemplo, en la Argentina, el 40% de las camas de ginecología y obstetricia de los hospitales públicos están ocupadas por las complicaciones de tales abortos. En México, se calcula que 600.000 mujeres requieren hospitalización por esta causa. En América Latina se estima que se realizan 4 millones de abortos clandestinos por año⁷⁸. En relación al tema que nos concierne, las secuelas de tales abortos en malas condiciones no resultan un hecho aislado e independiente, por el contrario, constituyen gran parte de las causas de los problemas de infertilidad en la región.

En tercer lugar, la falta de educación sexual y prevención conlleva también a una gran cantidad de infecciones de transmisión sexual (ITS). Las ITS constituyen otra de las causas más importantes de la infertilidad secundaria. Por ejemplo, éste es el caso de la gonorrea no tratada. La investigadora María Yolanda Makuch cita un estudio brasileño en el cual el 42% de las mujeres que consultan por infertilidad padecen de obstrucción tubaria debido a infecciones del tracto reproductivo⁷⁹.

De igual manera, en Argentina, Brasil y Chile no se hace un testeo regular de clamidia (una inflamación de las trompas de Falopio sin síntomas, que sin tratamiento puede llevar a la infertilidad femenina). Dadas las dificultades de negociación en relación al uso del preservativo, la clamidia es una fuente muy habitual de infección femenina, especialmente en el caso de poblaciones vulnerables⁸⁰. Confirmando lo anterior, el reporte *Progress in Reproductive Health Research* señala

⁷⁸ Olivares C. "Dilemas éticos de la interrupción del embarazo", en Figueroa J. G. (comp.) *Elementos para un análisis ético de la reproducción*, UNAM, México, 2001, pp. 218-226, p. 225.

⁷⁹ Fernández M. S., Bahamondes L. "Incidência dos fatores etiológicos de esterilidade conjugal nos hospitais universitários de Campinas", *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetricia* 18:29-36. (1996).

⁸⁰ Galvez Pérez T. y Matamala M. "La economía de la salud y el género en la reforma de salud", *Actas de la Conferencia sobre género, poder*

que: “Gran parte de la infertilidad en los países en desarrollo se puede atribuir a daños causados por infecciones en el tracto reproductivo, notablemente por la gonorrea y la infección por clamidia”⁸¹.

Sumado a esto hay que contabilizar también los mitos o tabúes en la materia, así como los recursos escasos en el sistema público de salud que implican una mala atención de la salud y complicaciones posteriores que repercuten en serios problemas de infertilidad. Makuch describe los problemas de información inadecuada en el área de las enfermedades de transmisión sexual. En su estudio señala que las mujeres entrevistadas eran incapaces de entender la relación que existe entre las infecciones del tracto reproductivo previas y su infertilidad tubaria presente. Más aún, había coincidencias cuando se comparaba la información que recordaban las mujeres con la que los médicos reportaban haber provisto⁸². Esto sugiere que los mismos médicos no brindaban la información relevante.

Este tipo de infertilidad no es la prevalente en los países industrializados. Nótese que tanto América Latina como África comparten altos índices de infertilidad secundaria, a diferencia de Europa y Estados Unidos. En África corresponde a un 55% y en América Latina a un 40%⁸³. Polak de Fried reporta datos similares en África donde el porcentaje varía: la infertilidad por factor tubario en Nigeria es del 35-65% y en Durban 77%. En América Latina se habla de 25 a 40 % con diferencias notorias entre ciudades como Buenos Aires y provincias con pobre

y equidad, Organización Panamericana de la Salud (OPS), Chile, abril 2002.

81 Patricia Butler (2003) “ART in Developing Countries –A Response to Individual Need or a Social Priority?” *Progress in Reproductive Health Research*, World Health Organization, Geneva p. 2 (mi traducción).

82 Makuch M., Botega N., Bahamondes L. (2000) “Physician –Patient Communication in the Prevention of Female Reproductive Tract Infections: Some Limitations”, *Cadernos Saude Publica* 16 (1): 249-253.

83 Cates W. Farley *et al.* “Worldwide Patterns of Infertility: Is Africa different?”, *The Lancet* 2: 596-598. (1985)

salud materna y escasos recursos, por ejemplo Chaco o Jujuy. En cambio en los países desarrollados este tipo de infertilidad se reduce a un 5-10%.⁸⁴ Indudablemente las causas de este tipo de infertilidad están relacionadas con la falta de recursos y la falta de respeto al derecho a la salud reproductiva.

Este es un tema que merece mayor análisis y revisión del “doble estándar moral”. Aún si se rechaza el respeto por las decisiones informadas de las mujeres y las parejas respecto de cuándo concebir un hijo, no puede pasarse por alto que las prácticas desesperadas actuales (recurrir a curanderas, abortos caseros o ilegales e inseguros), la falta de cuidados, prevención y educación en temas de salud sexual y reproductiva tienen altos costos en la vida y salud de las mujeres de América Latina, en el sistema de salud público y en la sociedad en general.

En segundo lugar, hay una interrelación estrecha entre la salud sexual y reproductiva y la reproducción asistida. Nótese como situaciones que, a primera vista, parecen alejadas –como la carencia de una adecuada prevención, respeto, educación y cuidado de la salud reproductiva– deja graves secuelas que inciden en la necesidad de la reproducción asistida. Lo anterior implica incorporar una visión no-dicotomizada sino integral de la salud sexual y reproductiva. Se trata, además, de casos de infertilidad que pudieron haber sido prevenidos.

En tercer término, estos datos muestran que aquellas personas en las cuales recae el problema de infertilidad en América Latina no son iguales a los de otras sociedades y afecta especialmente a poblaciones vulnerables, con escasos recursos. Así en América Latina, en contraste por ejemplo con Europa, el paradigma de la mujer de clase media o alta que por motivos laborales o profesionales posterga la maternidad y decide tardíamente formar una familia, no es el adecuado. De ninguna manera esta población es la que agota el perfil epidemiológico de la región. La infertilidad secundaria debida

⁸⁴ Polak de Fried, *op. cit.*

a infecciones y a una mala salud sexual y reproductiva, muestra implicaciones de este “doble estándar moral” y de una actitud discriminatoria hacia las mujeres en general, y afecta muy especialmente a aquellas que no tienen recursos y no pueden cuidar adecuadamente su salud. Todo lo antes expresado revela una situación bastante más compleja que los paradigmas y estereotipos que se exportan de las sociedades industrializadas. Por lo tanto debe extenderse la comprensión del alcance del problema de la infertilidad en América Latina.

