

Dinámicas de los derechos humanos en la reforma de las leyes del aborto

Rebecca Cook y Bernard M. Dickens

Índice

[I. Introducción](#)

[II. Derecho penal](#)

- A. El aborto como delito
- B. La prueba del delito
- C. La violación de los derechos humanos en el embarazo forzado

[III. Salud y bienestar](#)

- A. El marco integral de la salud reproductiva
- B. El derecho a la atención de la salud reproductiva
- C. Servicios de aborto accesibles y seguros
- D. Aborto inseguro y mortalidad materna
- E. La esfera de la salud pública

[IV. Derechos humanos, dignidad humana y justicia social](#)

[A. Vida, libertad y dignidad](#)

- 1. Vida y sobrevivencia
 - a. Protección jurídica de la vida desde la concepción o desde el nacimiento
 - b. Obligaciones positivas de protección a la vida
- 2. Libertad y seguridad
- 3. Dignidad humana y libertad en lugar de trato inhumano y degradante

[B. La no discriminación y el debido respeto a la diferencia](#)

- 1. No discriminación sexual
 - a. Recomendación general No. 24 del CEDAW: la mujer y la salud
 - b. Jurisprudencia nacional
- 2. No discriminación racial o étnica
- 3. No discriminación por motivo de edad
- 4. No discriminación por motivo de estado de salud/discapacidad

[C. Ciudadanía](#)

- 1. La mujer como ciudadana en condiciones de igualdad
- 2. El discurso de las mujeres
- 3. La decisión de las mujeres y el requisito de autorización de terceros
- 4. Conciencia y deber profesional

[V. Un camino abierto: la evaluación de las exigencias de los derechos humanos](#)

- A. Atención clínica
- B. Sistemas de salud
- C. Condiciones sociales, económicas y jurídicas

Resumen

A la luz de los datos sobre mortalidad y morbilidad materna –en particular-, podemos decir que el tratamiento jurídico del aborto está evolucionando desde la penalización hacia el reconocimiento como opción para garantizar la vida y la salud. Este impulso liberalizador se debe a la adopción a nivel internacional del concepto de salud reproductiva y al amplio reconocimiento del acceso a una asistencia de salud digna y segura como un derecho humano fundamental. El respeto por la autodeterminación reproductiva de las mujeres, legitima el aborto como una opción, cuando los servicios de planificación familiar han fallado, resultan inaccesibles o bien son denegados en casos de violación sexual. El reconocimiento del derecho de ciudadanía de las mujeres en términos de igualdad con los hombres exige, que las decisiones adoptadas en el ejercicio de su autodeterminación reproductiva, sean legalmente respetadas en lugar de penalizadas.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es abordar la dinámica de los derechos humanos en la reforma de la legislación sobre aborto. Los motivos de esta reforma varían de un país a otro, dependiendo con frecuencia de determinados factores, propios del contexto de cada país. En algunos, los cambios legislativos respecto al aborto obedecen al reconocimiento de la autonomía y autodeterminación de las mujeres, mientras que en otros responden a un evidente mal funcionamiento del sistema de salud pública, a consecuencia de una normativa o de unos servicios de salud restrictivos. En otros, la reforma se ha abordado en términos de justicia e igualdad social, o a nivel político en términos de democracia y derechos de los ciudadanos. El creciente rechazo a la colonización o a las dictaduras, sean estas militares, políticas o religiosas, conduce a su vez al rechazo, cada vez más generalizado, de la colonización o dictadura sobre los cuerpos y las decisiones reproductivas de las mujeres. El reconocimiento –reivindicado por las mujeres- de los derechos reproductivos como parte integrante de la ciudadanía, va en aumento.

Esta dinámica de cambio ha sido respaldada y, a menudo, motivada por gran variedad de investigaciones pragmáticas en las ciencias sociales y la salud pública, y por una creciente influencia de la teoría o de los planteamientos feministas sobre el derecho, la organización social y la política. La estadística y demás información relacionada, aunada al análisis feminista sobre la esencia y origen genéricos de las leyes y de las prácticas restrictivas de aborto, revelan el efecto devastador que tiene para la vida de las mujeres el embarazo no planificado e inseguro y la negación del acceso a los servicios de aborto legal. En muchos países del mundo, la alternativa al aborto inseguro para las mujeres no es un embarazo y un parto seguro, sino previsible complicaciones durante el embarazo que resultan en la muerte o discapacidad materna, eliminando o limitando su capacidad para cuidar de los hijos pequeños aún dependientes, por

un lado, y por otro, condicionando su propia capacidad para vivir como ciudadanas en el sentido más amplio de la palabra.

La evolución histórica de legislaciones restrictivas sobre el aborto en los países occidentales y su proyección y perpetuación en otras regiones a través de los modelos heredados de la colonización europea, ha generado un efecto desigual en los países económicamente desarrollados respecto de aquellos en vías de desarrollo. La

Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que, a nivel mundial, se producen aproximadamente 20 millones de abortos inseguros cada año, provocando 78,000 muertes. De éstas, 77,500 tienen lugar en países en vías de desarrollo.¹ Si desde 1950 el mundo desarrollado ha experimentado la liberalización definitiva de su legislación sobre aborto, ése no ha sido el caso en el mundo en vías de desarrollo.² El aborto inseguro es común en países con leyes restrictivas sobre aborto, como en América Latina.³ Cada año, aproximadamente cuatro millones de mujeres latinoamericanas recurren al aborto inseguro, predominantemente ilegal.⁴ En determinados países, estudios en hospitales han demostrado las repercusiones del aborto inseguro en la salud. Estos estudios muestran que cuando los recursos son escasos, la demanda de servicios de urgencia por complicaciones derivadas de aborto compromete la prestación de servicios de salud relacionados con el cuidado básico de la maternidad.⁵

La Iniciativa por la Maternidad Segura entre Agencias Internacionales [International Inter-agency Safe Motherhood Initiative],⁶ que comenzó a finales de los años ochenta y se fortaleció a finales de los noventa,⁷ ha despertado la sensibilidad internacional sobre el grave problema que en muchos países suponen las muertes evitables relacionadas con el embarazo, así como la injusticia universal que representan. Estas muertes son científicamente catalogadas como "mortalidad materna". En relación con esta Iniciativa, surgió el concepto de salud reproductiva como una aplicación específica del concepto de salud. La Constitución de la OMS describe la salud como "un estado de... bienestar físico, mental y social". El concepto de salud reproductiva recibió el respaldo y la legitimación internacional mediante las conferencias de la ONU, en particular la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994, celebrada en El Cairo,⁸ y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, efectuada en Beijing en 1995.⁹ El concepto de salud reproductiva se ha visto reforzado durante las revisiones de dichas conferencias en sus primeros cinco años de vigencia, en 1999¹⁰ y 2000,¹¹ respectivamente.

¹ World Health Organization (WHO), *Unsafe Abortion: Global and Regional Estimates of Incidence of and Mortality Due to Unsafe Abortion with a Listing of Available Country Data (1998)* at 8.

² The Allan Guttmacher Institute, *Sharing Responsibility: Women Society & Abortion Worldwide (1999)* at 23.

³ John M. Paxman et al., *The clandestine epidemic: the practice of unsafe abortion in Latin America*, 24 *Studies in Family Planning* 205 (1994).

⁴ The Alan Guttmacher Institute, *Clandestine Abortion: A Latin American Reality (1994)* at 53.

⁵ See, for example, Susan Checa & Martha I. Rosenberg, *Aborto Hospitalizado: Un Problema de Salud Pública, Una Cuestión de Derechos Reproductiva (Hospitalized Abortion: A Public Health Problem, A Question of Reproductive Rights) (1996)*.

⁶ These agencies are of the World Health Organization, UNICEF, UNFPA, Population Council, International Planned Parenthood Federation and Family Care International.

⁷ Anne Starrs, *The Safe Motherhood Action Agenda: Priorities for the Next Decade: Report on the Safe Motherhood Technical Consultation (Colombo, Sri Lanka: 1998)*. 18-23,

⁸ Report of the International Conference on Population and Development, U.N. Doc. A/Conf.171/13 at para. 7.2 (1994) [hereinafter the Cairo Programme].

⁹ Fourth World Conference on Women, U.N. Doc. A/Conf. 177/20 at para. 94 (1995) [hereinafter the Beijing Platform].

¹⁰ Report of the Ad Hoc Committee of the Whole of the Twenty-first Special Session of the General Assembly-Overall Review and Appraisal of the Implementation of the Programme of Action of the International Conference on Population and Development, U.N. Doc. A/S-21/5/Add.1 (1999) [hereinafter Cairo+5].

Tanto las Conferencias originales como sus Revisiones reconocieron la tragedia personal del embarazo no planeado, el incremento de los riesgos debido a los obstáculos para que las mujeres accedan a servicios de salud reproductiva seguros, así como el hecho de que éstas recurren al aborto en condiciones de riesgo debido a las restricciones en procedimientos que pueden efectuarse en condiciones legales y seguras.

Mediante la Conferencia de Beijing de 1995 y su Plataforma resultante, 187 estados miembros de la ONU trascendieron el simple reconocimiento de los riesgos individuales del aborto inseguro y adoptaron el compromiso de "afrontar las consecuencias del aborto inseguro como un grave problema de salud pública".¹² El presente artículo relata la historia de la regulación jurídica del aborto a través de las legislaciones penales, y cómo estas leyes han mostrado su ineficacia en la protección de la salud reproductiva de las mujeres, tanto en lo concerniente a los servicios de atención médica como a los servicios de salud pública. Aborda el significado del concepto de salud reproductiva y cómo éste se integra en el marco más amplio de los derechos humanos relacionados con la promoción de la salud y de otros intereses que también incluyen al movimiento por los derechos humanos. La reflexión obligada respecto a la reforma de la legislación sobre aborto es que penalizar una práctica a la que 20 millones de mujeres recurren cada año, a pesar de los riesgos, vulnera sus derechos a la salud reproductiva, en particular, y sus derechos humanos, en general. Impacto que se deduce no sólo por la acumulación de 20 millones de casos, sino por el riesgo que cada mujer enfrenta en lo personal.

Las leyes sobre aborto han evolucionado a través de la interpretación de los derechos humanos efectuada por las cortes y los tribunales de derechos humanos alrededor del mundo, quienes han tanto reconocido como negado el derecho de las mujeres a acceder a servicios de aborto y a información. En este sentido, las cortes y los tribunales de derechos humanos reflejan diferentes puntos de vista respecto a la forma legítima de usar la ley. Un punto de vista afirma que la ley es un instrumento adecuado para reconocer y hacer cumplir, mediante sanciones penales, la prohibición moral del aborto. Otro punto de vista sostiene que las consecuencias derivadas de la persecución penal del aborto son claramente perjudiciales para las mujeres, ya que esta persecución obliga a la continuación de embarazos a costa de la salud y la vida de las mujeres, o conduce a intervenciones inexpertas en la gestación que implican el mismo costo. Bajo esta perspectiva, las sanciones penales son descartadas en virtud de que sus efectos son contraproducentes.

Un tercer punto de vista considera como un asunto de derechos humanos y de justicia social el que las mujeres tengan acceso a servicios de aborto seguros, reconociéndolas, así, como plenamente capaces de tomar decisiones respecto a su propia vida.¹³ Los derechos reproductivos exigen que la decisión de aproximadamente 20 millones de mujeres que, cada año, sienten la necesidad de recurrir a un aborto, aun en condiciones de riesgo, sea atendida y respetada.

¹¹ Report of the Ad Hoc Committee of the Whole of the Twenty-third Special Session of the General Assembly-Further Actions and Initiatives to Implement the Beijing Declaration and the Platform for Action, U.N. Doc. A/S-23/10/Rev.1 (2000) [hereinafter Beijing+5].

¹² Beijing Platform supra note 9 at 8.25.

¹³ Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens, & Laura E. Bliss, International Developments in Abortion Law from 1988 to 1998, 89 American Journal of Public Health 579 (1999).

En el contexto de los derechos humanos existen vías adicionales para conceptualizar el problema del aborto, incluso más allá del marco de la salud reproductiva.¹⁴ Por ejemplo, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [Committee on the Elimination of Discrimination Against Women] (CEDAW, por sus siglas en inglés), caracteriza como discriminación contra las mujeres la negativa a prestar servicios de salud que sólo ellas necesitan, como el aborto.¹⁵ La evolución actual del Derecho de los derechos humanos se funda en la premisa de que los Estados no están legitimados para intervenir arbitrariamente en la vida de sus ciudadanos, sino que deben respetar los derechos individuales y sujetarse a los principios fundamentales de la dignidad humana. En consecuencia, la presente evaluación de las implicaciones de las leyes y políticas sobre aborto en el marco de los derechos humanos se centrará en los servicios de atención médica por aborto, la responsabilidad gubernamental de proveer o por no proveer servicios (incluyendo servicios de planificación familiar) y otros asuntos relacionados, como el derecho a recibir y difundir información sobre el aborto.

La actual evolución de la legislación sobre aborto asocia la vigencia de una legislación represiva sobre la materia con gobiernos anti democráticos y con instituciones religiosas autoritarias que menosprecian el lenguaje de los derechos igualitarios. Esos gobiernos e instituciones temen que si las decisiones reproductivas de las mujeres son garantizadas, se subviertan las políticas institucionales y gubernamentales pro-natalistas. Además, estos gobiernos e instituciones son indiferentes frente a los perjuicios que las medidas punitivas ocasionan en las vidas de las mujeres y sus familias.

Las propuestas jurídicas interesadas en disminuir el impacto en la salud del embarazo no planeado aceptan el aborto, aunque reconocen que los programas de educación sexual y planificación familiar bien diseñados pueden reducir su incidencia. Países como Sudáfrica - que han llegado a la democracia sobre la base de un electorado al que se ha concedido recientemente el derecho a voto, y en donde quienes detentan el poder político tienen obligación de rendir cuentas - están tomando medidas para situar su legislación sobre aborto dentro de un marco que implemente principios de respeto por los derechos humanos de las mujeres reconocidos internacionalmente.

Hay, por supuesto, algunas democracias modernas cuyas legislaciones sobre aborto son aún restrictivas y abordadas desde el ámbito penal. El movimiento hacia una reforma del marco jurídico no es universal, y enfrenta la resistencia de algunos sistemas democráticos, en particular cuando los dirigentes de las altas esferas gubernamentales o judiciales están subordinados a autoridades religiosas contrarias a la reforma democrática de leyes conservadoras. No obstante, la experiencia de las últimas tres décadas sigue mostrando una tendencia a la liberalización, a pesar de que en la última década dicha tendencia alcanzó su tasa más baja y en algunos países la tendencia ha provocado reacciones en

¹⁴ The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women established the Committee as the treaty monitoring body to monitor state compliance with the treaty. The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, adopted 18 Dec. 1979, G.A. res. 34/180, 34 U.N. GAOR 34th Sess., Supp. No. 44 at 193, U.N. Doc. A/34/46 (1980) (entered into force 3 Sept. 1981), reprinted in 19 I.L.M. 33 (1980) [hereinafter the Women's Convention].

¹⁵ Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW) Gen. Rec. 24: Women and Health, paras 11,14, UN GAOR, 1999, UN Doc. A/54/38/Rev 1, 3-7.

contra a través de legislación restrictiva, decisiones judiciales¹⁶ o políticas de financiamiento.

Un ejemplo de las reacciones contrarias a través de políticas de financiamiento es la política de ayuda exterior dirigida por los Estados Unidos a través de su Agencia para el Desarrollo Internacional. De acuerdo con esta política, las organizaciones no gubernamentales extranjeras que reciben ayuda norteamericana no pueden usar dicho financiamiento para proporcionar servicios de aborto, impulsar leyes permisivas sobre aborto en sus países, o incluso ofrecer a sus pacientes información médica completa y detallada acerca de la disponibilidad de servicios de aborto. Esta política, conocida como la Ley de la Mordaza Mundial [Global Gag Rule], instituida inicialmente por la administración Reagan¹⁷ y restaurada por el presidente George W. Bush en enero de 2001,¹⁸ viola en perjuicio de los beneficiarios el derecho a la libertad de expresión¹⁹ y a la asociación y participación en sus propias sociedades democráticas.

Tanto las legislaturas como los tribunales que respetan el punto de vista de las mujeres — incluidas las que integran dichos organismos — transforman continuamente las leyes y su interpretación para ajustarlas a los derechos humanos y a los intereses de las mujeres en materia de salud.²⁰ En la medida en que las mujeres se conviertan en ciudadanas en condiciones de igualdad con los hombres, es previsible que el aborto salga de los códigos penales para ser abordado en los códigos y leyes de salud, y finalmente, se ubique en leyes orientadas hacia la plena vigencia de los derechos humanos, la justicia social y la dignidad individual que supone el control sobre el propio cuerpo.

II. Derecho penal

A. El aborto como delito

Los antiguos sistemas de derecho consuetudinario, como el Derecho Común Inglés, dedujeron muchas infracciones del concepto religioso de pecado y consideraron la terminación intencional del embarazo como un delito. El derecho común suponía que el embarazo comenzaba sólo cuando aparecían los primeros indicios de "movimientos" [quickening] en el feto.²¹ Esta aparición de movimientos coincide, en general, con el término del primer trimestre del embarazo y el comienzo del segundo, alrededor de las semanas duodécima y décimo tercera de la gestación.²² En consecuencia, la ausencia

¹⁶ Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens, "A Decade of International Change in Abortion Law: 1967-1977", *American J. of Public Health*, Vol. 68: 637-644 (1978); Rebecca J. Cook, Bernard M. Dickens, "International Developments in Abortion Law: 1977-88", *American J. of Public Health*, 78: 1305-1311 (1988); Cook, Dickens & Bliss, *supra* note 13.

¹⁷ Standard Provisions for U.S. Grantees and U.S. Subgrantees, reprinted in U.S. Agency for International Development, 13 AID Handbook, 4C-45 to 4C50 (1985). This policy was announced by the Reagan Administration at the 1984 Conference on Population and Development in Mexico City, and thus became known as the Mexico City Policy.

¹⁸ See January 22, 2001 Presidential Memorandum and its implementing Memorandum, of March 28, 2001—Restoration of the Mexico City Policy, 66 Federal Register 61 at 17303 March 29, 2001 [hereinafter Global Gag Rule].

¹⁹ *Center for Reproductive Law and Policy v. Bush* No. CIV.A.01-6168, 2002 WL 31045183 (D.N.Y. Sept. 13, 2002). U.S. Court of Appeals for the Second Circuit did not find this argument convincing.

²⁰ European Parliament (Committee on Women's Rights and Equal Opportunities), Report on Sexual and Reproductive Health and Rights, 6 June 2002.

²¹ Bernard M. Dickens, *Abortion and the Law* (1966), 20-28.

²² In 1973 the United States Supreme Court, in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), looked to the law that existed at the time the United States Constitution was drafted at the end of the eighteenth century, and held that later legislation restricting abortion before the second trimester, that is before the historical time of quickening, violated women's constitutional rights, and that prohibition of second and third trimester abortion was subject to judicial scrutiny.

de un periodo menstrual, o de dos consecutivos, no era prueba jurídica de la existencia del embarazo, desconociendo la práctica médica para calcular el tiempo de la gestación desde el último periodo menstrual.

Según la tradición del derecho consuetudinario o del Derecho Común "Common Law", cualquier conducta o práctica está legalmente permitida a menos de que esté expresamente prohibida por disposición emitida por un tribunal o promulgada por el poder legislativo. Es decir, el aborto estaría permitido a menos de que estuviese expresamente prohibido.

Fue en 1803 - cuando la ley inglesa fue modificada para proteger a las mujeres de "procurarse un aborto espontáneo" buscando o autoadministrándose cualquier procedimiento o medicamento de efectos nocivos - que el aborto se transformó en delito - fuera este cometido antes o después de la evidencia de movimientos en el feto - siempre y cuando se efectuara "ilegalmente". Con arreglo a las reformas estatutarias de 1828 y 1837, el delito de aborto se incorporó a la Ley de Delitos contra las Personas [Offences Against the Person Act], de 1861, sección 58, que continúa siendo el fundamento para la prohibición del aborto en varias jurisdicciones de Derecho Común e incluso en otras partes. La sección 58 prevé que:

Cualquier mujer preñada que intente procurarse su propio aborto administrándose ilegalmente cualquier veneno u otras sustancias tóxicas, o que use ilegalmente cualquier instrumento u otro medio cualquiera con el mismo propósito, y quienquiera que con el propósito de procurar el aborto natural de una mujer, esté o no preñada, le administre ilegalmente o la haga tomar cualquier veneno u otra sustancia tóxica, o que use ilegalmente cualquier instrumento u otro medio cualquiera con el mismo propósito, serán culpables de delito grave.

Dos acontecimientos posteriores merecen particular atención para la comprensión cabal de esta ley. Primero, en 1869, la Iglesia Católica Romana redefinió, en su propia tradición, el pecado capital del aborto para que abarcara no simplemente los primeros movimientos del feto, como antes, sino la concepción. La legislación penal secular se fortaleció con el respaldo religioso y convirtió la defensa de las disposiciones penales en un asunto que concernía a las instituciones e intereses religiosos. El segundo incidente es el paradigmático caso *Bourne* de 1938,²³ en el cual fue establecido judicialmente que, de acuerdo con la sección 58 de la Ley de 1861, persistía una categoría de aborto legal. En el caso *Bourne*, el juez instruyó al jurado en el sentido de que una persona no actuaba "ilegalmente" al interrumpir un embarazo para preservar la vida o la salud física o mental de la mujer. El jurado absolvió al médico acusado por interrumpir el embarazo de una víctima de violación de 15 años de edad basado en su temor de que la víctima experimentara un "naufragio mental" como consecuencia del embarazo y del parto.

La tendencia de asimilar el sentido religioso del pecado a las disposiciones penales sobre aborto también se reflejó en los sistemas europeos de "Derecho Escrito" [Civil Law] que siguen la tradición del Código Napoleónico y en donde cada derecho debe estar contenido en el cuerpo de un código. Dichas disposiciones no abordaban cuestiones tales como acceso a servicios de salud ni definían derechos de la práctica médica. Los países colonizadores de Europa en los cuales la Iglesia Católica ejercía influencia —como Francia, España y Portugal— dejaron una herencia de leyes penalmente represivas en lo

²³ *R. v. Bourne*, 1 King's Bench 687 (Central Criminal Court, London, 1938).

concerniente al aborto en los países que dominaron, como en los de África y América Latina. Por ello, la historia presente de la legislación en materia de aborto enfatiza la naturaleza criminal de la práctica y el castigo que merecen tanto quienes lo solicitan como quienes lo ejecutan. Además, se invoca a las disposiciones penales para sustentar los valores espirituales inherentes a la vida del no nacido, antes que reconocer explícitamente los derechos que con el fin de proteger las vidas o la salud de las mujeres, contrarrestan estos valores.

B. La prueba del delito

Con frecuencia, la reproducción humana es vista con un sesgo de género, culpándose a la mujer por la infertilidad en su pareja y por el embarazo no planeado. La visión punitiva que impone la continuación del embarazo a una mujer que voluntariamente se ha puesto en riesgo con la relación sexual ha persistido. No obstante, esto constituye una crueldad o una total insensibilidad respecto de las diversas circunstancias en las que la capacidad de la mujer para resistir relaciones sexuales, incluso frente a su pareja, está tan comprometida como para que aquéllas sean producto de su decisión genuina. Tomando esto en cuenta, muchas leyes penales, aunque conservadoras reconocen que la violación, a la que se añade frecuentemente el incesto, es una excepción que justifica el aborto.

Sin embargo, aun en estos casos se impone el prejuicio de género en el sentido de que la mujer está pronta al engaño y a la seducción de los hombres, y en donde las acusaciones de violación son fácilmente inventadas, y son difíciles de probar y defender. Muchas denuncias no son legalmente admitidas debido a que los tribunales niegan que la relación sexual forzada por el esposo constituya legalmente una violación. En lugares donde la violación puede ser denunciada, se establece estrictos parámetros de evidencia para determinar si la relación sexual ocurrida fue realmente una violación y no una fornicación pecaminosa o adulterio. Históricamente, el tipo y calidad de la evidencia exigida para probar el delito de violación ha incluido la denuncia inmediata de la ofendida por el delito, mostrando signos de penetración sexual violenta y de resistencia enérgica, incluso de eyaculación. La justificación para esta revisión inmediata e invasiva practicada por el forense o médico legista —la cual muchas mujeres han descrito como una segunda violación²⁴— es que la causa de excepción o justificación para el aborto debe aplicarse de manera estricta y limitada. La proporción de mujeres que alega falsamente que su embarazo es producto de la violación es controvertida y depende en parte de la credibilidad que las sociedades atribuyen a las declaraciones de las mujeres. Los estudios han demostrado que, por ejemplo, muchas mujeres no denuncian la violación por vergüenza, para evitar una futura desventaja en los prospectos de matrimonio o por miedo a la violencia posterior. Además, un número importante de mujeres considera que la denuncia inmediata es inútil, como cuando la violación es perpetrada por hombres en posiciones de poder o autoridad, sean oficiales de policía, custodios de las cárceles o sacerdotes.²⁵ Sólo revelan el hecho de la violación más tarde al percatarse de la existencia del embarazo. En interés de la justicia, sin embargo, la debilidad de la evidencia legalmente admisible, no justifica el rechazo de una denuncia. Es decir, aún si una denuncia fuera deliberadamente engañosa, la denunciante no

²⁴ Kathleen Kelly et al., *Insult to Injury? The Medical Investigation of Rape in England and Wales*, 20 *Journal of Social Welfare and Family Law* 409 (1998).

²⁵ See Susan Estrich, *Real Rape* (Massachusetts: Harvard University Press, (1987) quoted in Lee Madigan & Nancy C. Gamble, *The Second Rape: Society's Continued Betrayal of the Victim* (1991) at 3.

merecería que la continuación del embarazo y la crianza le fueran impuestas como una

especie de pena corporal. El sistema penal cumpliría su propósito permitiendo inmediatamente el aborto basándose en la denuncia de la mujer y si aplicara, en su caso, las sanciones del caso por incurrir en falsedad deliberada. Estas sanciones comprenden el castigo correspondiente a delitos como falsedad en declaración o delito de falsos testimonios ante la autoridad o perjurio por hacer declaraciones falsas bajo juramento. El delito de levantar una falsa denuncia para conseguir un aborto es análogo al de obtener una ventaja mediante fraude o engaño.

C. La violación de los derechos humanos en el embarazo forzado

Los avances en la evolución de los derechos humanos ha influido positivamente el sistema penal. Una expresión de ello es el reconocimiento de la violencia doméstica y de que las mujeres pueden ser violadas por sus maridos en una relación sexual no consentida. Otro ejemplo es la relevancia concedida a la declaración de la víctima en la sentencia penal, cuando el trauma sufrido por una víctima de violación, incluido el embarazo y su interrupción, influye las determinaciones de la sentencia. Otra importante influencia de los derechos humanos la constituye la exigencia de rehabilitación de la víctima, mediante la cual los sistemas se comprometen a realizar los esfuerzos necesarios para que las víctimas de delitos y de violaciones de derechos humanos recuperen el estado del que hubieran gozado si la violación no las hubiera conducido a una situación distinta. Éste es el principio de acuerdo con el cual, algunas leyes restrictivas sobre aborto reconocen que la violación es una excepción. Como también es el principio por el cual se considera como una violación a los derechos humanos que las leyes no reconozcan la excepción de violación para el aborto y perpetúen la victimización de las mujeres al obligarlas a la continuación involuntaria del embarazo. La Plataforma de Beijing declara que:

Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a ejercer el control y decidir libre y responsablemente sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, libres de coerción, discriminación y violencia.²⁶

Es, por tanto, una trasgresión de los derechos humanos el que la mujer que ha sufrido una violación sea obligada a continuar un embarazo en contra de su voluntad mediante la coerción de la ley penal. La Plataforma condena también la "tortura [...] la esclavitud sexual, la violación, el abuso sexual y el embarazo forzado".²⁷ El embarazo forzado se describe como la iniciación forzada del embarazo así como su continuación forzada. De manera semejante, el Tratado de Roma, constitutivo de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, reconoce que el embarazo forzado es un crimen contra la humanidad.²⁸ Tal declaración fue producto de la evidencia presentada ante los tribunales respecto a las atrocidades cometidas en los conflictos en la ex-Yugoslavia y Ruanda, en donde las mujeres fueron sujetas a violaciones sistémicas como parte de la "limpieza racial" y posteriormente a las mujeres embarazadas, como consecuencia de tales violaciones, les fue negado el aborto por influencias religiosas. Países cuyas leyes penales no permiten el aborto por violación reconocieron su susceptibilidad a condenas por perpetración de embarazos forzados y se adhirieron al Tratado sólo en la medida en que fuera reconocido

²⁶ "Declaración de Beijing y Plataforma para la Acción", Published by Ministerio de Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer. Madrid, Spain, 1996. page 93, paragraph 96.

²⁷ "Declaración de Beijing..." page, 92 para. 135.

²⁸ Rome Statute on the International Criminal Court, U.N. Doc. A/Conf. 183/9 (1998), reprinted in 37 I.L.M. 999 (1998), Article 7(1)(g).

que su legislación no violaba este instrumento internacional. No obstante, los cuerpos de supervisión de los tratados de derechos humanos han señalado la inconsistencia entre los principios de los derechos humanos y las leyes penales de aborto que no contienen una excepción explícita que permita legalmente el aborto dada una denuncia de violación.

La creciente aceptación del concepto de embarazo forzado hace evidente que la coacción que, a través de la ley penal u otros medios, sufre la mujer que continúa un embarazo contra su voluntad, es una violación de derechos humanos.²⁹ Se trata de una transgresión análoga a la violación o al abuso sexual. En una decisión mayoritaria que reputara como inconstitucional e inoperante la restricción penal del aborto, el presidente de la Corte Suprema de Canadá en 1988 apuntaba que:

Forzar a una mujer, bajo amenaza de sanción penal, a llevar un embarazo a término, a menos de que ella cumpla ciertos criterios no relacionados con sus propias prioridades y aspiraciones, es una profunda intromisión en el cuerpo de la mujer y, por lo tanto, una violación del derecho a la seguridad de la persona.³⁰

Esta reconceptualización de las leyes penales sobre aborto como transgresoras de los derechos humanos cuando limitan la decisión de la mujer, muestra que la legislación y las políticas gubernamentales restrictivas pueden ser tan irrespetuosas de los deseos, intereses, salud e integridad corporal de las mujeres, como los mismos agresores. De manera similar, quienes apoyan esas leyes y políticas y quienes las aplican, imponen su voluntad sobre las mujeres gracias a su poder de influencia y lo hacen para conseguir sus propios fines sociales o espirituales, u otros propósitos.

III. SALUD Y BIENESTAR

A. El marco integral de la salud reproductiva

El tratamiento jurídico del aborto registra actualmente un cambio de perspectiva importantísimo para la vida y la salud de las mujeres. El viejo planteamiento de prohibición y castigo es sustituido por la perspectiva de protección y promoción de la vida y la salud de las mujeres y la prevención del aborto inseguro.

Es particularmente importante el marco integral de la salud reproductiva suscrito y legitimado en 1994 por 184 estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas mediante la adopción del Programa de El Cairo. El Programa reconoce la importancia de los derechos humanos en la protección y la promoción de la salud reproductiva.³¹ Elaborado a partir de la definición de salud de la Organización Mundial de la Salud, el Programa de El Cairo establece que la salud reproductiva es:

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 riesgo, la capacidad de reproducirse, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última

²⁹ Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy*, 102 Harv L. Rev. 737 (Feb. 1989).

³⁰ *R. v. Morgentaler* 44 D.L.R.(4th) 385 at 402 (1988).

³¹ Cairo Programme supra note 8 at para. 7.2 (1994).

condición lleva implícito el derecho de hombres y mujeres a obtener información y a tener acceso a los métodos de planificación familiar de su elección que sean

seguros, eficaces, asequibles y aceptables, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y el derecho a recibir servicios adecuados de atención a la salud que faciliten a las mujeres embarazos los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijas e hijos sanos.³²

En El Cairo, los gobiernos acordaron tomar medidas para:

[que resulte] más fácil para las parejas y las personas asumir la responsabilidad de su propia salud reproductiva eliminando las barreras jurídicas, médicas, clínicas y reglamentarias innecesarias sobre información y acceso a los servicios y métodos de planificación de la familia.³³

Algunos gobiernos emprendieron con cierto retraso la reforma jurídica de su legislación sobre aborto para satisfacer estos objetivos más amplios de salud reproductiva. Por ejemplo, Guyana aprobó en 1995 su Ley de Interrupción Médica del Embarazo [Medical Termination of Pregnancy Act], la cual se basa expresamente en la necesidad de servicios de salud seguros para las mujeres. El largo título de la ley la describe como:

Una ley para reformar la regulación relacionada con la interrupción médica del embarazo, para enaltecer la dignidad y la santidad de la vida mediante la reducción del número de abortos inducidos [y] para enaltecer los logros de una maternidad segura gracias a la eliminación de las muertes y complicaciones debidas al aborto inseguro.

De modo semejante, el Preámbulo de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo [Choice on Termination of Pregnancy Act] de Sudáfrica, de 1997, reconoce el derecho constitucional de las personas "a tomar decisiones concernientes a la reproducción y a la seguridad y control sobre sus cuerpos,"

(2) y que:

[...] la decisión de tener hijos es fundamental para la salud física, psicológica y social de las mujeres y que el acceso universal a los servicios de atención de la salud reproductiva incluyen la planificación familiar y la anticoncepción, la interrupción del embarazo, así como educación sexual y programas y servicios de consejería (4).

El Programa de El Cairo enfatiza que:

En ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación familiar. Se insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a incrementar su compromiso con la salud de la mujer... a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación familiar. Se debe asignar siempre máxima

³² Declaración de Beijing y Plataforma para la Acción", Published by Ministerio de Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer. Madrid, Spain, 1996. page 92, paragraph 94.

³³ Cairo Programme supra note 8, para 7.20.

prioridad a la prevención de los embarazos no deseados y hacer todo lo posible por eliminar la necesidad del aborto.³⁴

A pesar del acuerdo unánime respecto a otorgar “máxima prioridad” a la prevención del embarazo no deseado, aproximadamente una de cada seis mujeres en edad reproductiva en el mundo —cerca de 230 millones— carecen de los medios para alcanzar sus objetivos respecto al número de hijos deseados³⁵; el abismo entre el número de hijos que las mujeres desean y los que tienen realmente es aún considerable. Los nacimientos que son realmente deseados alcanzan porcentajes que van del 60 por ciento en Egipto y 50 por ciento en México, a 40 por ciento en Kenia.³⁶ De una estimación de 190 millones de embarazos que ocurren en el mundo cada año, 51 millones terminan en abortos, incluyendo 21 millones que tienen lugar en países donde el aborto está restringido legalmente.