Vale la pena retomar el reporte citado que ilustra la situación de la mujer infértil en situaciones de escasez: “Además del dolor personal y el sufrimiento que causa, la incapacidad de tener niños –especialmente en las comunidades pobres– puede crear problemas mayores, particularmente para la mujer en términos de estigma social, dificultades económicas, aislamiento social y aún violencia”⁸⁵. Lamentablemente esta es la situación de una parte de las mujeres que padecen infertilidad en la región.

5. El caso *Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros contra Costa Rica, petición 12.361*

En esta sección se analizará el caso contra Costa Rica presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los derechos principales afectados.

5.1. Informe de admisibilidad N° 25/04 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El análisis anterior tiene sentido a la luz del caso presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el caso *Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros contra Costa Rica, petición 12.361* motivados por la disposición del Estado de Costa Rica, que mediante su Corte Suprema prohibió la FIV y la IA heteróloga, anulando un decreto (N° 24029-S) que regulaba estas prácticas desde 1995.

⁸⁵ Patricia Butler (2003) *op. cit.* p. 2 (traducción de la autora).

Tal decreto aceptaba estas técnicas sólo para matrimonios, prohibía la fertilización de más de seis óvulos y obligaba a transferir a todos a la cavidad uterina de la paciente, prohibía además descartar o preservar embriones para futuros ciclos (esto es, criopreservar o donar embriones).

En el informe N° 25/04 de la CIDH acepta la admisibilidad del caso y señala la competencia *ratione personae* en tanto cualquier persona o grupo de personas están facultadas para presentar peticiones ante la CIDH. En este caso se trataría de las víctimas individualizadas, mujeres y varones en busca de tratamientos para la esterilidad. En cuanto a la *ratione materiae* la Comisión observa que la petición denuncia la supuesta violación de los derechos humanos protegidos por la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (en adelante “*la Convención*” o “*la Convención Americana*”) en especial sus artículos 1, 2, 4, 5, 8, 11 (2), 17, 24, 25, 26 y 32; los artículos 3, 10 y 15 del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (en adelante “*Protocolo de San Salvador*”) y de los artículos 1 y 7 (h) de la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, (en adelante “*Convención de Belém do Pará*”).

En tercer lugar, la Comisión considera que tiene competencia *ratione temporis* porque estos hechos tuvieron lugar cuando la obligación de respetar y garantizar los derechos de la *Convención* estaba vigente, así como también tiene competencia *ratione loci* dado que las violaciones se cometieron en Costa Rica.

La Comisión también señala otros requisitos que hacen admisible la petición como, por ejemplo, el agotamiento de los recursos internos, el plazo de la presentación y la falta de duplicidad de procedimiento y cosa juzgada internacionalmente.

La Comisión señala que desarrollos en el derecho internacional que se retrotraen a la Conferencia de Teherán, al Programa de Acción del Cairo, y la Plataforma de Acción de Beijing han reconocido el derecho de las parejas y de los individuos:

“(...) de decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para hacerlo, y el derecho para alcanzar los más altos niveles de salud sexual y reproductiva. También se incluye el derecho a adoptar todas las decisiones relativas a la procreación, sin discriminación, coacción, ni violencia, según lo establecido en los instrumentos de derechos humanos”⁸⁶.

La CIDH señala que en su etapa de fondo examinará el *derecho a fundar una familia*, junto con el *derecho a la protección de la vida privada y familiar* para analizar si la acción estatal encaminada a restringir el acceso a medidas que favorecen la planificación familiar y la procreación, son compatibles con la *Convención Americana*. Finalmente en la conclusión declara admisible la denuncia en cuanto a los artículos 1, 2, 11, 17 y 24 de la *Convención Americana*. Estos artículos abarcan desde la obligación de respetar y hacer efectivos derechos y libertades sin discriminación alguna, no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas a la vida privada o familiar, así como el derecho a fundar una familia.

Por este motivo, en lo que sigue se considerará brevemente la relación de este caso con la salud sexual y reproductiva, la situación de Costa Rica y los derechos humanos mencionados por el presente informe de admisibilidad de la CIDH.

5.2 Derechos humanos y salud reproductiva

Tal como se señaló en un comienzo, las TRA atañen a la salud sexual y reproductiva de las personas y, en este sentido,

⁸⁶ Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, Informe N° 25/04. El subrayado es de la autora.

están fuertemente vinculadas a los derechos reproductivos. Sin embargo tal como señala el resumen ejecutivo de la Serie sobre Salud Sexual y Reproductiva de *Lancet* “las conductas sexuales, la planificación familiar, el aborto, las infecciones de transmisión sexual (ITS) y los derechos sexuales y reproductivos no son asuntos que suelen discutirse”⁸⁷. Este tipo de temas tienden a despertar opiniones acaloradas, muchas veces generan situaciones incómodas y dan lugar a malos entendidos. En América Latina son considerados por muchos, temas tabú y en ciertos países muy tímidamente comienzan a plantearse como elementos relevantes para las políticas públicas. Pese a ello las cifras de morbi-mortalidad materna y el sufrimiento involucrado hacen que no puedan continuar ignorándose.

En ese sentido, la cuarta Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIDP) en 1994 en el Cairo marcó un cambio fundamental en las actitudes hacia el crecimiento poblacional. Se abandonó el concepto clásico de control de la población y los programas masivos de planificación familiar para centrarse en un enfoque basado en las *necesidades* y los *derechos sociales y reproductivos* de las personas. Ciento setenta y nueve países –entre ellos Costa Rica– y más de mil doscientas ONG adoptaron un programa de acción que estableció que la promoción de la salud y los derechos reproductivos, así como el acceso universal a los servicios y a la información sobre salud sexual y reproductiva, constituyen estrategias clave para el bienestar de las sociedades, erradicar la pobreza y alcanzar los objetivos de desarrollo⁸⁸.

⁸⁷ Resumen ejecutivo de la Serie sobre salud sexual y reproductiva de *The Lancet*, disponible en: http://www.who.int/reproductive-health/publications/es/srh_lancetseries_es.pdf, (fecha de acceso: nov. de 2007).

⁸⁸ En el 2000 la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Declaración del Milenio y los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Sin embargo, la salud sexual y reproductiva no fue incluida como un tema prioritario, si bien muchos de sus componentes han sido distribuidos entre varios de estos objetivos. En la Cumbre Mundial del 2005, los gobiernos corrigieron hasta cierto punto esta omisión y se

Así la formulación de los derechos reproductivos en el Plan de Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing 1995, dice:

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. Estos 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.* (El subrayado es de la autora)

La mayor tradición en el área está vinculada a la salud sexual y reproductiva en cuanto a la morbilidad y mortalidad materna: la falta de acceso a anticonceptivos o a tratamientos de las ITS o del VIH en las mujeres embarazadas, fueron los primeros puntos a considerar y trabajar. Eso es absolutamente justificable, porque involucra sufrimientos, enfermedades y muertes básicamente evitables; situaciones que implican años de postergación de las mujeres y que, generalmente, afectan en mayor medida a la población en situación de pobreza. Como ya se mencionara, desde la lectura de los países industrializados, las TRA se visualizaron como un “lujo” ya que se las identificó con mujeres de clase media o alta, que decidían tardíamente tener hijos y debían recurrir a estas tecnologías. Sin embargo, tal como se señalara en el acápite 4.3, esto no necesariamente es así respecto a América Latina. Por lo tanto, su no consideración puede involucrar una visión sesgada del alcance de los derechos reproductivos.

Por otra parte, en el resumen ejecutivo de la Serie sobre Salud Sexual y Reproductiva del *Lancet*, se incluye

comprometieron a alcanzar el acceso universal a la salud reproductiva para el año 2015. *Ibidem*.

específicamente a la reproducción asistida como parte de la atención a la salud sexual y reproductiva. Este documento especifica que: “La atención de la salud *sexual y reproductiva* incluye: mejorar la atención prenatal, durante el parto, el posparto y del recién nacido, *brindar servicios de planificación familiar de calidad, incluyendo servicios de reproducción asistida*; eliminar el aborto inseguro, combatir las ITS, incluyendo el VIH, y las infecciones del tracto reproductivo, el cáncer de cuello uterino y otras morbilidades ginecológicas y promover la salud sexual”⁸⁹.

En este contexto, resulta discriminatorio considerar única y exclusivamente *los deseos “negativos” de la planificación familiar* –involucrando por ejemplo el uso de métodos anticonceptivos– y excluir *los deseos “positivos” de la planificación* al buscar los medios para lograr un embarazo. Y en este sentido parece claro que este tipo de tecnología médica es fundamental para poder planificar una familia y tener hijos cuando la vía natural no es viable. Así como es válido poder recurrir a la anticoncepción de emergencia o a tecnologías más sofisticadas frente a problemas ginecológicos, de igual forma deberán considerarse estas técnicas. Este reclamo resulta más fuerte, cuando se tiene en cuenta la infertilidad secundaria debida a secuelas por el maltrato y descuido previo de la salud de las mujeres.

En sintonía con este punto vale la pena considerar el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo ya que en el apartado 7.17 hace mención explícita a estas técnicas:

Se insta a los gobiernos, a todos los niveles, a que implanten sistemas de supervisión y evaluación de servicios orientados hacia el usuario, con miras a detectar, prevenir y controlar abusos por parte de los directores y proveedores de los servicios de planificación de la familia y a asegurar el mejoramiento constante de la calidad de los servicios. Con

⁸⁹ *Ibidem.* (El subrayado es de la autora).

este fin, los gobiernos deberían garantizar la conformidad con los derechos humanos y la observancia de las normas éticas y profesionales en la *prestación de los servicios de planificación de la familia y otros servicios conexos de salud reproductiva* con el fin de asegurar el *consentimiento responsable, voluntario e informado y también con respecto a la prestación de los servicios. Deberían proporcionarse técnicas de fecundación in vitro de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas*⁹⁰.

Al respecto vale la pena tener en cuenta en este libro, los apartados previos en los cuales se evaluaron las posibles objeciones éticas así como los problemas de implementación que estas técnicas pueden enfrentar.

5.3 Equidad y salud de la mujer en Costa Rica

Un rasgo característico del desarrollo socio-económico de Costa Rica ha sido la inversión del Estado en el ámbito de lo social, por lo que pese a tener un bajo Producto Interno Bruto (PIB) *per cápita* (si se lo compara con países industrializados), muestra indicadores de desarrollo sociales similares, por ejemplo, respecto del analfabetismo. En el campo de la salud, Costa Rica se destaca por una elevada cobertura de servicios y la asignación de una proporción del PIB cercana al 6%⁹¹. En igual sentido otro reporte del Ministerio de la Salud de Costa Rica y de la oficina regional de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) señala: “Como en la mayoría de los países, la salud de la población de Costa Rica ha presentado en las últimas décadas una mejoría progresiva. Mientras que el

⁹⁰ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Punto 7.17 Disponible en (fecha de acceso: nov. de 2007): http://www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd_poa.htm. (El subrayado es de la autora).

⁹¹ Ministerio de la Salud de Costa Rica, Organización Mundial de la Salud y oficina regional de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) *Las desigualdades de salud en Costa Rica: una aproximación geográfico-poblacional*, OPS, Costa Rica, enero 2004, p.6.

número de defunciones en 1980 era de 4,8 cada mil habitantes, 20 años después era de 3,8 por 1000. En el mismo período la mortalidad de los niños menores de un año disminuyó un 44,6% y la mortalidad a edades tempranas descendió en un 42,9%”⁹².

Sin embargo, el mismo reporte señala en su comienzo que el análisis de los indicadores nacionales y sus tendencias suelen enmascarar importantes diferencias entre los grupos poblacionales de un país. En este sentido y, si se va a tener en cuenta la equidad como un principio ético rector, es necesario hacer un análisis más profundo. Así, el *Análisis de indicadores de género y salud* señala que: “Costa Rica mostró, entre 1988 y 2004, un incremento del PBI de 4,7%, sin embargo, la última Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares, revela que para el 2004, los ingresos del *quintil más rico aumentaron en 96%*, mientras que en el *quintil más pobre sólo un 7%*”⁹³.

La información refleja claramente una situación de inequidad. Así también en el último Informe de País de los Objetivos de Desarrollo del Milenio se reconoce que entre 1990 y 2003, la incidencia de la pobreza en hogares con jefatura femenina superó al menos en 50% los valores correspondientes a hogares con jefatura masculina, e incluso en varios años esta diferencia superó el 100%. Añade que, al inicio de los noventa, el porcentaje de jefas pobres superaba a los jefes en 3,2 puntos porcentuales y en el 2004 esa diferencia es aún más marcada, 6,7 puntos⁹⁴.

El país se divide en cantones y los que se encuentran en la zona central, en los alrededores de San José (la capital) tienen

⁹² Bortman, Marcelo. *Indicadores de salud ¿Mejoró la equidad? Costa Rica 1980-2000*, Ministerio de la Salud de Costa Rica, Oficina regional de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), Costa Rica, 2002, p.6.