Cuando las leyes admiten el aborto, pero por su carencia de recursos los países se ven obligados a depender del exterior para el mantenimiento de sus servicios, las políticas restrictivas de financiamiento también pueden ocasionar perjuicios evitables. Por ejemplo, el director ejecutivo del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) ha estimado que la decisión que tomó el gobierno de los Estados Unidos en julio de 2002, de retener fondos destinados al UNFPA, sería perjudicial si no se compensaba con otros recursos, ya que:

Los 34 millones de dólares americanos [retenidos] para la salud reproductiva y la planificación familiar deberían ser suficientes para evitar: 2 millones de embarazos no deseados, cerca de 800,000 abortos inducidos, 4,700 muertes maternas, cerca de 60,000 casos de graves morbilidad materna y más de 77,000 muertes de niños.³⁷

B. El derecho a la atención de la salud reproductiva

El principal motor de la atención a la salud reproductiva consiste tanto en la prevención del embarazo no deseado, como en la promoción del embarazo deseado y del parto seguro ya sea a través métodos de planificación familiar o de prevención de la infertilidad, según el caso. La finalidad de la interrupción segura y legal del embarazo sólo es complementaria de la prevención del embarazo no deseado cuando, por ejemplo, dicho embarazo resulta de la falla del método de preferencia de planificación familiar. Sin embargo, cuando las leyes nacionales regulan el aborto sólo a través de sus disposiciones penales, muchos prestadores de servicios de salud, incluyendo a obstetras/ginecólogos y otros practicantes calificados médicamente, suponen que todo aborto es axiomáticamente ilegal. Además, algunos proveedores de servicios de salud no calificados médicamente confunden la planificación familiar con los servicios de aborto. La confusión suele deberse a la influencia de grupos e instituciones conservadoras que se

³⁴ Cairo Programme supra note 8, para 8.25. The Cairo+5 Conference reiterated that “[g]overnments should take appropriate steps to help women avoid abortion, which in no case should be promoted as a method of family planning.” Cairo+5 supra note 10, para 63.

³⁵ Alan Guttmacher Institute, *Hopes and Realities: Closing the Gap between Women’s Aspirations and Their Reproductive Realities*, 1995 at 39.

³⁶ AGI, *id.* at 24.

³⁷ Michael McCarthy, USA Bars Funds Slated for UN Population Fund, *The Lancet* 360: 9329; 313 (July 27, 2002).

oponen a la anticoncepción, a la esterilización y al aborto. Esos grupos e instituciones confunden deliberadamente los servicios de planificación familiar y el aborto con el

propósito de aplicar a los métodos de planificación familiar el mismo estigma que atribuyen al aborto. Esta deliberada mezcla y estigmatización ha tenido éxito en los Estados Unidos donde a través de la "Política de la Ciudad de México", de 1985, adoptada por el presidente Ronald Reagan, restaurada en enero de 2001, y ahora conocida con el nombre de "Ley de la Mordaza Global", se prohíbe financiar servicios que "aconsejen que el aborto es una opción posible en caso de que otros métodos de planificación familiar no se hayan utilizado o no hayan sido efectivos."³⁸

En décadas recientes, muchos países liberalizaron su legislación sobre aborto³⁹ con el fin de que las mujeres y los prestadores de servicios de salud recurriesen a esos procedimientos de acuerdo con su juicio ético personal, y no en el contexto de un potencial delito. No obstante, donde no hay disposiciones jurídicas explícitas que permitan la práctica del aborto, muchas mujeres y prestadores de servicios de salud asumen que el procedimiento es ilegal. La falta de claridad en la legislación es una omisión grave porque provoca muertes evitables. El temor de los prestadores de servicios de salud les impide involucrarse; por lo tanto, las mujeres recurren a prácticas ilegales e inseguras incluso en casos en los que la práctica del aborto es legal y permite la participación de prestadores calificados y especializados. Ninguna ley sanciona el aborto ejecutado con la creencia sincera de que es necesario para salvar la vida de la mujer. Incluso, aun cuando la legislación considere todo aborto como "ilegal", los tribunales admiten la legalidad del aborto cuando se trata de preservar la salud mental o física de las mujeres frente a amenazas serias.⁴⁰ Una importante contribución que los abogados pueden hacer al campo de la salud reproductiva es aclarar en qué circunstancias el aborto está permitido por la legislación vigente en cada jurisdicción e informar a los gobiernos, a los prestadores de servicios de salud y al público en general acerca de los servicios que pueden proporcionarse con arreglo a la ley.

Aun cuando las mujeres recurran al aborto ilegalmente, su derecho a la atención de la salud las autoriza a recibir tratamiento postaborto apropiado. La conferencia Cairo+5 de 1999, no distingue entre el aborto legal e ilegal cuando determina que "los gobiernos deberían... proporcionar en todos los casos el tratamiento y la consejería de las mujeres que han recurrido al aborto".⁴¹

C. Servicios de aborto accesibles y seguros

De acuerdo con el artículo 12 (1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights]⁴² (PIDESC), los estados miembros reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" Al revisar el PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desarrolló el Comentario General 14 sobre el

³⁸ Standard Provisions, *supra* note 17, at 4C-46 (d) (1) A II (emphasis added).

³⁹ Cook, Dickens and Bliss *supra* note 13; Cook and Dickens *supra* note 16.

⁴⁰ R. v. Bourne, 1 King's Bench 687 (Central Criminal Court, London, 1938).

⁴¹ Cairo+5, *supra* note 10, at para 63 (ii).

⁴² El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *adopted* 16 Dec. 1966, G.A. Res. 2200 (XXI), 21 U.N. GAOR 21st Sess. Supp. No. 16, at 49, U.N. Doc A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3 (*entered into force* 3 Jan. 1976) [hereinafter the PIDESC]. Spanish version taken from: "Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por México", Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999 p. 263.

Derecho a la Salud, el cual explica que dicho derecho requiere los siguientes aspectos interrelacionados de los servicios de salud:

- disponibilidad (los servicios de salud han de estar disponibles en cantidad suficiente);
- accesibilidad (los servicios, incluyendo la información, han de ser material y económicamente accesibles a cualquier persona, sin discriminación);
- aceptabilidad (los servicios han de ser culturalmente apropiados, es decir, respetuosos de la cultura de los individuos, minorías y comunidades, y sensibles a las necesidades de género y del ciclo vital), y
- calidad adecuada (los servicios han de ser científicamente apropiados y de suficiente calidad).⁴³

La legislación y las políticas públicas que restringen irracionalmente los servicios de aborto seguro no cumplen con estos requerimientos de ejecución. Por ejemplo, una ley o política que requiere personal de salud altamente calificado para prestar servicios de aborto, restringe innecesariamente la disponibilidad de servicios de aborto seguros. Dichas exigencias deben proponerse de buena fe y sólo con el propósito de asegurar la calidad de los servicios de salud. Sin embargo, arriesgar la prestación de servicios indicados médicamente y, con ello, la atención de la salud exigiendo niveles de calificación innecesarios, constituye una política de salud equivocada y, eventualmente, una violación a los derechos humanos.

Reconociendo el derecho a la atención de la salud los gobiernos acordaron mediante el Programa de El Cairo que:

En los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas. En todos los casos, las mujeres deberían tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones derivadas de abortos. Se deberían ofrecer con prontitud servicios de planificación de la familia, educación y asesoramiento postaborto que ayuden también a evitar la repetición de los abortos.⁴⁴

El Programa de El Cairo promueve la salud reproductiva al suscribir sólo "métodos... para la regulación de la fertilidad que no sean contrarios a la ley", puesto que una conferencia de la ONU no suscribiría un acto delictuoso de acuerdo con la legislación vigente en cierto país, incluyendo el delito de aborto. Sin embargo, los abortos que son legales y necesarios para preservar la vida o la salud física o mental de las mujeres deben estar disponibles. El Programa de El Cairo determina que "en los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los sistemas de salud deben capacitar y equipar al personal de salud... para asegurar que el aborto se realice en condiciones adecuadas y sea accesible. Se deben tomar medidas adicionales para salvaguardar la salud de las mujeres".⁴⁵

Por lo tanto, los gobiernos deben proporcionar capacitación y equipamiento a los prestadores de servicios de salud para que estén en aptitud de brindar servicios seguros.

⁴³ General Comment on Article 12, General Comment No. 14 UNCEDSCR Comm. Econ., Soc. & Cultural Rts., 22d Sess. at para 12, UN Doc. E/C.12/2000/4 (11 August 2000).

⁴⁴ Cairo Programme supra note 8, at para 8.25.

⁴⁵ Cairo+5, supra note 10, para 63 (iii).

La Organización Mundial de la Salud está trabajando para brindar orientación técnica y política a los gobiernos con el fin de asegurar servicios de aborto accesibles y seguros.⁴⁶

El marco jurídico y las políticas que limitan la capacitación, conocimiento y técnicas necesarios para realizar abortos seguros a quienes no son profesionales médicos con el fin de preservar la amenaza de los riesgos del aborto ilegal como una maniobra disuasiva, trasgreden las disposiciones jurídicas y humanitarias contra el trato cruel e inhumano. Además, la vigencia de los derechos humanos se compromete cuando se obstruyen los servicios postaborto que podrían evitar la repetición de la práctica. Dicha repetición puede deberse a la falta de disponibilidad o acceso a servicios de aborto legales, de tal manera que las mujeres recurren a abortos clandestinos ejecutados por personal no calificado, en donde se les practica el aborto sin proporcionarles información para la prevención.

D. Aborto inseguro y mortalidad materna

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define el aborto inseguro como "un procedimiento para la interrupción del embarazo no deseado practicado tanto por personas que carecen de las habilidades necesarias o en un ambiente que carece de estándares médicos mínimos, o ambos".⁴⁷

Un "embarazo no deseado" puede serlo desde el primer momento, como cuando se debe a una falla en el método de planificación familiar o a una violación; o puede convertirse en no deseado cuando la mujer descubre que representa un riesgo inaceptable para su vida o su salud. Quienes se oponen a la libre decisión en cuestiones de aborto, afirman que un embarazo es siempre deseado, porque aunque la mujer no lo desee, su familia, la sociedad o los gobiernos sí lo desean. La mera afirmación de que las mujeres deben sentirse obligadas a satisfacer los deseos de otros, aun contra su voluntad, implica una denegación de su dignidad humana y un uso abusivo de sus capacidades reproductivas.

La mortalidad materna, quizá mejor comprendida en un lenguaje no médico como "embarazo asociado a la muerte", comprende tanto las muertes a consecuencia de los abortos inseguros como la muerte de las mujeres durante el parto. La OMS define la muerte materna como:

La muerte de una mujer durante el embarazo o durante los 42 días siguientes a la terminación de este, independientemente de la duración y el sitio del embarazo, debida a cualquier causa relacionada con o agravada por el embarazo o su atención, pero no por causas accidentales o incidentales.⁴⁸

En consecuencia, "la muerte de una mujer durante el embarazo... independientemente de la duración... del embarazo", causada por un aborto mal practicado, está clasificada como muerte materna, tanto como la muerte debida a complicaciones relacionadas con el aborto y ocurrida dentro de los 42 días siguientes.

Las estimaciones de muerte materna varían dependiendo de la sofisticación del método de cálculo, el periodo en que se mide y las prácticas de clasificación. Las estimaciones son complicadas en países que carecen de registros oficiales respecto al número o causa

⁴⁶ World Health Organization, *Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems*, forthcoming 2002.

⁴⁷ *Id.* at 3

⁴⁸ World Health Organization, *The Tenth Revision of the International Classification of Diseases (ICD-10)*. Geneva: WHO, 1992.

de las muertes. Sin embargo, una estimación autorizada de 1995 determinó que el número anual de muertes maternas en el mundo es de 515,000, una tasa promedio de 1,400

muerres cada día.⁴⁹ En 1994, la OMS calculaba que cerca de 13 por ciento de las 515,000 muertes relacionadas con el embarazo, casi 67,000, se debían a abortos inseguros.⁵⁰ En un informe de la OMS de 1997, las cifras relacionadas con el aborto inseguro arrojaban un total de casi 78,000 muertes.⁵¹ El porcentaje de muertes maternas ocasionadas por abortos inseguros varía de acuerdo con las circunstancias de cada país. Antes que las muertes como consecuencia de abortos inseguros están, sin embargo, las incalculables consecuencias para la salud, así como las discapacidades resultantes, como la infertilidad secundaria a un aborto mal practicado.

Un embarazo de alto riesgo puede atribuirse a la existencia de un factor de riesgo derivado de la propia condición física de la mujer o de una enfermedad. Un factor de riesgo podría ser, por ejemplo, la falta de desarrollo pélvico en una adolescente debido a la malnutrición. Las investigaciones médicas muestran que un embarazo empeora, y a su vez se complica, por enfermedades como malaria, hepatitis, infecciones sexualmente transmitidas como el VIH/SIDA, la anemia (incluyendo la anemia drepanocítica), ictericia, tuberculosis y las enfermedades cardíacas. La anemia drepanocítica por ejemplo, ocasiona que los embarazos y partos sean riesgosos, dolorosos y difíciles. Si una mujer embarazada muere por dichas enfermedades o condiciones, su muerte es clasificada como muerte materna indirecta. El riesgo de muerte durante el embarazo, intensificado por estas causas médicas, puede disminuir considerablemente con la posibilidad de recurrir a un aborto seguro, aun cuando el aborto no reduzca los riesgos más generales asociados con esas enfermedades. Si un aborto realizado en condiciones adecuadas no fuera suficiente para salvar la vida de la mujer sujeta a un factor de riesgo, la muerte no sería producto de un "aborto inseguro".

Los estudios realizados en países en vías de desarrollo indican que 20 por ciento o más del total de muertes maternas se debe a causas indirectas.⁵² El porcentaje varía de país a país dependiendo de la incidencia o severidad de las enfermedades consideradas como causas indirectas. Además, estas enfermedades o condiciones están más extendidas en algunos subgrupos de mujeres que en otros. Por ejemplo, la anemia drepanocítica es común entre las mujeres de raza negra.⁵³ Como resultado, las tasas en las que el aborto terapéutico está justificado médicamente variarán en proporción con la incidencia de dichas enfermedades y factores de riesgo.

E. La esfera de la salud pública

Cada muerte materna o incapacidad secundaria producidas por la práctica de un aborto inseguro es lamentable y constituye un fracaso, ya sea en la prevención del embarazo no deseado, en el acceso a servicios de salud o en la protección de los derechos humanos. La Plataforma de Beijing subrayó, sin embargo, el impacto específico del aborto inseguro para instar a los gobiernos "a enfrentar el aborto inseguro y su

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ World Health Organization, United Nations Children's Fund and United Nations Population Fund, *Maternal Mortality in 1995. Estimates Developed by WHO, UNICEF and UNFPA*, WHO/RHR/01.9 (Geneva: WHO, 2001).

⁵¹ WHO *Unsafe Abortion Report supra* note 1 at 8.

⁵² *Id.* at 119.

⁵³ Mahmoud F. Fathalla. *From Obstetrics and Gynecology to Women's Health*, 93 (1997).

impacto en la salud como un grave problema de salud pública".⁵⁴ Esta aproximación al problema desde la salud pública abre un camino intermedio entre los servicios de atención médica basados primordialmente en la fisiología reproductiva humana, las

sofisticadas especulaciones filosóficas, centradas en dilemas antiguos como el estado moral y espiritual del embrión humano, y las cuestiones planteadas por la academia y el análisis feminista. El nuevo enfoque abre una vía hacia la política social basada en evidencia y sustentada en las ciencias de la salud pública, paralela al crecimiento de la medicina clínica basada en evidencia. Entre estas ciencias se encuentra la epidemiología que, orientada al estudio de las epidemias, no se limita a las enfermedades sino que abarca fenómenos como el embarazo no planeado y su relación con el aborto, estudios sociológicos sobre efectos, actitudes, comportamientos y motivaciones comunitarios.

Por ejemplo, los estudios de salud pública podrían señalar los efectos que provoca en un hospital comunitario el ajustarse a las necesidades de una mujer que sufre complicaciones derivadas de un aborto realizado en condiciones de riesgo. Además, podrían mostrar el efecto negativo que se produce en el acceso de otras mujeres a servicios de atención prenatal rutinaria, el manejo clínico de madres e hijos o hijas durante y después de partos complicados, así como el acceso de otros pacientes a los servicios generales de emergencia en los hospitales públicos. Los análisis de salud pública también son útiles para determinar si es que una legislación restrictiva evita el aborto o favorece el que las mujeres recurran a prestadores no calificados o maniobras auto-inducidas; o si es que la legislación permisiva induce a las parejas al descuido respecto al uso de métodos de planificación familiar, o si reduce las tasas de mortalidad y morbilidad materna en las comunidades.

En el ámbito internacional, algunos estudios de ciencias sociales y de salud pública revelan cómo el marco jurídico respecto al aborto afecta su incidencia y el acceso a servicios seguros. Datos provenientes de Rumania son especialmente relevantes para demostrar esta interacción. La legislación que entró en vigor en 1990 derogó leyes extremadamente represivas introducidas en 1996 por la administración anterior. Durante un cuarto de siglo de políticas pronatalistas, la tasa de muerte por aborto por cada 100,000 nacidos vivos se incrementó de 20, en 1965, a entre 120 y 150 cada año, entre 1982 y 1989. El porcentaje de muertes por aborto respecto del total de muertes maternas, subió del 20 por ciento a casi 90 por ciento en el mismo periodo. La tasa de mortalidad materna, que en 1966 era comparable a la de la mayoría de los países de Europa occidental, fue al menos diez veces más alta que en cualquier otro país europeo en 1989. En contraste, la tasa de mortalidad materna cayó a casi el 50 por ciento el año posterior a la legalización del aborto.⁵⁵ Las estadísticas muestran cómo una legislación restrictiva sobre aborto priva a incontables mujeres de su derecho a la vida.

En 1988, La Corte Suprema de Canadá revisó una investigación en ciencias sociales, llevada a cabo a petición del gobierno, sobre el funcionamiento de la legislación vigente sobre aborto.⁵⁶ La norma había sido promulgada en 1969 con la finalidad de satisfacer las necesidades de las mujeres en cuanto al acceso a servicios seguros de aborto por razones terapéuticas. De acuerdo con dicha disposición, incorporada al Código Penal

⁵⁴ Beijing Platform supra note 9, para 106 (j).

⁵⁵ Charlotte Hord et al., *Reproductive Health in Romania: Reversing the Ceausescu Legacy*, 22 *Studies in Family Planning* 231 (1991).

⁵⁶ Canada, *Report of the Committee on the Operation of the Abortion Law* (chaired by Robin F. Badgley) (1997) [hereinafter the Badgley Report].

Canadiense, se autorizaba la práctica del aborto en determinados hospitales, siempre y cuando sus Comités de Aborto, compuestos por, al menos, tres médicos, aprobaran el procedimiento. Revisando la disponibilidad real de los servicios entre 1969 y 1977, la Corte se percató de que la instalación de tales comités no era legalmente obligatoria para

ningún hospital autorizado o para ninguna institución de salud. Así, una provincia carecía de hospitales con comités, y el 40 por ciento de las mujeres canadienses vivían fuera del área donde la instalación de comités en hospitales estuviera autorizada. Además, la Corte revisó evidencia que mostraba cómo un número importante de hospitales que tenían instalados comités se rehusaban a tratar a las mujeres que residían fuera de su zona de captación, y cómo otros mantenían cuotas prohibitivas para las mujeres que sí vivían dentro de ella. Entre estos últimos, se encontraban los grandes hospitales de enseñanza afiliados a las universidades de los lugares con mayor población, que se sentían obligados a ofrecer a sus estudiantes una más amplia práctica ginecológica. Algunos hospitales con comités incluían a miembros no médicos opuestos al aborto, como los capellanes de los hospitales, y aprobaban pocas intervenciones, si acaso lo hacían.

En general, la Corte encontró que los servicios de aborto por razones de salud estaban restringidos de manera desigual y a menudo se postergaban hasta el segundo trimestre de la gestación, aumentando injustificadamente el peligro. En consecuencia, se obstruía el derecho de las mujeres a servicios de salud oportunos y, por lo tanto, a la seguridad de la persona garantizada por la Constitución. Finalmente, la Corte derogó la disposición del Código Penal por considerarla inconstitucional, al resultar falaz la afirmación de que protegía la salud de la mujer.⁵⁷ Tal disposición no fue repuesta por respeto al derecho de las mujeres a la atención en salud y por el temor a que nuevos estudios de salud pública evidenciaran el mal funcionamiento y la injusticia que se genera al enfocar la atención de salud a través de excepciones establecidas en la legislación penal.

IV. DERECHOS HUMANOS, DIGNIDAD HUMANA Y JUSTICIA SOCIAL

La perspectiva actual en relación a la evaluación de la legislación sobre el aborto ha sido impulsada por consideraciones de derechos humanos, incluido el concepto de salud reproductiva puesto que el derecho al máximo nivel de salud posible —del cual la salud reproductiva es parte esencial—, es central para la protección y promoción de los derechos humanos. En la práctica, los derechos humanos están interrelacionados y son interdependientes: la violación de uno implica frecuentemente la violación de otro. Los pactos y convenciones que consagran estos derechos están interrelacionados. No sólo los derechos individuales, sino también las constituciones y los pactos internacionales que los expresan, deberían ser permeables. Los tribunales de derechos humanos que conocen de las quejas por discriminación basadas en un tratado o convención de derechos humanos deberían indagar si hubo discriminación con respecto a los derechos protegidos en otras convenciones o tratados.⁵⁸

En cuanto a la autodeterminación reproductiva y la salud reproductiva, derechos como la vida, la libertad y la dignidad; la no discriminación y el debido respeto a la diferencia, así como la ciudadanía, son particularmente relevantes. Estos derechos han sido extendidos para incluir y abarcar progresivamente las condiciones particulares de las mujeres quienes, por obvias razones fisiológicas, cargan con el peso abrumador del

⁵⁷ *R v. Morgentaler* 44 D.L.R. (4th) 385, at 402 (1988).

⁵⁸ *Broeks v. The Netherlands*, Communications No. 172/1984, U.N. GAOR, 42nd Sess., Supp. No. 40 at 139, U.N. Doc. A/42/40 (1987).

embarazo no planeado y quienes, para proteger su vida y su salud, confrontan la legislación y las políticas restrictivas sobre aborto en diferentes partes del mundo. El desarrollo del contenido y significado de estos derechos en el contexto del aborto puede

variar debido a los distintos enfoques culturales y políticos relacionados con el sexo y el género.⁵⁹

A. Vida, libertad y dignidad

1. Vida y sobrevivencia

El derecho a la vida ha sido invocado para fundamentar demandas opuestas, ya sea en representación del embrión o feto, o en defensa de las mujeres. Estos derechos no son necesariamente opuestos y que de hecho confluyen en el caso del embarazo planeado. En las controversias jurídicas sobre aborto, los tribunales regularmente distinguen las demandas morales y las espirituales alegadas a favor de los no nacidos, de los planteamientos estrictamente jurídicos, resueltos a favor de las mujeres. Sin embargo, algunas legislaciones otorgan explícitamente protección jurídica a la vida del no nacido. Incluso, algunos tribunales reconocen el interés del Estado en la vida del no nacido, y otros llegan a considerar que este interés es potencialmente superior al de la mujer embarazada. No obstante, los tribunales interpretan invariablemente las leyes en el sentido de que los derechos de las mujeres prevalecen cuando la continuación del embarazo pone en peligro sus vidas. En 1992, por ejemplo, la Corte Suprema de Irlanda sostuvo que el idéntico derecho a la vida tanto de la mujer embarazada como del feto, consagrado en la Constitución irlandesa, debería equilibrarse para permitir el aborto cuando sea necesario para proteger la vida de la mujer.⁶⁰

a. Protección jurídica de la vida desde la concepción o desde el nacimiento

Toda persona puede reclamar legítimamente el respeto y protección de sus derechos humanos desde que ha nacido vivo hasta la muerte. Sin embargo, el hecho de que ese mismo derecho asista a un óvulo fertilizado desde el momento de la concepción, es ampliamente debatido. Dicha controversia tomó fuerza en muchos países desde 1869, cuando la Iglesia Católica Romana adoptó el punto de vista de que la vida humana merecía total protección desde el momento de la concepción.⁶¹ La antigua ley no reconocía ese derecho.

Los más altos tribunales de muchos países han declarado que la protección jurídica de los seres humanos empieza desde que nacen vivos y viables. En la tradición de "Derecho común inglés" una criatura no se convierte en humano ontológicamente hablando (es decir, en "ser humano" o "persona") hasta que se haya desprendido del seno materno y continúe vivo.⁶² Los tribunales internacionales de derechos humanos adoptan también la regla del "nacido vivo", de acuerdo con la cual la interposición de una queja o demanda por lesiones prenatales está condicionada a que el feto nazca vivo.

⁵⁹ Antoinette Sedillo Lopez, *Comparative Analysis of Women's Issues: Toward a Contextualized Methodology* in Adrien K. Wing ed., *Global Critical Race Feminism* (2000), 67-80.

⁶⁰ *The Attorney General v. X and Others*, [1992] 1 IR 1, 5 March 1992 (Supreme Court of Ireland) per Finlay, C.J. at 54-55.

⁶¹ J. Kenyon Mason, *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood*, 2 ed. 1998 at 109.

⁶² Rebecca J. Cook, *International Protection of Women's Reproductive Rights*, *J. of Int'l Law and Politics* 24(2) 645, 688-96

Algunos tribunales nacionales han determinado que las leyes permisivas sobre el aborto no contradicen las disposiciones referentes a la protección del derecho a la vida contenidas tanto de la Convención Europea de Derechos Humanos [European

Convention on Human Rights]⁶³ (la Convención Europea) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [International Covenant on Civil and Political Rights]⁶⁴ (PIDCP). El Conseil d'État francés sostuvo que la legislación francesa sobre aborto—que permite el aborto por razones terapéuticas definidas en términos muy amplios, incluyendo la angustia de la mujer—era compatible con el derecho a la vida consagrado en el artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos y en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁶⁵ Un tribunal holandés consideró igualmente compatible con tales preceptos la legislación holandesa sobre aborto.⁶⁶ Al confirmar la constitucionalidad de la disposición del Código Penal Austriaco que permite el aborto a solicitud de la mujer durante el primer trimestre de la gestación y más tarde en supuestos específicos, el Tribunal Constitucional de Austria interpretó que el artículo 2 de la Convención Europea no reconocía el derecho a la vida antes del nacimiento.⁶⁷

La Comisión Europea aceptó esta interpretación al confirmar la Ley de Aborto Británica de 1967;⁶⁸ al igual que otras cortes europeas.⁶⁹ La Comisión encontró contrario al objeto y al propósito de la Convención Europea de Derechos Humanos que el derecho a la vida de la persona ya nacida se subordine o limite a favor del no nacido. La Ley de Aborto británica de 1967 acepta el aborto cuando la vida o la salud de la mujer embarazada corre peligro o cuando la continuación del embarazo compromete la salud física o mental de los hijos o hijas existentes. La Comisión consideró innecesario decidir si el artículo 2 de la Convención Europea reconoce, aunque con restricciones, el "derecho a la vida" del feto.

Un debate continúa, sin embargo, respecto a los derechos que asisten al Estado para afectar los derechos de las mujeres en nombre del interés jurídico del no nacido. Los procuradores y fiscales generales, ministros de justicia y otros funcionarios oficiales, como los oficiales de policía, podrían entablar procesos legales en contra de la mujer y quienes llevan a cabo el aborto, para intentar proteger un supuesto de interés público sobre la vida "in utero".

Generalmente se considera que los tratados internacionales de derechos humanos no son aplicables antes del nacimiento de un ser humano. Durante los trabajos preparatorios al PIDCP, por ejemplo, se rechazaron las propuestas para proteger la vida desde el

⁶³ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, (*opened for signature* 4 Nov. 1950), 213 U.N.T.S. 221 (*entered into force* 3 Sept. 1953) [hereinafter the European Convention].

⁶⁴ International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200 (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N.Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171 (*entered into force* 23 Mar. 1976) [hereinafter the PIDCP]. Version in Spanish taken from Spanish version taken from: "Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por México", Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999 p. 228

⁶⁵ *Judgment of Dec. 21, 1990*, 7 Revue Française de Droit Administratif 208 (1991).

⁶⁶ *Juristenvereniging Pro Vita v. De Staat der Nederlanden (Ministerie van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur)* [1990] NJ 2986 (8 Feb. 1990) (The Court, The Hague).

⁶⁷ *Judgment of October 11, 1974*, Erklärungen des Verfassungsgerichtshofs 221 (Constitutional Court of Austria).

⁶⁸ *Paton v. United Kingdom*, 3 E.H.R.R. 408 (1980) (European Commission of Human Rights).

⁶⁹ Ian Kennedy & Andrew Grubb eds., *Principles of Medical Law* 643-44 (1998).

momento de la concepción,⁷⁰ y bajo esta luz se interpreta el término "persona humana" contenido en el artículo 6 (1). La misma cuestión fue debatida cuando se redactaba la Convención sobre los Derechos del Niño [Convention on the Rights of the Child] (la Convención del Niño). El resultado aparece en el Preámbulo de la Convención que

reproduce los términos de la Declaración que precedió a la Convención.⁷¹ El preámbulo establece "teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño,⁷² [Declaration of the Rights of the Child], 'el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento' ".⁷³

No obstante, el artículo 1 dispone que, para los efectos de dicha Convención "se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". En consecuencia, se entienden que las disposiciones justiciables de la Convención recuperan la noción histórica que la protección jurídica del ser humano comienza con el nacimiento.

La Convención sobre los derechos del niño, no ofrece ninguna orientación respecto a cómo se debe interpretar "la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento" contenidas en el preámbulo. Tal protección podría abarcar, por ejemplo, la prestación de servicios adecuados de atención prenatal y postnatal, y buena nutrición y cuidado obstétrico esencial para asegurar un parto libre de riesgos.⁷⁴ A pesar de ello, no todos los Estados que otorgan protección jurídica a la vida humana desde la concepción, aceptan su propia obligación legal de destinar recursos para esos propósitos.

La Convención Americana de Derechos Humanos [American Convention on Human Rights]⁷⁵ (la Convención Americana) dispone que el derecho al respeto por la vida "estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción".⁷⁶ La expresión "en general" indica que la Convención no reconoce necesariamente la prioridad a la vida del no nacido frente a la vida de las personas ya nacidas, ya que la protección de la vida antes del nacimiento no significa renunciar a la protección de la vida después del nacimiento. La disposición de la Convención podría implicar, por ejemplo, la protección del no nacido contra lesiones que injustamente menoscaban la vida de un ser humano, pero no necesariamente impone limitaciones al aborto cuyo

⁷⁰ Maxime Tardu, Relationship Between Human Rights and Population Issues in United Nations 54, 61 in *United Nations, Population and Human Rights*, 1990.

⁷¹ The Convention on the Rights of the Child (*adopted* 20 Nov. 1989), G.A. Res. 44/25, U.N. GAOR 44th Sess. Supp. No. 49 at 167, U.N. Doc. A/44/49 (1989) (*entered into force* 2 Sept. 1990 [hereinafter the Children's Convention]). Version in Spanish taken from: "Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por México", Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999 p. 362

⁷² Declaration of the Rights of the Child, G.A. res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 19, U.N. Doc. A/4354 (1959). Version in Spanish taken from: "Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por México", Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999 p. 33.

⁷³ Children's Convention, *supra* note 71, at Preambular para. 9.

⁷⁴ Save the Children, *State of the World's Newborns*, 2001.

⁷⁵ American Convention on Human Rights, *signed* 22 Nov. 1969, O.A.S. Treaty Series No. 36, O.A.S. Off. Rec. OEA/Ser.LV/II.23 doc.21 rev. 6 at 25 (1979) (*entered into force* 18 July 1978), *reprinted in* Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System (1992) [hereinafter the American Convention]. Spanish version taken from "Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por México", Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999, p. 270.

⁷⁶ *Id.*, Article 4 (emphasis added).

propósito es la preservación de la vida o la salud de una mujer o de otros niños o niñas de su familia.

En contraste, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre [American Declaration on the Rights and Duties of Man]⁷⁷ no menciona la vida del no nacido. Sólo reconoce el derecho a la vida de todo "ser humano". El Preámbulo de la Declaración comienza con la frase que "todos los hombres nacen libres e iguales", con lo que se sugiere que la libertad y la igualdad dependen de que se haya nacido vivo. En

1981, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la Declaración Americana no se aplicaba al no nacido y determinó que la decisión *Roe vs. Wade* de la Suprema Corte de los Estados Unidos, de 1973⁷⁸ que reconoce el derecho constitucional de las mujeres al aborto antes de la viabilidad fetal, era compatible con la Declaración.⁷⁹

Con frecuencia, los tribunales señalan que su deber es interpretar la ley de acuerdo a sus tradiciones jurídicas, sin entrar en el discurso moral o espiritual. Por ejemplo, en 1997, la Corte Suprema de Louisiana, al confirmar que su Código Civil estatal aunque otorgaba derechos a la "persona", no concedía personalidad jurídica al feto, observó que tal determinación:

no constituye un juicio filosófico o moral respecto al valor del feto, ni alude a su humanidad esencial. Más bien, la clasificación de "persona" está hecha solamente con el propósito de facilitar las determinaciones acerca de la relación entre los derechos y los deberes. "Persona" es un término técnico.⁸⁰

En Sudáfrica, aunque la Constitución de 1996 dispone, en su sección 11, que "Todo individuo tiene el derecho a la vida" [Everyone has the right to life], un año después ese país promulgó la Ley de la Interrupción Voluntaria del Embarazo [Choice on Termination of Pregnancy Act]. El Ministerio de Salud fue demandado bajo el alegato de inconstitucionalidad de la ley, el cual se basó en el argumento de que el feto estaba incluido en la expresión "todo individuo" y que la vida de un ser humano comenzaba desde la concepción. El juez rechazó tales alegatos, aduciendo que "todo individuo" era una expresión jurídica alternativa a la expresión "toda persona" y que, basándose en la tradición jurídica, la personalidad jurídica empezaba con el nacimiento y la viabilidad.⁸¹ El juez no dictaminó el alegato relativo al comienzo de la vida humana, explicando que aún cuando la afirmación fuera biológicamente correcta, no era suficiente para deducir que dicha vida humana tuviera personalidad jurídica desde ese momento; por el contrario, fijó el punto de controversia en los siguientes términos "la cuestión no es si el *conceptus* es humano, sino si debería otorgársele la misma protección jurídica que a usted o a mí".⁸²

El juez se basó en el mismo argumento utilizado por otros tribunales que han resuelto controversias relativas al aborto, apuntando que la tarea judicial no es resolver conflictos acerca de hechos biológicos o valores morales o espirituales, sino tomar decisiones

⁷⁷ American Declaration on the Rights and Duties of Man, signed 2 May 1948, OEA/Ser. L./ V/II.71 at 71 (1988).