⁹³ Allen Flores P., Arroba Collins A., Bustamante Castillo X., Rojas Espinoza M. *Análisis de indicadores de género y salud*, Costa Rica, 2005, p. 4. El subrayado es de la autora.

⁹⁴ *Ibidem* p. 5.

mayor desarrollo y mejores índices en general, pero esto no es igual en gran parte de los cantones más alejados y aquellos ubicados cerca de las zonas de frontera. De manera que esta situación de inequidad afecta en mayor medida a las mujeres, considerando la feminización de la pobreza y en ese marco la jefatura femenina de hogar.

Otra cuestión relevante es considerar los indicadores de salud en relación con las mujeres en general y, en especial, con los puntos que se señalaron como determinantes de la infertilidad secundaria especificada en apartados anteriores. Si se toman datos específicos de la salud de las mujeres esto se hace todavía más evidente. Por ejemplo, la mortalidad materna, sobre todo por causas prevenibles, es un indicador de baja prioridad social otorgada a un problema que afecta sólo a mujeres, particularmente a las pobres, ya que desde hace más de 50 años se cuenta con el conocimiento y la tecnología necesarias para impedir dichas defunciones⁹⁵.

La mortalidad del país para el 2004 fue de 3,2 por cien mil nacidos vivos; Costa Rica, junto con Cuba, Chile y Argentina, muestran los índices más bajos de la región. Pero hay que tener en cuenta que no sólo la mitad de esas muertes son prevenibles, sino que si se desglosa por su distribución geográfica nuevamente se observa un patrón coincidente en donde las provincias de Guanacaste (5,8), Puntarenas (4,0) y San José (4,2) presentan valores superiores al nacional⁹⁶. En las conclusiones y recomendaciones se señala que uno de los problemas urgentes es la alta proporción de nacimientos en madres adolescentes. Otro de los informes señala que el porcentaje de madres menores de 15 años se mantuvo estable durante estas dos décadas en valores de 1 a 1,2 %⁹⁷. Ello evidencia la necesidad de fortalecer la educación sexual y provisión de métodos anticonceptivos adecuados. También

⁹⁵ *Ibidem* p. 9.

⁹⁶ *Ibidem* p. 10.

⁹⁷ Bortman, *op. cit.* p. 23.

en las conclusiones se puntualiza que otro tema poco tratado y no visto como prioritario es lo relativo a las ITS y el cáncer de cervix, cuya génesis está explicada por una infección de transmisión sexual⁹⁸.

Esta revisión muy general de índices de salud y pobreza muestra como en Costa Rica, pese a índices globales satisfactorios, la situación de pobreza agrava la condición de vulnerabilidad en el goce y ejercicio de derechos, la cual suma a la desigualdad en razón de género.

En lo que concierne a la demanda en cuestión parece relevante tener en cuenta estos datos, ya que la prohibición de la FIV y la IA heteróloga afecta entonces a las mujeres y a su posibilidad de desarrollo equitativo en Costa Rica, sobre todo a las mujeres pobres de este país.

5.4 Derechos humanos involucrados en el caso

Los derechos más pertinentes a invocar y la forma cómo se podría demostrar que han sido transgredidos dependen de los hechos particulares de la supuesta violación y de las causas subyacentes de la mala salud sexual y reproductiva⁹⁹. Se analizan a continuación los más relevantes:

a. Derecho a la intimidad

Así un primer derecho a plantear en el caso de Costa Rica es el derecho a la intimidad. Tal como lo señala el informe de la CIDH, éste aparece en el Artículo 11 de la *Convención Americana*, el cual trata el tema de la protección de la honra y de la dignidad. También está presente en documentos tales como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*; esta se refiere explícitamente al derecho de la intimidad en su artículo 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su

⁹⁸ Allen Flores et al., *op. cit.* p.10.

⁹⁹ Cook, Dickens, Fathalla, *op. cit.* pto.4.

vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”¹⁰⁰.

Esto también se establece en el artículo 17 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* así como se plantea de forma aún más contundente en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, en el artículo 8. El mismo, en su inciso 1¹⁰¹, trata el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Allí se señala que: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

En este sentido parece quedar claro que la vida privada y familiar es uno de los objetivos de protección básicos. Poder decidir la forma de planificar la familia y poder tener acceso a métodos adecuados parece formar parte de estas decisiones íntimas y privadas. Esto está directamente relacionado con la autonomía de las personas, esto es, con la posibilidad de elaborar un plan de vida y actuar de acuerdo con el mismo. La autonomía es uno de los principios fundamentales de la ética. Y, en este caso se trata de la autonomía reproductiva, aquella que permite tomar decisiones fundamentales respecto de tener o no un hijo. El derecho a la intimidad protege a las personas en sus vidas privadas y forma parte de las obligaciones de los Estados de respeto y garantía de los derechos humanos.

Es más, teniendo en cuenta jurisprudencia relevante reciente respecto de los derechos humanos se puede visualizar la importancia de la integridad personal y psicológica. Desde esta perspectiva es posible respaldar pedidos en relación a la FIV o a la terminación de un embarazo cuando éstos afectan la integridad física o psicológica, por ejemplo, en los contextos en los cuales la privación de la capacidad de ser madre tiene consecuencias significativas sociales y emocionales. Véase el

¹⁰⁰Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12.

¹⁰¹Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Artículo 8, inciso 1.

caso Tysiac versus Polonia resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos el 20 de marzo del 2007¹⁰².

b. Derecho a formar una familia

En segundo lugar debe considerarse que el artículo 17 de la *Convención Americana*, al que el informe de la CIDH hace referencia, protege el derecho del hombre y la mujer a fundar una familia y puede funcionar como base para garantizar los derechos reproductivos recién analizados.

Los derechos reproductivos pueden interpretarse en relación directa con el derecho a formar una familia. En los casos de las personas con problemas de fertilidad esto resulta todo un desafío y es el recurso a las TRA el que les puede permitir hacer efectiva la formación de tal familia. En este sentido, además del citado artículo 17 de la *Convención Americana*, vale la pena considerar el peso que otros instrumentos de derechos humanos brindan a la familia. En el artículo 16 de la *Declaración universal de derechos humanos* se señala: “La

¹⁰²El caso Tysiac versus Polonia (Expediente N° 5410/03) tratado por la Corte Europea de Derechos Humanos el 20 de marzo de 2007, consistía en un rechazo a terminar el embarazo de una mujer con una enfermedad oftalmológica que subsecuentemente sufrió problemas severos en los ojos. Las garantías constitucionales polacas al derecho a la vida y la protección legislativa al derecho a la vida desde la concepción, brindaban un acceso muy limitado a la finalización del embarazo. En este sentido el caso puede resultar relevante para analizar la petición de Costa Rica en términos de la interpretación de la Corte Europea del Artículo 8 de la *Convención europea*. El gobierno polaco argumentó que el embarazo y su interrupción no pertenecían únicamente a la esfera de la vida privada de la madre y que cuando una mujer estaba embarazada, su vida privada se conectaba estrechamente con la del feto en desarrollo. La Corte Europea, rechazó este argumento reconociendo que en la jurisprudencia europea el concepto de “vida privada” atiende a la integridad física y moral de la persona e incluye cuestiones relacionadas con la decisión de embarazarse o terminar el embarazo. La Corte reitera que la “vida privada” es un término amplio, que acompaña, entre otras cosas, aspectos de la identidad física y social incluyendo el *derecho a la autonomía personal, al desarrollo personal* y a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior.

familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”¹⁰³.

Si lo anterior se considera a la luz del 5º párrafo de la Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias.”¹⁰⁴.

La prohibición por parte del Estado de Costa Rica de la FIV y de la IA con donante parece implicar políticas públicas en relación a la planificación familiar que resultan discriminatorias y conllevan dejar sin la posibilidad de formar una familia y tener hijos a las personas con problemas de fertilidad. Al no haber posibilidad alguna de acceso a estas tecnologías en su propio territorio empuja, además, hacia un turismo reproductivo, al que sólo pueden acceder personas con los medios económicos y sociales que les permitan pagar estas técnicas, además de poder viajar a otro país y permanecer durante tales tratamientos.

c. Derecho a no ser discriminado

El apartado anterior introduce el problema de la discriminación que estaría implicado en esta situación. Esto aparece en el artículo 24 de la *Convención Americana* como también es sumamente claro el artículo I de la *Convención*:

“Los Estados Partes en esta *Convención* se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que

¹⁰³ *Declaración universal de derechos humanos*, Artículo 16.3. Otros documentos que establecen lo mismo son el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, Artículo 10, y el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, artículo 23.

¹⁰⁴ Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

esté sujeta a su jurisdicción, *sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”¹⁰⁵.

En primer lugar, ambos artículos abarcan la situación de las personas con problemas de infertilidad, para las cuales estas técnicas son la única opción para tener un hijo y realizar su planificación familiar.

En segundo lugar, dado que estas técnicas se realizan mayormente en el cuerpo de la mujer y que, por lo general, es la mujer la que es estigmatizada por la falta de hijos (si bien la infertilidad puede tener origen masculino), también serían aplicables los artículos que hacen referencia a la no discriminación de las mujeres. Hay que tener en cuenta, además, que Costa Rica ratificó la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (conocida por su sigla en inglés CEDAW) en la ley 6968 del 2 de octubre de 1984; así, en estos casos se puede considerar el artículo 10 h y el artículo 14.2. b. A modo de ejemplo, se puede ver cómo el artículo 12.1 continúa la línea antes planteada: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la *planificación de la familia*”¹⁰⁶.

En este sentido, las recomendaciones del Comité de la CEDAW son bastante claras y relevantes y parecen aplicables a la demanda en cuestión. La Recomendación General número 24 del Comité de la CEDAW hace referencia al tema “mujer y salud” y señala la obligación de los Estados de respetar el

¹⁰⁵ *Convención americana de derechos humanos*, Artículo 1.

¹⁰⁶ *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Artículo 12.1.

acceso de la mujer a los servicios médicos y de abstenerse de “poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud”. En varias observaciones finales, el Comité de la CEDAW ha manifestado su preocupación por el limitado acceso de las mujeres a los servicios e información en materia de salud reproductiva, criticando los factores que entorpecen la asistencia médica a las mujeres, incluyendo consideraciones religiosas, la privatización de la salud y las restricciones presupuestarias.

En tercer lugar, dada la situación de equidad y salud de Costa Rica y la particular situación de las mujeres de los cantones más pobres, el peso de la discriminación recae sobre ellas como ya se dijo. Estas mujeres que no han sido adecuadamente asesoradas o atendidas en su salud sexual y reproductiva, tienen secuelas e infecciones que las llevan a la infertilidad y no tienen posibilidad alguna de acceso a las TRA en su país. Así, puede considerarse que el derecho a la salud impone la obligación de atender problemas de salud específicos de la población y esto tiene mayor fuerza cuando hay una falla en los programas de promoción de la salud, por ejemplo, para evitar ITS, para brindar anticonceptivos y una adecuada educación sexual. Todo esto tiene incidencia en la planificación familiar ya sea por la vía negativa o positiva.

Para fundamentar esto además de los tratados y convenciones de derechos humanos, no sólo se puede invocar el principio general de *no discriminación* sino también otro principio vital como el *de equidad*.

d. Derecho a la salud

Los derechos anteriores deben ser complementados con el derecho a la salud y específicamente, el derecho a la salud reproductiva.

Tal como se señala en el segundo párrafo de la Observación N° 14 del Comité, de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, existen numerosos instrumentos de derecho internacional que reconocen el derecho del ser humano a

la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la *Declaración universal de derechos humanos* se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del *Pacto*, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”.

Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979; así como en el artículo 24 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos como la Carta social europea de 1961 en su forma revisada (Art. 11), la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos de 1981 (Art. 16), la *Convención Americana* (Art. 26) y el *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1988 (Art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por distintos Comités de tratados, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.

Si bien en la Observación N° 14 mencionada se aclara que no se adopta la definición de salud de la OMS, en el mismo

apartado se hace referencia al “más alto nivel posible de salud física y mental”, el cual no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud, abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana.

Así el párrafo 8 de dicha observación continúa señalando que el derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, *con inclusión de la libertad sexual y genésica*, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. Entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas *oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud* y hace especial hincapié en la libertad sexual y genésica. En el párrafo 11 incluye explícitamente a la salud sexual y reproductiva y su nota 12 referida a la salud genésica permite considerar a las TRA como parte de la planificación familiar: “La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto”¹⁰⁷.

Si bien la infertilidad no se considera en general una enfermedad, como se ha visto, muchas de sus causas se deben a *problemas físicos* concretos (lesiones tubarias, trompas dañadas, endometriosis severas, etc.) que justamente estas técnicas permiten sortear. Por otra parte, hay que tener en cuenta que en muchos casos la imposibilidad de lograr un

¹⁰⁷ Observación N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Nota 12 (Párrafo 14).

embarazo puede generar *trastornos psicológicos o sufrimiento psíquico*. Ésta es por ejemplo, la posición que sostiene la Asociación Médica Mundial respecto de las TRA¹⁰⁸. Y finalmente, debe recordarse que estas técnicas forman parte de la *planificación familiar* a las que personas con este tipo de padecimiento pueden recurrir. Así pues, en todos estos sentidos el derecho a la salud puede relacionarse con las TRA.