⁷⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁷⁹ *Case 2141*, Inter-Am. C.H.R. 25, OEA/ser. L/V/1154, Doc. 9 rev. 1 (1981) (Inter-American Commission of Human Rights).

⁸⁰ *Wartelle v. Women's and Children's Hosp., Inc.*, 705 So. 2d 778 (1997) at 780.

⁸¹ *Christian Lawyers Association of South Africa v. The Minister of Health*, 1998 (11) BCLR 1434 (T)

⁸² *Id.* At para. 8 quoted in Glanville Williams, "The Foetus and the Right to Life," 53 Cambridge Law Journal 71 (1994), at 78.

jurídicas, en concordancia con tradiciones y contextos también jurídicos, orientadas, pero no gobernadas, por valoraciones sociales.

Las consideraciones acerca del estatus jurídico de la vida humana en una etapa temprana posterior a la concepción provienen del área de la reproducción asistida médicamente. Las técnicas modernas comprenden la fertilización in vitro y la conservación (criopreservación) de embriones. En el Reino Unido, la Ley de Fertilización Humana y Embriología,⁸³ de 1990, estipula que los embriones deben perecer dentro de los

cinco años posteriores a su creación. A mediados de 1996, bajo la supervisión de la Autoridad de Fertilización Humana y Embriología, cerca de 3,300 embriones conservados fueron descartados de acuerdo con lo previsto en la ley.⁸⁴ Este mandato público es consistente con la visión de que los embriones, ya sea alojados en un recipiente o en el útero, merecen cierto respeto, aunque distinto al que merecen los "seres humanos" como se entiende convencionalmente en la ley.

En algunos países, sin embargo, la pretensión de dar vigencia legal a la fe religiosa entendida en la tradición de la Iglesia Católica Romana se refleja en disposiciones constitucionales que declaran la protección de la vida humana desde la concepción. Por ejemplo, las constituciones de Irlanda,⁸⁵ Filipinas⁸⁶ y del estado mexicano de Chihuahua⁸⁷ reconocen el derecho a la vida desde el momento de la concepción. La Carta de Derechos y Libertades Fundamentales Checa prevé que la vida humana "merece protección desde antes del nacimiento".⁸⁸

En 1994, la Corte Constitucional de Colombia reconoció que el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos está protegido por la Constitución de 1991.⁸⁹ No obstante, actuando de acuerdo con la tradición católica y romana, sostuvo que ese derecho no se vulnera con la penalización del aborto, debido a que ese derecho sólo puede ejercitarse hasta antes del momento de la concepción.⁹⁰ En 1997, el Tribunal Constitucional de Polonia anuló la legislación nacional promulgada en 1996 sobre la planificación familiar, la protección de los embriones humanos y supuestos de legalidad para el aborto, arguyendo que las disposiciones constitucionales protegen la vida humana en cualquier fase de su desarrollo.⁹¹ El Tribunal admitió el derecho al aborto cuando la vida de las mujeres está en peligro, pero consideró que la autorización del procedimiento sobre bases económicas y sociales, como las condiciones precarias de vida o situaciones personales, eran demasiado vagas para justificar el sacrificio de la vida prenatal.

Las Cortes Constitucionales de Alemania y Hungría han lidiado, también, con la pugna entre la protección de la vida prenatal y los derechos humanos de las mujeres. En 1975, la

⁸³ United Kingdom, Human Fertilisation and Embryology Act, 1990, Statutes, chap 37, at 1434.

⁸⁴ Michael D. Lemonick, "Sorry, Your Time Is Up," 148 Time Magazine p. 41, August 12, 1996.

⁸⁵ *Constitutions of the Countries of the World*, vol. IX (*Constitutions of the World*) Constitution of Ireland, Article 40(3)(3) (Albert P. Blaustein & Gisbert H. Flanz, eds., 1997).

⁸⁶ *Constitutions of the World*, supra note 85, Constitution of the Philippines, Article II, Section at Volume XV.

⁸⁷ Political Constitution of the Mexican State of Chihuahua, Article 5 (1994).

⁸⁸ *Constitutions of the World*, supra note 85, Charter of Fundamental Rights and Freedoms, Article 6, in Blaustein & Flanz, supra note 85 (1997) at Volume V.

⁸⁹ *Constitutions of the World*, supra note 85, Constitution of Colombia, Title II, Chapter 2, Article 42 in Blaustein & Flanz, supra note 85 (1997) at Volume IV.

⁹⁰ Decision C-133/94 of the Constitutional Court, 17 March 1994 (Colombia).

⁹¹ Ruling K 26/96 of the Constitutional Tribunal, 28 May 1997 (Poland).

Corte Constitucional de Alemania determinó que un feto no equivale a una persona, pero goza de una limitada protección constitucional, puesto que su vida tiene un valor jurídico independiente.⁹² La misma Corte sostuvo nuevamente este punto de vista en 1993, pero reconoció expresamente la protección constitucional de los derechos humanos de las mujeres a la dignidad, a la integridad física y al desarrollo personal.⁹³ El resultado final fue que la Corte mantuvo la legislación que permite el aborto sobre bases restringidas. En 1998, la Corte Constitucional de Hungría abordó el dilema entre la dignidad humana de

las mujeres y el interés en la vida prenatal⁹⁴, al revisar la legislación húngara de 1992, que permite el aborto a solicitud de la mujer durante el primer trimestre del embarazo.⁹⁵ La Corte solicitó al parlamento nacional que aclarara el término "crisis grave" empleado como supuesto de legalidad para justificar el aborto.⁹⁶ En el 2000, la legislación dispuso expresamente que "crisis grave" significa la presencia de factores que pueden causar profunda angustia física o mental, así como circunstancias sociales inaceptables.⁹⁷

b. Obligaciones positivas de protección a la vida

En un principio, el propósito del derecho a la vida contenido tanto en las legislaciones domésticas como en la legislación internacional ⁹⁸ era el asegurar que se respetasen las reglas del debido proceso en la imposición de la pena de muerte.⁹⁹ En la actualidad, la interpretación del derecho a la vida ha trascendido su antiguo origen para incluir la exigencia de que los Estados tomen medidas positivas para promover la vida y la sobrevivencia, y para impulsar la maternidad segura.¹⁰⁰ La Comisión Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, admitió una queja en la que se alegaba que un programa gubernamental de vacunación que culminó en la muerte de algunos de los bebés vacunados violaba el derecho a la vida de los mismos. El artículo 2 de la Convención Europea dispone que "el derecho a la vida de toda persona estará protegido por la ley". De acuerdo con los méritos del caso, la Comisión determinó que el Estado demandado había tomado las medidas apropiadas para proteger la vida. De haber ocurrido lo contrario, el Estado hubiese quebrantado su deber jurídico de salvaguardar el derecho a la vida.¹⁰¹

La Comisión también revisó una queja concerniente a una mujer que murió durante el parto. Aunque el caso fue considerado inadmisibile por razones procedimentales, la Comisión enfatizó que el derecho a la vida debe interpretarse en el sentido de exigir a los Estados tomar medidas no sólo para evitar la muerte intencional, sino también para

⁹² Judgment of 25 Feb. 1975, Bundesverfassungsgericht (Constitutional Court)

⁹³ Judgment of May 28, 1993, 88 B VerfGE (Second Senate) (Germany).

⁹⁴ Judgment 48/1998 (IX.23) AB Hatarozat Official Legal Gazette (Magyar Kozlony 1998/105). 6654-6673 (Constitutional Court of Hungary). See generally, Center for Reproductive Law and Policy, *Women of the World: Laws and Policies Affecting Their Reproductive Lives – East Central Europe*.

⁹⁵ Act LXXIX of 1992, "Protection of Fetal Life."

⁹⁶ Judit Sandor, "From Ministry Orders towards the Constitutional Debate: Lessons Drawn from the Past 50 Years of Abortion Laws in Hungary," 18 *Medicine and the Law* 389 (1999).

⁹⁷ Act LXXXVII of 2000.

⁹⁸ Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary 103-22 (1993)

⁹⁹ It is commonly observed that anti-abortion advocates who invoke the Right to Life tend to favor capital punishment, and that "many States in which religion has a powerful voice in governmental policy-making retain the judicial death penalty"; John K. Mason, *Human Life and Medical Practice* (1988) at page 5.

¹⁰⁰ Rebecca J. Cook and Bernard M. Dickens. Advancing Safe Motherhood through Human Rights 27-29 (2001).

¹⁰¹ Association X. v. United Kingdom, Application No. 7154, Decision 12 July 1978, in *14 Decisions and Reports* 31 (June 1979) (European Commission of Human Rights).

proteger la vida contra la pérdida no intencional.¹⁰² Al revisar el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de la ONU explicó que “la expresión ‘derecho inherente a la vida’ no puede interpretarse restrictivamente, sino que la protección de este derecho requiere que los Estados adopten medidas positivas”.¹⁰³

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al considerar responsable al gobierno de Guatemala por tolerar que los niños de la calle sufrieran tratos crueles e inhumanos, sostuvo que:

En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.¹⁰⁴

Cuando los Estados omiten tomar las medidas necesarias –tales como el tratamiento del aborto inseguro o la atención especializada del parto— para abatir la mortalidad materna, están incumpliendo su obligación de asegurar a las mujeres el “acceso a las condiciones que les garanticen una existencia digna”.

2. Libertad y seguridad

Muchas constituciones nacionales y tratados en materia de derechos humanos protegen la “libertad y seguridad” de las personas. Una constitución puede incluso abordar el derecho a la seguridad de la persona en el contexto de la integridad reproductiva. Por ejemplo, la Constitución de Sudáfrica de 1997 dispone en su sección 12 (2) que:

Todo individuo tiene derecho a la integridad corporal y psicológica, la cual incluye el derecho a

- (a) tomar decisiones concernientes a la reproducción;
- (b) a la seguridad y control sobre el propio cuerpo.¹⁰⁵

Algunos tribunales distinguen entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la seguridad,¹⁰⁶ considerando al segundo como más limitado. El derecho a la seguridad de la persona se relaciona con la negativa a prestar servicios de salud que implica poner a las personas en riesgo de perder sus vidas o de sufrir un grave daño a la salud. La Corte Suprema de Canadá sostuvo que el acceso limitado al aborto por razones terapéuticas violaba el derecho de las mujeres a la seguridad de la persona.¹⁰⁷ Por otra parte, varios

¹⁰² *Tavares v. France*, Application No. 16593/90, Decision 12 Sept. 1991 (European Commission of Human Rights) (unreported).

¹⁰³ Human Rights Committee General Comment 6: The Right to Life (Article 6), CCPR 16th Sess. (1982).

¹⁰⁴ *Villagran Morales v Guatemala*, Series C No 63, Nov 19, 1999, para 144 (Inter-American Court of Human Rights). Word in Spanish taken from: www.corteidh.or.cr/seriec/Seriec_63_esp.doc

¹⁰⁵ *Constitutions of the World*, supra note 85, Constitution of the Republic of South Africa (1996), section 12(2).

¹⁰⁶ *R. v. Morgentaler*, 44 D.L.R. (4th) 385, at 402 (1988).

¹⁰⁷ *Id.* at 417, 420, 461, 482, 500 (Dickson, C.J.C. and Beetz, Estey, Lamer, and Wilson, J.J. respectively).

tribunales constitucionales —incluyendo los de Austria,¹⁰⁸ Francia,¹⁰⁹ Italia¹¹⁰ y los Países Bajos¹¹¹ — han ido más allá del reconocimiento del derecho a la seguridad de la persona, para reconocer que la legislación sobre aborto protege el derecho de las mujeres a la libertad. Dichos tribunales reconocen que las mujeres buscan regular su fertilidad no sólo

con el propósito de proteger sus vidas o su salud, sino también porque esta falta de control sobre su fertilidad las impide de lograr oportunidades personales, sociales, espirituales, económicas, así como otras oportunidades en la vida importantes para ellas.

Algunos tribunales están incorporando nociones de salud en la interpretación del derecho a la seguridad de la persona. Por ejemplo, ante la Corte Suprema de Canadá se presentó evidencia en el sentido de que el requerimiento de aprobación previa de un comité hospitalario de aborto provocó un retraso de ocho semanas entre el primer contacto de la mujer embarazada con un médico y el aborto terapéutico.¹¹² Aunque la Carta Constitucional de Derechos y Libertades de Canadá no contiene un derecho explícito a la atención en salud, la Corte consideró que el impacto físico y emocional sobre la salud provocado por el retraso equivalía a la negación del derecho a la seguridad de la persona, por lo tanto, la ley que exigía la aprobación del comité para la práctica de un aborto fue declarada inconstitucional.¹¹³

En países con legislación liberal, los tribunales han apuntado la falta de disponibilidad de servicios de aborto, especialmente cuando son necesarios por razones terapéuticas. En los Estados Unidos, por ejemplo, desde la llamada "Enmienda Hyde" de 1976,¹¹⁴ el Congreso ha aprobado, cada año, leyes que excluyen los servicios de aborto requeridos por mujeres de bajos recursos del financiamiento de servicios de salud, salvo en casos limitados. El financiamiento federal para servicios de aborto está limitado a casos en que la vida de la mujer corre peligro o cuando el embarazo es producto de violación o incesto.¹¹⁵

Sin embargo, algunos tribunales estatales han derogado disposiciones que restringen financiamiento en los servicios de aborto para mujeres de bajos ingresos.¹¹⁶ En dos ocasiones, el presidente Clinton vetó iniciativas de ley aprobadas por el Congreso que prohibían el llamado "parto parcial" o aborto tardío, porque tales iniciativas no consideraban como excepción la necesidad de preservar la salud de la mujer. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha reputado algunas leyes estatales con pretensiones similares como inconstitucionales por la misma razón.¹¹⁷

¹⁰⁸ Constitutional Court of Austria, *supra* note 67

¹⁰⁹ Decision 74-54 DC, Judgment of 15 Jan. 1975, Loi sur l'interruption volontaire de grossesse (Constitutional Convention of France) [law relating to the termination of pregnancy].

¹¹⁰ Judgment No. 108/81 of 25 June 1981, Corte Costituzionale, 57 Raccolta Ufficiale della Corte Costituzionale 823 (1981)

¹¹¹ Juristenvereniging Pro Vita v. De Staat der Nederlanden, *supra* note 66.

¹¹² R. v. Morgentaler, 44 D.L.R. (4th) 385, at 402 (1988). Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, 106 S. Ct. 2196 (1986).

¹¹³ R. v. Morgentaler, at 404.

¹¹⁴ Public Law 94-439, Section 209 (1976).

¹¹⁵ Departments of Labor, Health and Human Services, Education and Related Agencies Appropriations Act, Public Law 105-78 (1998).

¹¹⁶ Linda M. Vanzi, "Freedom at Home: State Constitutions and Medicaid Funding for Abortions," 26 New Mexico Law Review 433 (1996).

¹¹⁷ *Stenberg v. Carhart* 530 U.S. 914 120 S. Ct. 2597 (2000) (Nebraska statute that bans a particular abortion procedure, and is similar to statute in thirty other states, violates a woman's constitutional right to end a pregnancy).

Las obligaciones derivadas los derechos negativos como el derecho a la libertad o la seguridad, específicamente en el contexto de los servicios de atención a la salud, impiden que la policía y los gobiernos obstaculicen los procedimientos de aborto de los que las mujeres pueden valerse. Por otro lado, las obligaciones derivadas de los derechos positivos, en el mismo contexto, exigen que los gobiernos proporcionen a las mujeres acceso razonable a servicios seguros. Dado que el aborto es un procedimiento médico, no existen violación de derechos negativos cuando se establece que los servicios deben prestarse por personal médico calificado o por quien actúa bajo su supervisión. El contraste entre los obligaciones que derivan de los derechos negativos y positivos es

evidente en los Estados Unidos, donde la Corte Suprema ha determinado que el derecho negativo al aborto está protegido constitucionalmente,¹¹⁸ pero ha confirmado restricciones en el suministro y financiamiento gubernamental de los servicios.¹¹⁹

Una amenaza más descarada a la libertad, y con frecuencia a la seguridad, surge del encarcelamiento. Mediante la Plataforma de Beijing, los gobiernos acordaron "Considerar la posibilidad de revisar las leyes que prevén medidas punitivas contra las mujeres que han tenido abortos ilegales".¹²⁰ La revisión requiere que los países que encarcelan a las mujeres que se practican o intentan practicarse un aborto, como Chile¹²¹ y Nepal,¹²² reformen su legislación penal. La persecución legal originada en dichas disposiciones está claramente influida por consideraciones ideológicas y por las políticas adoptadas por el sistema de gobierno. Por ejemplo, a principios de los años ochenta en Chile, bajo el régimen de Pinochet, cada año se iniciaron cerca de 1,000 procesos penales contra mujeres que habían tenido abortos. Estos procesos se originaron, en su mayoría, en acusaciones levantadas por los hospitales donde las mujeres habían acudido en busca de auxilio médico a consecuencia de complicaciones relacionadas con el procedimiento de aborto. Muchas de esas mujeres eran jóvenes, pobres, solteras, inmigrantes de las zonas rurales a las grandes ciudades y embarazadas como producto de una violación. En 1983, 15 de 230 mujeres condenadas a prisión (el 6 por ciento) fueron sentenciadas por el delito de aborto. Sin embargo, la siguiente administración fue más indecisa respecto a levantar cargos y buscar el encarcelamiento. En 1993, sólo diez de 423 mujeres enviadas a prisión (el 2.4 por ciento) fueron sentenciadas por el delito de aborto.¹²³ No obstante, en relación con la mayoría de los países, las estadísticas chilenas sobre persecución de mujeres continúan siendo inusualmente elevadas.