Por otro lado, puede argumentarse que cuando la realización de otros derechos reconocidos (como el de la dignidad humana, la no discriminación y la equidad) depende de la provisión de un tratamiento de salud particular, tal como la FIV para responder a una infertilidad secundaria por un pobre cuidado de la salud, los Estados están obligados a brindar estos tratamientos. Y esta obligación se amplifica cuando es necesaria para corregir discriminaciones pasadas, abusos o fallas al proveer servicios adecuados.

e. Derecho a beneficiarse del progreso científico

Finalmente amerita considerar el derecho a beneficiarse del progreso científico que está reconocido en la *Declaración universal de derechos humanos* y el artículo 15 del *Pacto de derechos económicos, sociales y culturales*. En el artículo 15.1.b señala que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

Este artículo del *Pacto* tiene por objeto asegurar que quienes integran la sociedad puedan disfrutar de los adelantos científicos, en especial los grupos desfavorecidos, que incluye el derecho a dar y recibir información sobre adelantos resultantes de los nuevos conocimientos científicos y tener acceso a cualquier novedad que pueda acrecentar el disfrute de los derechos contenidos en el *Pacto*.

¹⁰⁸ Véase acápite 1.3.

Este derecho, entonces, resulta relevante a la hora de considerar las TRA. Tales técnicas involucran progresos científicos que permiten superar problemas físicos que impiden el logro y continuación del embarazo, brindan la posibilidad de tener hijos y superar el sufrimiento que conlleva los intentos fallidos de embarazo.

¿Qué puede justificar la no consideración de los derechos humanos recién señalados? Quizás la presencia de otros derechos que limiten los anteriores, ya que éstos no son derechos absolutos. En este sentido es relevante considerar qué sucede con la alegada pérdida de óvulos fecundados que plantea la Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

5.5 Sentencia 2000-02306 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

La sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica da mayor trascendencia a la posibilidad de la pérdida de óvulos fecundados, con respecto a la situación de las personas a las que se les impide tener acceso a los tratamientos que les permitiría formar una familia. Dejando de lado lo desactualizados de los datos científicos citados (algunos de más de 15 años de antigüedad (1982-1985), la sentencia gira alrededor de la protección debida a los óvulos fecundados. En ésta se dice:

A juicio de este Tribunal no basta con establecer las restricciones que contiene el Decreto, pues la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con ellas, atenta contra la vida humana. El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. Ha quedado

claro a este Tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal, pues no se implantan, o bien se implantan pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo (...) La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos¹⁰⁹.

La Sala Constitucional retoma el criterio que para los fines correspondientes emitió la Procuraduría General de la República, señalando que: "...la Convención Americana de Derechos Humanos no da margen de duda en cuanto al hecho de que la protección a la vida anterior al nacimiento constituye un derecho fundamental –artículo 4–. La Convención se manifiesta expresamente porque existe vida humana a partir de la concepción, y, en virtud de la aprobación por ley N° 4534 del 23 de febrero de 1970, esa Convención tiene valor constitucional"¹¹⁰.

Así, el punto central en esta sentencia es considerar la protección que se debe a los óvulos fecundados y, en particular, relacionándola con el artículo 4 de la *Convención Americana* y sus implicancias.

Para poder ubicar esta objeción, parece relevante volver sobre el apartado "El debate sobre los embriones", en el cual se explicita que desde la ética y el mundo científico no hay acuerdo respecto de la terminología o el estatus de los embriones. La

¹⁰⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Res: 2000-02306, punto IX. Conclusiones: B).

¹¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Res: 2000-02306, punto 4.

posición mencionada por la sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica respecto del comienzo de la vida es una de las presentes en este debate, existiendo otras posiciones éticas igualmente respetables que cuestionan la asimilación de los óvulos fecundados con personas.

También se ha señalado en el apartado “Posiciones de las religiones” que este tipo de planteamiento responde a la visión particular de la Iglesia Católica Apostólica Romana, pero que religiones como la musulmana o la judía no se adhieren a esta misma concepción respecto del comienzo de la vida, los embriones y la protección debida y que por ejemplo, aceptan la FIV. En esta misma línea parece necesario considerar que en Costa Rica, así como en cualquier democracia, conviven fieles de diferentes religiones así como personas no religiosas. La prohibición de la FIV impide su acceso a todas las personas, independientemente de la religión que profesen. Su permisión no obliga a quienes son católicos a practicarla, pudiendo decidir si hacen o no uso de ella, en el marco de sus creencias religiosas.

Finalmente es necesario considerar desde el derecho internacional de los derechos humanos, el desarrollo en estos temas. La sentencia señala, específicamente, que la misma está de acuerdo con el derecho internacional. En relación con el derecho a la vida, no existe un consenso sobre cuándo comienza la vida, si desde la concepción o hasta después del nacimiento. Por ejemplo, se han realizado diferentes análisis jurídicos y académicos sobre los siguientes tres escenarios contextuales: 1) donde los instrumentos legales “guardan silencio” sobre el inicio del derecho a la vida; 2) donde el lenguaje es ambiguo; y 3) donde los instrumentos legales claramente indican que el derecho a la vida se protege desde el momento de la concepción¹¹¹.

¹¹¹ Walsh J. y Mollmann M., “Derecho internacional de los derechos humanos y aborto en América Latina”, disponible en: <http://hrw.org/spanish/informes/2006/wrd0106/wrd0106sp.pdf>, (fecha de acceso: julio de 2005).

En el caso de los instrumentos internacionales de derechos humanos que no se refieren explícitamente sobre el inicio de la protección del derecho a la vida, ello ha sido interpretado por los órganos encargados de su supervisión y por personas expertas en derechos humanos, como una indicación de que el derecho a la vida no está protegido sino hasta después del nacimiento de un ser humano. Por ejemplo, en el caso *Paton contra Reino Unido* de 1980, la Comisión Europea de Derechos Humanos resolvió que, con respecto a la aplicación concreta de las limitaciones explícitas al derecho a la vida en la Convención, el lenguaje “toda persona” (en inglés: “*everyone*”, en francés “*toute personne*”), no cubre a los no nacidos¹¹².

En este sentido, la negociación del texto del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (PIDCP) también arroja luz sobre este punto. Durante estas negociaciones se rechazaron un conjunto de propuestas que hubieran incluido un lenguaje para proteger el derecho a la vida desde el momento de la concepción, y diferentes análisis jurídicos señalan que el artículo 6 (1) del PIDCP estipula que el derecho a la vida es inherente a “la persona humana,” entendida como “la persona nacida”¹¹³.