Durante 2002, de acuerdo con un cálculo estimado, 100 mujeres purgaban penas de prisión por aborto en Nepal.¹²⁴ No obstante, una joven de 15 años de edad, que fue sentenciada a 20 años de cárcel luego de abortar obligada por su familia cuando quedó embarazada de una violación perpetrada por uno de sus familiares, fue dejada en

¹¹⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

¹¹⁹ *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980); *Webster v. Reproductive Health Services* 492 U.S. 490 (1989); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) (U.S. Supreme Court).

¹²⁰ Beijing Platform, *supra* note 9, at para. 106(k).

¹²¹ Center for Reproductive Law and Policy & The Open Forum on Reproductive Health and Rights, Santiago, *Women Behind Bars: Chile's Abortion Laws – A Human Rights Analysis* (1998). Lydia Casas-Becerra, "Women Prosecuted and Imprisoned for Abortion in Chile", *Reproductive Health Matters*, 9 (1997), p. 30.

¹²² Geeta Ramaseshan, "Women imprisoned for abortion in Nepal: Report of a Forum Asia Fact-Finding Mission," 10 *Reproductive Health Matters* 133 (1997). Center for Reproductive Law and Policy and the Forum for Women, Law and Development, *Abortion in Nepal: Women Imprisoned* (2002).

¹²³ Casas-Becerra, *supra* note 121.

¹²⁴ Ramaseshan, *supra* note 122

libertad durante la audiencia de apelación debido a la presión internacional.¹²⁵ Quizás reconociendo la injusticia que en el pasado sufrieran las mujeres nepaleses, la legislatura reformó la legislación para permitir el aborto sobre bases más amplias y, derogó las disposiciones que penalizaban a las mujeres por efectuarse abortos permitidos por ley.¹²⁶ Francia también ha eliminado la penalización contra las mujeres que inducen su propio

aborto,¹²⁷ y así aseguró la legalidad de la autoadministración de medicamentos abortivos por prescripción médica que aprobara en 1988.¹²⁸

La evidencia de abusos a la seguridad física de las mujeres debido a una legislación restrictiva puede influenciar la reforma democrática de la ley. En Irlanda, por ejemplo, una fuerte reacción pública contra los obstáculos judiciales que impedían a las niñas víctimas de abuso sexual el acceso a servicios de aborto, desató una intensa acción política en favor de la liberalización legislativa, lo que resultó en un referéndum en el que se aprobó una reforma constitucional.¹²⁹ De manera similar, la indignación pública originada en Bolivia contra la negativa judicial para practicar un aborto a una víctima de violación de 11 años de edad, culminó en una iniciativa para ablandar las disposiciones restrictivas del Código Penal basada en la promoción de los derechos humanos.¹³⁰

3. Dignidad humana y libertad en lugar de trato inhumano y degradante

El derecho a no ser sometido a torturas o a tratos crueles, inhumanos y degradantes está relacionado con el derecho humano a la libertad y seguridad de la persona. La Plataforma de Beijing reconoce que las mujeres debido a su situación de desventaja en casi todas las sociedades, son vulnerables a la tortura en el ámbito sexual y de otro tipo,¹³¹ por lo que insta a los gobiernos a tomar acciones preventivas.¹³² La violación y la violencia doméstica son causa de cerca del 5 por ciento de las enfermedades que padecen las mujeres entre 15 y 44 años de edad en los países en vías de desarrollo, y cerca del 19 por ciento en los países industrializados.¹³³ Las violaciones a la dignidad humana acarrearán muchos daños que incluyen la confianza personal y la autoestima, los mismos que no son cuantificables como enfermedades.

La Plataforma de Beijing condena la "esclavitud sexual, violaciones, abusos sexuales y embarazos forzados".¹³⁴ El embarazo forzado incluye la negación y la obstrucción del

¹²⁵ The Story of Min Min Lama, available at <http://www.tribute.nl/wpf/uk/content/special.html> Visited 1 Feb. 2000); see also IPPF Annual Report 1999 at 13, available at <http://www.ippf.org/annualreport1999/safety.htm>

¹²⁶ The 11th revision of Muluki Ain 2059 B.S. (the Law of the Land 2002 AD).

¹²⁷ Law No. 93-121 of 27 Jan. 1993, 20 Annual Review of Population Law 15 (1993), (codified as Law No. 93-121 of 27 Jan. 1993, J.O., 30 Jan. 1993, p. 1576-88).

¹²⁸ Order of 28 Dec. 1988, 1 Journal Officiel de la République Française 465 (12 January 1989) summarized in 40 International Digest of Health Legislation 430 (1989).

¹²⁹ Medb Ruane, The Irish Referendum: The End of Rome Rule, *Conscience* 23(1) 9-10 (2002).

¹³⁰ Teresa L. Monje & Anna M. DeNicola, Ignoring the Anguish, 3 *Conscience* 21, 24 (1999).

¹³¹ *Beijing Platform*, supra note 9, at para.135.

¹³² Id. at para. 107(q).

¹³³ World Bank, World Development Report 1993: Investing in Health (1993).

¹³⁴ *Beijing Platform*, supra note 9, at para.135.

aborto resultado de un embarazo por violación. El Programa de El Cairo exhorta a los gobiernos:

[A] que individualicen y condenen la práctica sistemática de la violación y otras formas de trato inhumano y degradante de la mujer como instrumento deliberado de guerra y de depuración étnica y a que tomen medidas a fin de asegurar que se preste plena ayuda a las víctimas de tales abusos para su rehabilitación física y mental.¹³⁵

Debe recordarse que, antes de 1945, los gobiernos nazis en Europa impusieron el aborto forzado de embarazos "impuros" y producto de mezclas raciales. Por otro lado,

valiéndose de la prohibición del aborto, impusieron la obligación de continuar embarazos "racialmente puros". Estas medidas fueron parte de sus políticas para promover la purificación racial. Los deseos de las mujeres embarazadas en uno u otro sentido eran legalmente irrelevantes, ya que el aborto, tanto impuesto como prohibido, fue un instrumento de política de Estado.¹³⁶ La inhumanidad de la continuación forzada del embarazo fue denunciada en 1996 en la respuesta del Comité de Derechos Humanos de la ONU al Informe del Gobierno de Perú, sometido a revisión del Comité con arreglo al PIDCP. En sus Observaciones Concluyentes, el Comité expresó su preocupación "de que el aborto diera lugar a sanciones penales a pesar de que la mujer quedara embarazada a consecuencia de una violación y que los abortos clandestinos fueran la principal causa de muerte materna".¹³⁷ El Comité encontró que la ley penal sometía a las mujeres a un trato inhumano contrario al artículo 7 del Pacto; y que era incompatible con el artículo 3 sobre el derecho a la igualdad de hombres y mujeres a gozar de todo los derechos civiles y políticos, y con el artículo 6, referente al derecho a la vida. El Comité recomendó que "las disposiciones de los códigos Civil y Penal [de Perú] fueran revisadas a la luz de las obligaciones contraídas por Perú de acuerdo con el PIDCP."¹³⁸ Hasta el momento, no hay evidencia de que Perú haya enmendado este trato inhumano a las mujeres.

Un caso ocurrido en la frontera de Alemania con los Países Bajos también muestra el persistente riesgo de las mujeres de ser sujetas a tratos inhumanos y degradantes a manos de los propios funcionarios gubernamentales.¹³⁹ Una mujer alemana que regresaba a su patria fue interrogada por la guardia fronteriza y sometida a un examen físico para determinar si se había practicado recientemente un aborto en los Países Bajos, el mismo que se considera como ilegal en Alemania si no se cumple con el requisito obligatorio de recibir consejería previa a la realización del mismo. Esta forma humillante de hacer cumplir disposiciones administrativas demuestra con qué facilidad, descuido e indiferencia se ignoran los derechos humanos de las mujeres a ser tratadas con dignidad, cuando se trata del aborto.

Muchas mujeres sujetas a tratos inhumanos o degradantes y a la discriminación en virtud de su raza u origen étnico no tienen acceso a los mecanismos de reparación provistos, ya sea por tribunales ordinarios o por tribunales de derechos humanos; por lo tanto, no pueden recibir compensación jurídica por tales violaciones de derechos humanos. Sin embargo, recurrir a la difusión de estos abusos en los medios de comunicación puede

¹³⁵ Cairo Programme, *supra* note 8, at para. 4.10.

¹³⁶ *Trial of Ulrich Greifelt and Others*, 8 Law Reports of Trials of War Criminals, 1 (1949)

¹³⁷ United Nations, Report of the Human Rights Committee, Doc. CCPR/C/79/Add.72 (1996), para. 15.

¹³⁸ *Id.* para. 22.

¹³⁹ Karlhans Liebl, *Ermittlungsverfahren, Strafverfolgungs- und Sanktionspraxis beim Schwangerschaftsabbruch* (The Practice of Criminal Prosecution and Punishment in the Case of Abortion) (1990).

ayudar a mejorar la situación de estas mujeres. Por ejemplo, en 1992 en Canadá, los medios evidenciaron que los hospitales de los Territorios del Noroeste negaban anestesia durante los procedimientos de aborto a las mujeres Inuit, Indias y Metis, entre otras.¹⁴⁰ Como resultado de este descubrimiento, el Ministerio de Salud de los Territorios del Noroeste ordenó una investigación independiente que originó cambios en las prácticas médicas.¹⁴¹ Esta reacción, comparable a la provocada por los casos de violación a los derechos humanos de las mujeres a la seguridad y la libertad personal en los tribunales de Irlanda y Bolivia-, muestra un creciente disgusto en la conciencia democrática respecto de leyes y prácticas inhumanas en relación al aborto.

B. No discriminación y debido respeto a la diferencia

El derecho a la no discriminación ha evolucionado hasta exigir que las mismas necesidades sean tratadas sin discriminación, por ejemplo, asegurando que todas las personas tengan acceso a atención básica en salud. La no discriminación también implica que casos con diferencias significativas sean tratados en términos de esas diferencias. Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos expuso, en 2001, que:

Se ha considerado que el derecho inscrito en el artículo 14 [de la Convención Europea sobre Derechos Humanos] de no ser discriminado contra el disfrute de los derechos garantizados por la Convención, se viola cuando los Estados tratan de manera diferente a personas en situaciones análogas sin proporcionar una justificación objetiva y razonable... Sin embargo, la Corte considera que no es éste el único aspecto de la prohibición de la discriminación contenida en el artículo 14. El derecho a no ser discriminado negativamente... también se viola cuando, sin una justificación objetiva y razonable, los Estados omiten tratar de manera diferente a personas cuyas situaciones son significativamente distintas.¹⁴²

Las mujeres son a menudo discriminadas en el ejercicio de sus derechos reproductivos cuando los gobiernos, sin una justificación objetiva y razonable, no las tratan de modo diferenciado en virtud de su función reproductiva. Además, a la discriminación por razón de sexo se suma, la discriminación basada en el origen racial y étnico, edad, condición de salud o discapacidad.

1. No discriminación sexual

a. Recomendación general 24 del CEDAW: la mujer y la salud

Los Estados parte de la Convención sobre la Mujer aceptaron la obligación de hacer frente a la inequidad contra las mujeres abordando "toda forma" de discriminación padecida por las mismas, incluyendo la discriminación en base al sexo, que es una característica biológica, y la discriminación en base al género, que es una construcción social, cultural y psicológica. Mediante el artículo 12, la Convención sobre la Mujer dirige su atención primordialmente a la salud y al bienestar de las mujeres. Según este artículo, los Estados miembros se comprometen a adoptar "[...] todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de

¹⁴⁰ Miro Cernetig, "NWT Orders Abortion Inquiry - Hospital Used No Anaesthetics," *The Globe and Mail* (Toronto), 2 April 1992.

¹⁴¹ No Choice: Canadian Women Tell Their Stories of Illegal Abortion (Childbirth by Choice Trust ed., 1998).

¹⁴² *Thlimmenos v. Greece* (2001) 31 E.H.R.R. 15, para 44 (European Court of Human Rights). The Spanish version is not an authorized translation, but a free one.

asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a los servicios de atención médica, inclusive a los que se refieren a la planificación de la familia".¹⁴³

En 1999, el CEDAW precisó el contenido y significado de este artículo en su Recomendación General 24: La mujer y salud.¹⁴⁴ Mediante la Recomendación se insta a los gobiernos a informar periódicamente según lo establecido en la Convención sobre la Mujer, de qué manera se abordan las particulares características en la salud y en la vida que difieren entre mujeres y hombres, como las siguientes:

- Factores biológicos que incluyen las diferentes necesidades en salud reproductiva y funciones;
- Factores socioeconómicos como la desigual relación de poder entre la mujer y el hombre;
- Factores psicosociales como la depresión en el período posterior al parto; y
- Factores relacionados con el sistema de salud como la protección a la confidencialidad, especialmente en el tratamiento de embarazos no deseados y VIH/SIDA que propician estigma¹⁴⁵

La Recomendación General 24 sostiene que es obligación legal de los Estados parte, el proporcionar en sus informes periódicos datos del impacto que la legislación y las políticas de salud tienen sobre las mujeres en contraste con el impacto sobre los hombres.¹⁴⁶ Esta disposición se refuerza con la adoptada por el Comité de Derechos Humanos – al supervisar el PIDCP- en su Comentario General sobre la Equidad entre Hombres y Mujeres, al exhortar a los Estados a que proporcionen datos de "muertes de mujeres relacionadas con el embarazo y el parto".¹⁴⁷ Los gobiernos deben informar, en consecuencia, de la morbilidad y mortalidad asociadas con el embarazo, el parto y el aborto inseguro, así como de las causas y tasas de la morbilidad y mortalidad entre los hombres para los mismos grupos de edad.

La Recomendación General manifiesta la obligación de los Estados a respetar, proteger y garantizar el derecho de las mujeres a la atención de la salud. La obligación de respetar los derechos implica la eliminación de las barreras que impiden a las mujeres el acceso a la atención de salud; entre otras, las "leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones."¹⁴⁸ Las leyes que penalizan procedimientos médicos a los que sólo las mujeres recurren incluyen por definición las disposiciones penales sobre aborto.

La obligación de proteger los derechos relacionados con la salud de las mujeres,

[...] exige que los Estados Partes, sus agentes y sus funcionarios adopten medidas para impedir la violación de esos derechos por parte de los particulares y

¹⁴³ Women's Convention, *supra* note 14, Article 12. Version in Spanish taken from: Spanish version taken from: "Principales Declaraciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por México", Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 1999 p. 317

¹⁴⁴ UN GAOR, 1999, UN Doc. A/54/38/Rev 1, 3-7.

¹⁴⁵ CEDAW, *supra* note 15, Gen Rec 24, para 12.

¹⁴⁶ CEDAW, *id.*, Gen Rec 24, para 19.

¹⁴⁷ Hum Rts. Comm., General Comment 28: Equality of Rights between Men and Women, adopted 10 Oct. 2000, UN GAOR 2000, UN Doc. A/55/40, Annex VI, p. 153, Para 10

¹⁴⁸ CEDAW, *supra* note 15, Gen Rec 24, para 14.

organizaciones e imponga sanciones a quienes cometan esas violaciones... [incluyendo] la promulgación y aplicación eficaz de leyes y la formulación de políticas, incluidos los protocolos sanitarios y procedimientos hospitalarios, que aborden la violencia contra la mujer y los abusos deshonestos de las niñas, y la prestación de los servicios sanitarios apropiados."¹⁴⁹

Cuando los Estados confían a las clínicas privadas la prestación de servicios de aborto legal, están obligados a asegurarse de que los servicios sean razonablemente accesibles y que se proporcionen de manera respetuosa de los derechos de las mujeres en relación a su dignidad.

La Recomendación General 24 explica, además, que el deber de garantizar los derechos impone a los Estados Partes la obligación de "adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, judicial, administrativo, presupuestario, económico y de otra índole en el mayor grado que lo permitan los recursos disponibles para que la mujer pueda disfrutar de sus derechos a la atención médica."¹⁵⁰

Por ejemplo, los estudios que muestran altas tasas de morbilidad y mortalidad materna, advierten a los Estados que pueden estar incumpliendo "su deber de garantizar el derecho de las mujeres a la atención de la salud".¹⁵¹

b. Jurisprudencia nacional

En cumplimiento a la Recomendación General 24, algunos tribunales nacionales comienzan a reconocer que la negativa a prestar servicios de aborto constituye discriminación por razones de sexo. En condiciones de necesidad terapéutica, los hombres no están expuestos a que se les nieguen legalmente los servicios médicos requeridos ni a ser sometidos a sanciones penales si recurren a ellos; las mujeres, por el contrario, enfrentan obstáculos jurídicos y prácticos cuando buscan un aborto terapéutico. Por ejemplo, en los Estados Unidos, la Corte Suprema de Nuevo México sostuvo en 1999 que:

La Enmienda de Derechos Igualitarios de Nuevo México requiere que una revisión judicial determine si la regulación del Departamento [de Servicios Humanos], que prohíbe el financiamiento estatal para ciertos abortos médicamente necesarios, viola el derecho a la igualdad ante la ley de las mujeres elegibles para el Medicaid. Concluimos de esa revisión que dicha regulación viola la Enmienda de Derechos Igualitarios de Nuevo México, porque da lugar a un programa que no aplica los mismos criterios de necesidad médica a hombres y mujeres, y porque que no hay justificación razonable para tratar a los hombres y a las mujeres de manera diferente en lo relativo a sus necesidades médicas en este caso.¹⁵²

¹⁴⁹ *Id.* para 15.