También se señala que algunos instrumentos internacionales de derechos humanos contienen un lenguaje ambiguo en lo que respecta al derecho a la vida, lo cual ha resultado en interpretaciones dispares. Éste es el caso de la *Convención sobre los derechos del niño* (CDN)¹¹⁴. El único instrumento

¹¹² En el mismo caso, se resolvió que aún si al feto le competiese alguna protección, el artículo 2 (derecho a la vida) no impediría que una mujer obtuviera un aborto durante la primera etapa del embarazo para proteger su salud física y mental. Walsh y Mollmann, *op. cit.*, 7.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Por ejemplo, dicen Walsh y Mollmann, para el Dr. James Bohan la CDN puede interpretarse como constituyente de un derecho a la vida del feto. El artículo 6 de la CDN estipula que “todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”. En el artículo 1 se define al “niño” como un ser humano menor de dieciocho años. El preámbulo estipula que la *Convención* se adoptó “teniendo presente” que la *Declaración de los derechos del niño* estipula que el niño necesita “protección y

internacional de derechos humanos que posibilita la aplicación del derecho a la vida desde la concepción es la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, uno de los documentos regionales, que es, además, el citado por la sentencia anteriormente mencionada.

5.6 Artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos

¿Cómo se ha interpretado este artículo en el derecho internacional? Se puede hablar de un consenso respecto de cómo interpretar este artículo 4 de la *Convención Americana*, ya que, en 1981, se le solicitó al órgano que se le ha encomendado la competencia de promover la observancia y respeto de los derechos humanos en el sistema interamericano –la Comisión Interamericana de Derechos Humanos–, que *estableciera si las disposiciones relativas al derecho a la vida contenidas en estos documentos eran compatibles con el derecho de la mujer a acceder a abortos legales y seguros*. La Comisión concluyó que sí lo eran, como se verá a continuación.

La consulta llegó a la Comisión a través de una petición presentada contra el gobierno de los Estados Unidos por personas cercanas a un grupo llamado *Catholics for Christian Political Action* (Católicos por la Acción Política Cristiana), a raíz de que un médico fuera absuelto del cargo de “homicidio involuntario” tras realizar un aborto en 1973; el caso es conocido como el caso *Baby Boy*. Los peticionarios solicitaron

cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Tomado como un todo, Bohan insiste que estas provisiones establecen un derecho legal del feto a la vida. Sin embargo, Rebecca Cook y Bernard Dickens señalan que durante las negociaciones para la CDN en los años 80, se presentó una propuesta similar a la presentada durante las negociaciones para el PIDCP, que igualmente fue debatida y rechazada. Mientras el lenguaje preambular hace referencia a la debida protección legal antes del nacimiento, el lenguaje operativo define el término “niño” como un ser humano menor de dieciocho años. Por lo tanto, es mayoritariamente entendido que las provisiones de la CDN legalmente aplicables contienen un consenso histórico de que la protección legal del ser humano empieza con un nacimiento vivo.

a la Comisión que declare que los Estados Unidos violó el derecho a la vida de acuerdo a la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, usando la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* como instrumento interpretativo. Durante el proceso de deliberación en torno al caso *Baby Boy*, la Comisión examinó rigurosamente las disposiciones sobre el derecho a la vida, contenidas tanto en la *Declaración* como en la *Convención*, analizando también la labor preparatoria de ambos documentos, para así esclarecer los objetivos deseados y el propósito de la letra de las disposiciones¹¹⁵.

En el caso de la *Declaración*, la Comisión expresó que:

Con respecto al derecho a la vida reconocido en la *Declaración*, es importante notar que los signatarios que actuaron en Bogotá en 1948 rechazaron cualquier redacción que hubiera extendido ese derecho a los que están por nacer... [y]... la Conferencia... adoptó una simple declaración del derecho a la vida, sin referencia a los que están por nacer y lo vinculó a la libertad y seguridad de la persona. Parecería entonces incorrecto interpretar que la *Declaración* incorpora la noción de que exista el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Los signatarios enfrentaron la cuestión y decidieron no adoptar un lenguaje que hubiera claramente establecido ese principio¹¹⁶.

Con respecto a la *Convención* –que, tal como se indicara previamente, protege el derecho a la vida, “en general, a partir del momento de la concepción”–, la Comisión encontró que la redacción del derecho a la vida en el artículo 4 había sido muy consciente y que la intención de los fundadores de la convención al incluir la cláusula “en general” había sido

¹¹⁵ Walsh y Mollmann, *op. cit.*, 8.

¹¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, White y Potter [Caso “Baby Boy”], Resolución N° 23/81. Caso 2141, Estados Unidos el 6 de marzo de 1981, OEA/Ser.L/VIII 54 Doc. 9 Rev.1.16 de octubre de 1981.

precisamente la de permitir que exista legislación doméstica no restrictiva respecto al aborto¹¹⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior la Comisión corrigió la lectura selectiva de la *Convención americana sobre derechos humanos* hecha por los peticionarios:

[Q]ueda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la *Convención americana* es incorrecta. La adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la *Convención* tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la *Declaración americana*. Las implicancias jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios¹¹⁸.

Al respecto, la jurista Cecilia Medina en su libro sobre “La Convención Americana: teoría y jurisprudencia”, analizando el sentido de este artículo señala que: “Cualquiera que haya sido la idea de los que redactaron el artículo 4.1 de la Convención, y si no se quiere recurrir a los trabajos preparatorios, la disposición no puede interpretarse sino de acuerdo a las

¹¹⁷ La comisión comentó: “se reconoció durante la sesión de redacción en San José que esta frase dejaba abierta la posibilidad que los Estados Parte a una futura convención podrían incluir en su legislación local ‘los más diversos casos de aborto’”, refiriéndose a la posibilidad de que algunos países podrían incluir el aborto legal bajo este artículo. Walsh y Mollmann, *op. cit.*, 8.

¹¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, White y Potter [Caso “Baby Boy”], Resolución N 23/81. Caso 2141, Estados Unidos el 6 de marzo de 1981, OEA/Ser.L/VIII 54 Doc. 9 Rev.1.16 de octubre de 1981.