¹⁵⁰ *Id.* para 17.

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² *New Mexico Right to Choose/NARAL v. William Johnson, Secretary of the New Mexico Human Services Department*, 126 N.M. 788, 792 (1999).

La regulación en cuestión, la norma 776, define el aborto como " médicamente necesario cuando el embarazo agrava una condición preexistente, vuelve imposible el tratamiento de dicha condición, interfiere o dificulta un diagnóstico o tiene un profundo efecto negativo en la salud física o mental del individuo" .¹⁵³

La Constitución de Nuevo México garantiza que la " igualdad de derechos ante la ley no debe ser negada en razón del sexo de ninguna persona" .¹⁵⁴ La resolución de la Corte sostuvo que los jueces miembros " consideraban la Enmienda de Derechos Igualitarios de Nuevo México como la culminación de una serie de enmiendas constitucionales del Estado, que reflejan la evolución del concepto de igualdad de género en este estado" , y concluyó que:

La Enmienda de Derechos Igualitarios de Nuevo México es una prohibición específica que proporciona una solución jurídica para las consecuencias inequitativas de la discriminación basada en el género que prevalecía en las tradiciones de Derecho Común y de Derecho Escrito que la precedieron. Como tal, la Enmienda de Derechos Igualitarios de Nuevo México requiere la revisión judicial de leyes estatales que recurren a clasificaciones basadas en el género. Esta revisión debe partir, entonces, de la presunción de que tales clasificaciones son inconstitucionales, correspondiendo al Estado desvirtuar dicha presunción.¹⁵⁵

La Corte observó, además, que " de acuerdo con la legislación federal, los intereses del Estado en la vida potencial del no nacido, nunca son lo suficientemente obligatorios como para que valgan más que el interés por la vida y la salud de la madre" .¹⁵⁶

2. No discriminación racial o étnica

En algunos países, las mujeres pertenecientes a ciertas razas o grupos étnicos son frecuentemente discriminadas en el ejercicio de sus derechos reproductivos.¹⁵⁷ Los valores en riesgo se reflejan en el lenguaje empleado en el Preámbulo de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo de Sudáfrica, de 1997, mediante el cual la legislatura establece los valores que deben prevalecer. El primer párrafo de dicho Preámbulo señala que la promulgación de la Ley en cuestión tiene como propósitos " reconocer los valores de la dignidad humana, lograr la igualdad, la seguridad de la persona, la eliminación del racismo y el sexismo, y el desarrollo de los derechos humanos y libertades que sustentan una Sudáfrica democrática" .¹⁵⁸

Este lenguaje significa que esta nueva Sudáfrica se ha forjado en reacción a una historia explícita de discriminación racial,¹⁵⁹ aunque el país se ha movilizó rápidamente para abordar la discriminación no sólo sobre bases raciales, sino también en razón del sexo.

¹⁵³ *Id.* at 791.

¹⁵⁴ Constitution of the State of New Mexico (adopted 21 Jan. 1911, as amended through 1975) at Article II, Section 18.

¹⁵⁵ New Mexico Right to Choose/NARAL et al. v. William Johnson, *supra* note 152, at 800.

¹⁵⁶ *Id.* at 804.

¹⁵⁷ Dorothy Roberts, *Killing the Black Body: Race, Reproduction, and the Meaning of Liberty* (1997).

¹⁵⁸ Choice of Termination of Pregnancy Act, 1997, Preamble, (South Africa).

¹⁵⁹ Jeremy Sarkin, Patriarchy and Discrimination in Apartheid South Africa's Abortion Laws, 4 *Buffalo Human Rights Law Review* 141 (1998).

La manera en que Sudáfrica emprendió la reforma de su legislación sobre aborto refleja la experiencia de muchos países en los que se ha reconocido, desde tiempo atrás, cómo la legislación restrictiva sobre aborto difícilmente ha impactado a las élites socioeconómicas y a las mujeres de las familias influyentes. Por el contrario, esta legislación ha perjudicado mayormente la elección, salud y la vida misma de las mujeres pobres, jóvenes y marginales en las sociedades en las que desenvuelven.¹⁶⁰

La experiencia de la discriminación racial y étnica contra las mujeres está documentada en casos que llegan a los tribunales, en relatos individuales y en trabajos de investigación.¹⁶¹ La evidencia de la discriminación también se encuentra en los indicadores de salud reproductiva, los cuales muestran la disparidad en el acceso a los servicios de salud reproductiva entre los diferentes grupos étnicos. Las estadísticas sobre la disparidad en el riesgo de muerte materna entre poblaciones mayoritarias y minoritarias

muestra que, por ejemplo, dicho riesgo es diez veces más alto en la población aborígen de Australia en comparación con la no aborígen.¹⁶² Las diferencias se presentan incluso en poblaciones que viven en las mismas ciudades, como en los Estados Unidos, donde la población afro-americana tiene un riesgo relativo de muerte materna 4.3 veces más alto que la población no negra.¹⁶³ Estos contrastes reflejan a menudo diferencias raciales y socioeconómicas. Una respuesta positiva a estas diferencias compatible con los postulados de derechos humanos, puede ser la asignación de recursos para la atención de la salud reproductiva en proporción a las necesidades, que incluya servicios de planificación familiar complementados con servicios de aborto ante la posibilidad de falla en caso de embarazos de alto riesgo.

Tanto la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial [International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination] y la Convención sobre la Mujer instan a los Estados miembros a tomar medidas temporales y especiales para acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres,¹⁶⁴ y para asegurar la protección y el desarrollo adecuado de ciertos grupos raciales.¹⁶⁵ Algunos gobiernos han afirmado que, mediante la promulgación de leyes liberales, aceptan su deber jurídico de cumplir con los pactos de derechos humanos en relación con el aborto. Sin embargo, muchos gobiernos han adoptado estos derechos sólo como derechos negativos, lo cual obliga a los supuestos beneficiarios a depender de sus propios recursos para hacerlos efectivos. Los gobiernos omiten, con frecuencia, asignar recursos públicos para la implementación de los servicios necesarios para hacer efectivo el derecho al aborto, o para exigir a los proveedores o instituciones de salud la disponibilidad y accesibilidad de estos servicios. Por lo tanto, crean derechos sólo para quienes cuentan con recursos financieros, pero no para quienes carecen de ellos. El papel de los comités de monitoreo de los tratados de derechos humanos es determinar si los derechos, jurídicamente reconocidos en la teoría, son equitativamente accesibles, en la práctica, para miembros de grupos racialmente marginados.

¹⁶⁰ Alice Jenkins, *Law for the Rich* (1961).

¹⁶¹ See, e.g., *Global Critical Race Feminism*, *supra* note 59.

¹⁶² Hani K. Atrash, Sidney K. Alexander & Cynthia J. Berg, "Maternal Mortality in Developed Countries: Not Just a Concern of the Past," 86 *Obstetrics and Gynecology* 700, 703 (October 1995).

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ Women's Convention, *supra* note 14, art. 14.

¹⁶⁵ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, *adopted* 21 Dec. 1965, 660 U.N.T.S. 195 (entered into force 4 Jan. 1969), *reprinted in* 5 I.L.M. 352, art. 2.2. (1966)

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial desarrolló la Recomendación General 25: Dimensiones de la Discriminación Racial relacionada con el Género, con el propósito de orientar a los países que debían presentar informes de acuerdo con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, a abordar las distintas formas de discriminación de género y racial.¹⁶⁶ La recomendación reconoce que:

La discriminación racial no siempre afecta de la misma manera o en el mismo sentido a los hombres y las mujeres. Hay circunstancias en las que la discriminación racial afecta sólo o primordialmente a las mujeres, o las afecta de diferente manera o en diferentes grados que a los hombres. Tal discriminación racial escaparía la detección si no se tomasen en cuenta y se reconocieran las distintas

experiencias de vida de las mujeres y los hombres, en los aspectos de la vida pública y privada.¹⁶⁷

Al considerar las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, el Comité prestará "particular atención a la forma y manifestación de la discriminación racial; las circunstancias en las que ocurre; sus consecuencias, y la disponibilidad y fácil acceso a los recursos de queja y de reparación del daño en caso de discriminación racial".¹⁶⁸

Un ejemplo de discriminación racial es un servicio público de salud inadecuado que no asegura que las mujeres pertenecientes a ciertos grupos étnicos, como las mujeres de raza negra o las mediterráneas, sean tratadas de acuerdo con su predisposición genética a desarrollar ciertas enfermedades o padecimientos como la anemia drepanocítica. Cuando las mujeres con anemia drepanocítica enfrentan los riesgos a la salud asociados con un embarazo no deseado y no tienen acceso oportuno a servicios de aborto médicamente indicados,¹⁶⁹ el Comité debería considerar que la falta de acceso oportuno es una forma de discriminación racial a la que un Estado debe poner remedio.

Se ha expuesto que una consecuencia de las exigencias de certificación excesivas prescritas por la antigua Ley de Aborto y Esterilización de Sudáfrica de 1975, fue limitar el acceso al aborto legal sólo a mujeres con ventajas socioeconómicas. En un estudio de esa ley a cargo del Instituto de Relaciones Raciales de Sudáfrica, elaborado en 1997, se advirtió que:

Durante el período de operación de la Ley, sólo un promedio de 800 a 1,200 mujeres por año calificaron para un aborto legal. Más del 66 por ciento de esas mujeres eran blancas y procedían de clases medias urbanas, en un tiempo en que las mujeres blancas componían el 16 por ciento de la población total. Por otro lado, han recurrido al aborto clandestino cada año más de 44,000 mujeres, entre las que predominan las negras y las pobres. Una estimación no oficial calculaba un número más alto de abortos, de 120,000 al año, o más. Los abortos ilegales,

¹⁶⁶ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, (CERD) General Recommendation 25: Gender Related Dimensions of Racial Discrimination, UN GAOR, 2000, UN Doc. A/55/18, Annex V, at 152.

¹⁶⁷ CERD 25, *id.* para 1,

¹⁶⁸ CERD 25, *id.* para 5,

¹⁶⁹ AbouZahr, *supra* note 52.

realizados en condiciones insalubres provocaron graves daños en la salud. Cada año, se efectuaron cerca de 33,000 procedimientos quirúrgicos para tratar las consecuencias de los abortos sépticos. La tasa de mortalidad se mantuvo en 425.¹⁷⁰

Tomando en consideración los efectos que estas excesivas exigencias tuvieron en las mujeres sudafricanas de raza negra, los comités de monitoreo de los tratados internacionales podrían supervisar otras legislaciones que establecen procedimientos burocráticos excesivos.

La nueva Ley Sudafricana de 1997 vuelve accesible la interrupción del embarazo sobre bases de no discriminación racial. Un procedimiento es legal, a solicitud de la mujer, antes de las 12 semanas de gestación; antes de las 20 semanas puede practicarse por riesgo a la salud física y mental, por razones socioeconómicas y en caso de violación o incesto; y

después de 20 semanas, si la vida de la mujer está en peligro o hay un riesgo de que el feto esté severamente deformado. La Ley permite a las comadronas registradas que han completado un curso de entrenamiento a realizar abortos antes de las 12 semanas de embarazo (Sec. 2(2)), y no exige la autorización de terceros para las mujeres casadas o las menores. El personal médico o las comadronas deben aconsejar a las menores embarazadas que consulten a sus padres, sus amigos o sus tutores, pero la Ley advierte claramente que no deben negarse los servicios para la interrupción del embarazo a una menor que decide no consultar a sus padres, tutores o amigos (Sec. 5(3)). En consecuencia, la Ley también excluye la discriminación por motivo de edad.

3. No discriminación por motivo de edad

La discriminación por motivos de edad está abordada extensamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, según la cual los Estados "se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de ... servicios sanitarios".¹⁷¹ La vulnerabilidad de las mujeres jóvenes intelectualmente maduras a la discriminación por motivo de edad se acentúa cuando los servicios de aborto, disponibles a solicitud en el caso de las mujeres adultas, están disponibles para las jóvenes previo consentimiento o autorización de los padres.¹⁷²

Las adolescentes maduras son injustamente discriminadas cuando no pueden obtener consejería y servicios de salud reproductiva con la misma confidencialidad que las mujeres adultas. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que "los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso de los tutores, de impartir dirección al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades".¹⁷³

Los tribunales se rehúsan cada vez más a interpretar leyes que por razones de minoría de edad niegan a adolescentes capaces el acceso a servicios de salud reproductiva, sin el consentimiento de los padres. Cuando las y los menores son intelectualmente maduros o se han emancipado, la mayoría de los tribunales reconocen sus derechos a la atención

¹⁷⁰ Charles Ngwena, "The History and Transformation of Abortion Law in South Africa," *Acta Academica* 30(3): 32-68 at 8-9 (footnotes omitted) (1998).

¹⁷¹ Children's Convention, *supra* note 71, at Article 24(1).

¹⁷² Corinne A.A. Packer, "Preventing Adolescent Pregnancy: The Protection Offered by International Human Rights Law," 5 *International Journal of Children's Rights* 46 (1997).

¹⁷³ Children's Convention, *supra* note 71, Article 14 (2).

en salud en condiciones de igualdad que las personas adultas, incluyendo la atención preventiva y la confidencialidad.¹⁷⁴ Un signo de madurez de las y los menores de edad es su comprensión de la necesidad de proteger su salud reproductiva y su demanda de servicios de anticoncepción cuando tienen actividad sexual o están a punto de tenerla. La negación de servicios de salud reproductiva a los y las adolescentes prepara, con frecuencia, el escenario para el embarazo no planeado y el aborto.

El Programa de El Cairo reconoce que "hasta ahora los servicios de salud reproductiva existentes han descuidado en gran parte las necesidades en esta esfera de los adolescentes como grupo".¹⁷⁵ Es por ello que en muchos países resultan epidémicas las altas tasas de embarazos de adolescentes no casadas, y en otros parecen endémicas.¹⁷⁶ Por ejemplo, en sus Observaciones Concluyentes sobre el Informe presentado por el

gobierno de San Vicente y las Granadinas, el CEDAW advirtió sobre "una tasa muy elevada de embarazos en adolescentes" y recomendó el mejoramiento de los servicios de información y salud reproductiva para este grupo etéreo.¹⁷⁷

Los textos de El Cairo y Beijing exhortan a eliminar las barreras sociales y regulatorias a la información y la atención de la salud reproductiva de las y los adolescentes.¹⁷⁸ Recomiendan que los países aseguren que los programas y actitudes de los prestadores de servicios de salud no limiten el acceso de las y los adolescentes a servicios apropiados,¹⁷⁹ y que los programas protejan y promuevan sus derechos a la educación en salud reproductiva, a la información y a la atención con el fin de reducir el número de embarazos en adolescentes.¹⁸⁰

4. No discriminación por motivo de salud o discapacidad

Las convenciones sobre derechos humanos prohíben la discriminación no sólo por motivos específicos como el sexo y la raza, sino también por motivos no especificados. Los motivos no especificados se han interpretado de manera que abarquen los motivos de salud o la existencia de una discapacidad, incluyendo al seropositivo asintomático de VIH.¹⁸¹ El estigma contra las mujeres con VIH/SIDA se exagera cuando quedan embarazadas, pero esto no debe ser una razón para negar u obstruir sus derechos a acceder a los servicios de atención de salud necesarios y apropiados.

Una grave violación del derecho a la no discriminación por motivos de estado de salud ocurre cuando las mujeres son forzadas a interrumpir embarazos que prefieren continuar. Por ejemplo, la disminución de la respuesta inmune del organismo que sufre una mujer seropositiva se agrava todavía más con el embarazo, que por sí mismo reduce la respuesta inmune de las mujeres. Se ha informado que algunos hospitales de los Estados Unidos han presionado indirectamente a las mujeres seropositivas para que interrumpan

¹⁷⁴ *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112 (House of Lords, England).

¹⁷⁵ Cairo Programme, supra note 8, at para. 7.41.

¹⁷⁶ Pramilla Senanayake & M. Ladjali, "Adolescent Health: Changing Needs," 46 *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 137 (1994).

¹⁷⁷ Report of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), Saint Vincent and the Grenadines, 16th Sess., U.N. Doc. A/52/38/Rev.1, paras. 123-150 at para. 147 (1997).

¹⁷⁸ Cairo Programme, supra note 8, at para. 7.45; Beijing Platform, supra note 9, at paras. 106-108, 281.

¹⁷⁹ Cairo Programme, supra note 8, at para. 7.45; Beijing Platform, supra note 9, at paras. 106-108.

¹⁸⁰ Cairo Programme, supra note 8, at para. 7.46; Beijing Platform, supra note 9, at paras. 83(k)(l), 107(g), 281.