La Comisión también citó las intervenciones de varios países, inclusive los Estados Unidos y Brasil, en las cuales las delegaciones habían clarificado que interpretaban el texto del párrafo 1 del artículo 4 en el sentido de que “deja a la discreción de los Estados Parte el contenido de la legislación a la luz de su propio desarrollo social, experiencia y factores similares”.

normas de la hermenéutica de los tratados, que exigen un criterio *pro persona* y dinámico”¹¹⁹. Señala además, que la razón de la protección establecida en este artículo, “...tiene que ver con el respeto que el ordenamiento jurídico debe a la mujer que emprende la importante tarea, para ella y para la sociedad, de traer un hijo al mundo y, por lo tanto, el objeto directo de la protección es la madre embarazada. La protección al feto se realiza indirectamente a través de la protección de la madre...”¹²⁰

En el anterior sentido, en lo que respecta a la Sentencia de la Corte Suprema de Costa Rica antes mencionada, la lectura selectiva de la Corte parece incorrecta y por lo tanto no puede considerarse que los “óvulos fecundados” estén abarcados por el derecho a la vida defendido en el artículo 4 de la *Convención Americana*¹²¹.

Pareciera, por lo tanto, no tener sentido atentar contra el derecho a fundar una familia, a tener hijos, a la intimidad y privacidad familiar y a la no discriminación, prohibiendo los TRA; ello también vulnera el derecho al acceso a la salud y a los beneficios del conocimiento científico.

Finalmente, puede ser relevante señalar un último punto en relación a este caso, que involucra la dimensión de la decisión tomada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de

¹¹⁹ Medina, C. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile, Chile, 2003, p. 73.

¹²⁰ *Ibidem* p. 75.

¹²¹ O que se trate de “microabortos” tal como aduce la Sentencia. María José Lubertino en relación a un fallo argentino señala lo siguiente: “No es nueva en nuestro país y parece ser un denominador común con el resto de países latinoamericanos la falta de incorporación de la perspectiva de género en la jurisprudencia y la existencia de fallos con connotaciones sexistas o misóginos o la adopción de parámetros o prejuicios de la moral católica como filtros de interpretación”. Lubertino, M.J. “Un fallo abortivo: la suprema corte de justicia de la nación contra la anticoncepción de emergencia”, disponible en: http://www.ispm.org.ar/documentos/fallo_abortivo.html, p. 8, (fecha de acceso: Nov. de 2007).

Costa Rica y el peso moral en cuestión. El filósofo Thomas Pogge señala que el acceso inseguro a los objetos de los derechos humanos, es más serio cuando su fuente es oficial; y menciona: “A igualdad de otros factores, es más importante que nuestras leyes y los agentes y organismos del Estado no deban poner ellos mismos en peligro los objetos de los derechos humanos que el hecho de que deban proteger estos objetos de otros peligros sociales”¹²². En una nota a pie de página de su artículo, hace las siguientes distinciones:

(...) La siguiente ilustración utiliza seis escenarios diferentes, ordenados de acuerdo a su importancia moral intuitiva, en los que, debido a las instituciones sociales prevalecientes, ciertas personas inocentes son evitablemente privadas de algunos nutrientes vitales V (las vitaminas contenidas en, digamos, fruta fresca). Las deficiencias de primera clase son *oficialmente ordenadas*, paradigmáticamente por la ley (restricciones legales impiden que ciertas personas compren alimentos que contienen V). Las deficiencias de segunda clase surgen de conductas *legalmente autorizadas* de sujetos privados (los vendedores de alimentos que contienen V *legalmente* se niegan a venderlos a ciertas personas). Las deficiencias de tercera clase son *previsiblemente causadas* por las conductas no coordinadas de sujetos bajo reglas que no los mencionan específicamente (ciertas personas, que sufren pobreza extrema dentro de un orden económico mal concebido, no pueden costear la compra de alimentos que contienen V). Las deficiencias de cuarta clase surgen de la conducta privada que está *legalmente prohibida pero generalmente tolerada* (los vendedores de alimentos que contienen V se niegan *ilegalmente* a venderlos a ciertas personas, pero el cumplimiento de la ley es laxo y las penalidades leves). Las deficiencias de quinta clase surgen de *factores naturales cuyos efectos las reglas sociales dejan sin mitigar evitablemente* (ciertas personas son incapaces

¹²² Pogge T. “La importancia internacional de los derechos humanos”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 2 (1), UTDT.

de metabolizar V debido a un defecto genético tratable pero no están recibiendo el tratamiento que corregiría su discapacidad). Las deficiencias de sexta clase, finalmente, surgen de factores auto-causados cuyos efectos las reglas sociales dejan sin mitigar evitablemente (ciertas personas son incapaces de metabolizar V debido a una enfermedad tratable auto-causada –como consecuencia, quizá, del mantenimiento por largo tiempo del hábito de fumar, con total conocimiento de los peligros médicos asociados a ello– y no están recibiendo el tratamiento que corregiría la enfermedad). Detrás de la importancia moral que le atribuimos a estas distinciones yace la idea de que nuestras instituciones sociales y sus órganos legales y políticos no deberían meramente proveer justicia, sino también simbolizarla¹²³.

Así, si se reconsidera el caso de Costa Rica, se puede ver una semejanza con el primer escenario de Pogge; este marca el peso moral que tiene una restricción como la que formula el Estado de Costa Rica, que imposibilita de forma total el acceso a este tipo de procedimientos en todo el país.

Se ha tratado mediante esta publicación, de propiciar conocimientos que faciliten el debate, la argumentación y el análisis sobre la reproducción asistida. En el caso contra Costa Rica ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, habrá que esperar cómo resuelve este órgano del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

¹²³Pogge, *op. cit.*, Nota 18.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General
(2007 - 2009)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Margareth E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro

Lloyd G. Barnett

César Barros Leal

Allan Brewer-Carías

Marco Tulio Bruni-Celli

Antônio A. Cançado Trindade

Gisèle Côté-Harper

Mariano Fiallos Oyanguren

Héctor Fix-Zamudio

Robert K. Goldman

Claudio Grossman

María Elena Martínez

Juan E. Méndez

Sandra Morelli Rico

Elizabeth Odio Benito

Nina Pacari

Máximo Pacheco Gómez

Hernán Salgado Pesantes

Wendy Singh

Rodolfo Stavenhagen

Comisión Interamericana
de Derechos Humanos

Paolo G. Carozza
Luz Patricia Mejía
Felipe González
Florentín Meléndez
Víctor E. Abramovich
Clare Kamau Roberts
Paulo Sérgio Pinheiro

Corte Interamericana
de Derechos Humanos

Cecilia Medina-Quiroga
Diego García-Sayán
Manuel E. Ventura Robles
Sergio García-Ramírez
Leonardo Franco
Margarette May Macaulay
Rhady's Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.