¹⁸¹ *Bragdon v. Abbott* 524 U.S. 624 (1998).

sus embarazos.¹⁸² Para ello exageran, por ejemplo, los riesgos de transmisión vertical (de madre a hijo) de la infección del VIH a niños nacidos de madres seropositivas y muestran desaprobación e intolerancia ante las peticiones de dichas mujeres respecto a continuar sus embarazos.¹⁸³ Algunas reformas propuestas a la legislación restrictiva sobre el aborto en ciertos países sugieren que la interrupción del embarazo debería ser legalmente posible, si la condición de la mujer como VIH-positiva ha sido clara o médicamente establecida. Aun cuando se trate de propuestas, en cierto modo liberalizadoras, también conllevan el riesgo de que una mujer en dicha circunstancia sea indebidamente presionada para someterse a un aborto. Esto significaría una violación a sus derechos a la libertad y seguridad. En consecuencia, deberá obtenerse el consentimiento libre de coacción de la mujer, antes de que el embarazo sea interrumpido sobre estas bases.¹⁸⁴

C. Ciudadanía

1. La mujer como ciudadana en condiciones de igualdad

Quienes son sujetos a la discriminación son excluidos de la igualdad respecto de otros, quienes generalmente perpetran la discriminación; en otras palabras, la discriminación es un ejercicio de superioridad. La discriminación por razones de sexo y género relacionada con el aborto –muchas veces unida a la discriminación por motivos raciales, étnicos o de edad– ilustra la extendida y persistente violación del derecho a la igualdad que permite la condición de subordinación en que se encuentran muchas mujeres en sus familias, comunidades, sociedades más amplias y sistemas jurídicos. La carga del embarazo, la recuperación post-parto, la lactancia materna y el cuidado de uno o más niños dependientes por años, limita a las mujeres otras oportunidades y formas de utilizar su energía, tiempo y talento, a las que deberían renunciar sólo voluntariamente.

El poder que el Estado afirma tener para obligar a las mujeres a entregar sus cuerpos contra su voluntad con el fin de parir hijos e hijas de acuerdo con una exigencia jurídica confirma la concepción de que las mujeres son ciudadanas menores o de segunda clase. Desde el final de la esclavitud y del sistema feudal, los hombres no están legalmente obligados a prestar servicios corporales o sacrificios de acuerdo con la voluntad de quienes son socialmente "superiores", y la conscripción militar durante la guerra permite casi de manera invariable la objeción de conciencia. Bajo leyes penales restrictivas, las mujeres que objetan conscientemente la continuación no consentida del embarazo mediante su interrupción, se convierten en delincuentes y se arriesgan a perder la poca libertad que les queda.

La carencia de igualdad e integridad corporal de las mujeres bajo leyes que les niegan el derecho a la autodeterminación reproductiva se percibe cada vez más como una violación no sólo de la igualdad humana, sino de la ciudadanía plena. En las democracias, los ciudadanos intervienen plenamente en la elaboración de las leyes que voluntariamente acatan y su voluntad puede convertirse en ley. Las leyes restrictivas del aborto son producto de los tiempos, en algunos lugares aún vigentes, en que las mujeres carecían del poder político surgido de la ciudadanía plena para derrocar gobiernos patriarcales. Tales gobiernos descansan con frecuencia en el apoyo de instituciones

¹⁸² Taunya L. Banks, "Legal Challenges: State Intervention, Reproduction and HIV-Infected Women," in *HIV, AIDS and Child Bearing: Public Policy and Private Lives* 143-77 (Ruth R. Faden & Nancy E. Kass eds., 1996)

¹⁸³ Mukdawan Sakboon, "Pregnant HIV Victims Denied Every Option by Hospital," *The Nation* (Bangkok), 31 July 1997.

¹⁸⁴ Temsak Trisophon, "Abortion Law Faces Key Change," *Bangkok Post*, 3 Oct. 1998.

religiosas autoritarias, cuyos dirigentes ejercen la autocracia espiritual y ordenan obediencia. Los gobiernos y las instituciones religiosas que apoyan la legislación restrictiva sobre aborto incluyen, si acaso, a algunas mujeres, y otras las excluyen deliberadamente.

Los temas de ciudadanía han surgido en los debates efectuados en los Estados Unidos respecto a la decisión de la Suprema Corte en el caso *Roe vs. Wade*. El debate es si esta decisión se justifica y se sostiene mejor sobre la base del razonamiento mayoritario de la Corte, es decir el derecho a la privacidad; o sobre la base del derecho a la igualdad, o si finalmente el razonamiento implica a ambos derechos.¹⁸⁵ La denegación de los derechos reproductivos, incluyendo el aborto, se ha visto cada vez más como una negativa del derecho de ciudadanía de las mujeres.¹⁸⁶ La visión de la ciudadanía como la posesión de igual poder de participación se ha extendido tanto geográfica como jurídicamente. Por

ejemplo, al abordar los derechos constitucionales en la Corte Suprema de Canadá, Dickson, su presidente, apuntaba que:

La Corte debe guiarse por valores y principios esenciales en una sociedad libre y democrática dentro de los cuales, yo creo, se encarnan, por nombrar algunos, el respeto a la dignidad inherente de la persona humana, el compromiso con la justicia social y la igualdad, la aceptación de una amplia variedad de creencias, el respeto a la identidad cultural y de grupo, y la fe en las instituciones políticas y sociales que acrecienten la participación de los individuos y los grupos en la sociedad.¹⁸⁷

En este espíritu de intensificación de la participación social o de la ciudadanía, el presidente de la Corte encabezó dos años más tarde, la decisión mayoritaria que sostenía la inconstitucionalidad de la legislación restrictiva sobre aborto, aduciendo que negaba el derecho de las mujeres a la igualdad con respecto a los hombres y el derecho a la seguridad de la persona.¹⁸⁸

En Europa Occidental, durante la década de los noventa —en particular desde que el tratado de Maastricht, de 1997, que estableció la ciudadanía europea transnacional,¹⁸⁹ —la ciudadanía ha dado lugar a un amplio análisis político, filosófico, sociológico y jurídico, así como a otro tipo de análisis relacionados. La construcción de la ciudadanía, en general, y de la ciudadanía de las mujeres, en particular, varía de acuerdo con el contexto social, político y jurídico de cada país.

En América Latina, por ejemplo, existen por lo menos dos tendencias alrededor de la construcción de la ciudadanía de las mujeres. Una consiste en asegurar que las mujeres tengan los mismos derechos y deberes que los hombres en relación con la ciudadanía, como su capacidad de votar y transmitir la ciudadanía a sus hijos e hijas. La otra es la capacidad de las mujeres de afiliarse a movimientos sociales y políticos para determinar

¹⁸⁵ Anita L. Allen, "The Proposed Equal Protection Fix for Abortion Law: Reflections on Citizenship, Gender, and the Constitution," *Harvard J. of Law & Public Policy* 419 (1994-5)

¹⁸⁶ Reva Siegel, "Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection," 44 *Stanford L. Rev.* 261 (1992).

¹⁸⁷ *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 at 136.

¹⁸⁸ *R. v. Morgentaler* 44 D.L.R.(4th) 385 at 402 (1988).

¹⁸⁹ Sujit Choudhry, "Citizenship and Federations: Some Preliminary Reflections; The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU" in *The US and the EU* 377-402 (Kalypsa Nicolaidis & Robert Howes eds., 2001).

sus destinos.¹⁹⁰ Los movimientos feministas organizados contra la dictadura y el abuso de autoridad han sido particularmente fuertes en América Latina y han originado movimientos a través de los cuales las mujeres traducen sus estrategias de sobrevivencia en demandas políticas y legales de acceso a servicios, entre ellos los servicios de salud reproductiva.¹⁹¹ Los movimientos de las mujeres vinculan la libertad reproductiva a la lucha por asegurar que las mujeres sean sujetos del Estado, no objetos, y se conviertan en motores del desarrollo, más en que sólo clientes de éste.¹⁹² En este contexto, el derecho al aborto representa un logro en el control de las mujeres sobre su destino en la sociedad. La construcción de la ciudadanía no puede reducirse a una simple lista de derechos, sino que más bien precisa la reivindicación de una serie de derechos civiles, políticos, sociales,

económicos y culturales. Además, esta visión de ciudadanía abarca un conjunto de prácticas organizativas que permiten a las mujeres ejercer su poder en la esfera pública.¹⁹³

La eficacia de los organismos gubernamentales de la mujer para colaborar con el movimiento de mujeres en la consecución de sus metas políticas de forma y fondo se conoce como "feminismo estatal".¹⁹⁴ Dicha eficacia dependerá de diversas variables, incluyendo la fuerza de los movimientos feministas, las actividades y características de los organismos gubernamentales de la mujer, las características de los movimientos comunitarios de mujeres y el clima político.¹⁹⁵ El reconocimiento jurídico del derecho de las mujeres al aborto seguro mide, con frecuencia, la eficacia del feminismo estatal y el respeto por la ciudadanía de las mujeres; de manera que el aborto es más seguro donde las mujeres son más respetadas como ciudadanas de los países donde viven.

2. El discurso de las mujeres

Es trillado afirmar que el conocimiento es poder. El poder de los ciudadanos para participar como desean en las actividades de sus familias y sociedades depende significativamente de su acceso a la información.¹⁹⁶ El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo reconoce que hay una interdependencia entre el disfrute de la libertad y la participación política, el disfrute de buenas condiciones de vida, el estar bien informado así como el disfrutar de una buena salud.¹⁹⁷ Así, una comprensión plena del concepto de ciudadanía implica el reconocimiento de la importancia del acceso a información sobre la salud en la consecución del bienestar de los ciudadanos. En muchos casos, sin embargo, las mujeres han sido privadas de los beneficios plenos de la

¹⁹⁰ Jane Jacques, *The Women's Movement in Latin America*, 1989.

¹⁹¹ Berengere Marques-Pereira, "Los Derechos Reproductivos como Derechos Ciudadanos" (Reproductive Rights and Citizenship Rights) in *La Ciudadanía a Debate* (Citizenship Debated), 126 Eugenia Holo and Ana Maria Portugal eds., 1997); Leyla de Andrade Linhares Barsted, "Ten Years of Struggle to Legalize Abortion in Brazil" in *Women Watched and Punished* 223-247 (R. Vasquez ed, 1993).

¹⁹² Magdalena Leon, *Mujeres, Genero and Desarrollo* (Women, Gender and Development) in, *Estudios Basicos de Derechos Humanos IV* (Laura Guzman and Gildo Pacheco eds., 1997).

¹⁹³ Marques-Pereira, supra note 191 at 126; M. Barquet, *Derechos Reproductivos: Muher y Socied*, (Reproductive Rights: Women and Society) 1992.

¹⁹⁴ Dorothy M. Stetson, "Conclusion: Comparative Abortion Politics and the Case for State Feminism" in *Abortion Politics, Women's Movements and the Democratic States: A Comparative Study of State Feminism* (Dorothy M. Stetson ed., 2001) 266-295.

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ Noel Whitty, "The Mind, The Body, and Reproductive Health Information," 18 *Hum. Rts. Q.* 224 (1996); Lynn Freedman, "Censorship and the Manipulation of Reproductive Health Information" in *The Right to Know: Human Rights and Access to Reproductive Health Information* 1-37 (Sandra Coliver ed., 1995).

¹⁹⁷ United Nations Development Programme, *Human Development Report 2002* at 53.

ciudadanía en relación a la información sobre los procedimientos relativos a la atención de la salud.¹⁹⁸ En tiempos recientes, tal privación constituye un ciclo continuo de marginación contra las mujeres como ciudadanas en plenitud de derechos.

En relación con la autodeterminación y la salud reproductiva, la Convención sobre la Mujer exige que las mujeres tengan "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".¹⁹⁹ Tanto el Programa de El Cairo como la Plataforma de Beijing instan a los gobiernos a que eliminen las barreras jurídicas, médicas, clínicas y reglamentarias a la información sobre salud reproductiva²⁰⁰, así como mejorar su calidad.²⁰¹

En un número importante de países, sin embargo, distribuir información sobre métodos anticonceptivos constituye un acto ilícito calificado algunas veces, como delito contra la moral. En países con legislación restrictiva sobre aborto puede constituir delito informar sobre la disponibilidad de servicios de interrupción legal de embarazo en otros países.²⁰² En 1989, por ejemplo, la Corte Suprema de Irlanda confirmó una orden de restricción que prohibía a las asociaciones de estudiantes irlandesas distribuir información sobre clínicas que ofrecían servicios de aborto legal en Gran Bretaña.²⁰³ En 1992, la Corte Europea de Derechos Humanos determinó que esa decisión contravenía los compromisos internacionales asumidos por Irlanda en materia de derechos humanos que protegen el derecho a la libertad de expresión.²⁰⁴ La Corte Europea de Derechos Humanos encontró que ese límite a la libertad de expresión había privado a las clínicas en Irlanda de ofrecer consejería sobre el aborto, y con ello, puesto en riesgo la salud de las mujeres que, debido a la falta de consejo apropiado, buscaban acceder a abortos en etapas tardías de la gestación. Ponderando las desventajas de algunas mujeres, la Corte advirtió que "la restricción tendría efectos adversos en las mujeres sin recursos o el nivel educativo necesario para acceder a fuentes de información alternativas".²⁰⁵

Actualmente existe un creciente reconocimiento público de las injusticias por parte del gobierno irlandés en su esfuerzo por controlar la información y el acceso a servicios. En lo concerniente a acceso a servicios, por ejemplo, la decisión de un juzgado inferior que prohibió a los padres de una niña de 14 años, embarazada producto de una violación, llevarla a Gran Bretaña para obtener un aborto legal,²⁰⁶ fue revertida en apelación.²⁰⁷ El descontento público condujo una reforma constitucional en 1992 para reconocer la libertad de tránsito²⁰⁸ así como recibir información sobre servicios de aborto legal

¹⁹⁸ Freedman, supra note 197, at 1-37.

¹⁹⁹ Women's Convention, supra note 14, Article 10(h).

²⁰⁰ Cairo Programme supra note 8, at para 7.20; Beijing Platform, supra note 9, at paras 103, 107(e).

²⁰¹ Cairo Programme, supra note 8, at para. 7.23; Beijing Platform, supra note 9, at para. 103.

²⁰² *The Right to Know*, supra note 196.

²⁰³ *Attorney General (S.P.U.C.) v. Open Door Counseling Ltd. and Dublin Well Woman Centre Ltd.*, [1994] 2 IR 333, [1994] 1 IRLM 256.

²⁰⁴ *Open Door Counseling Ltd and Dublin Well Women Centre Ltd v. Ireland*, 15 Eur. Ct. H.R. 244 (1993) (European Court of Human Rights).

²⁰⁵ *Id.* para 77.

²⁰⁶ *The Attorney General v. X and Others*, [1992] IRLM 401.

²⁰⁷ *The Attorney General v. X and Others*, [1992] 1 IR 1, (Ir. S.C.).

²⁰⁸ Thirteenth Amendment of the Constitution Act, 23 December 1992, Release 30, Irish Current Law Statutes Annotated 92 (18 Dec. 1992).

disponibles en otros países.²⁰⁹ La Corte Suprema de Irlanda confirmó posteriormente la constitucionalidad de esa reforma.²¹⁰

Varias decisiones de los tribunales de derechos humanos repercuten indirectamente en los derechos a dar y recibir información referida a la salud reproductiva, incluyendo la relativa al aborto legal. Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos encontró que la legislación del Reino Unido violaba la libertad de expresión al restringir severamente los gastos privados en material para distribución en las campañas electorales.²¹¹ En este caso, dicho material resumía los puntos de vista de los tres candidatos sobre el aborto. La Corte favoreció la libertad de expresión, incluyendo el libre debate público, frente a este

intento gubernamental por evitar que las campañas electorales estuviesen indebidamente influenciadas por intereses de grupos bien financiados.

En 1991, la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó una resolución que prohibía a los prestadores de servicios de salud adscritos a clínicas de planificación familiar financiadas con recursos federales, aconsejar a los pacientes a través de la entrega de información acerca de sus opciones sobre el aborto legal.²¹² En contraste, la misma Corte había impedido que los estados requieran a los doctores mostrar a sus pacientes fotografías de fetos o explicar gráficamente el desarrollo fetal con el propósito de disuadir a las mujeres de practicarse abortos.²¹³ La manipulación gubernamental de la información, presentada a individuos negando u obligando, en momentos en que están vulnerables o dependientes, es una forma de negación autoritaria de la autodeterminación individual, fundamento de la interpretación actual de los derechos humanos, reconocidos internacionalmente a decidir qué información recibir libre de control gubernamental.

Tratándose de mujeres que no han afirmado o mostrado indubitablemente su rechazo al aborto²¹⁴, surge la pregunta respecto a que si realmente existe un consentimiento libre e informado para el manejo clínico de sus dificultades particulares o de un eventual embarazo de alto riesgo, cuando no han sido adecuadamente informadas acerca de su opción legal al aborto. La Corte Suprema de los Estados Unidos ha mantenido las "cláusulas de mordaza" nacionales sobre el aborto, incluidas en los contratos de empleo o pago celebrados entre los proveedores de salud y las agencias del gobierno.²¹⁵ Tales agencias pueden, en consecuencia, prohibir a los proveedores de salud informar a sus pacientes de sus derechos constitucionales al aborto.²¹⁶ No obstante, aún está pendiente el litigio acerca de la inconstitucionalidad de la "Ley de la Mordaza Global", revivida en 2001. De acuerdo con ella, los beneficiarios extranjeros de financiamiento estadounidense deben comprometerse a no contribuir a la liberalización de la legislación

²⁰⁹ Fourteenth Amendment of the Constitution Act, 23 December 1992, Release 30, Irish Current Law Statutes Annotated 92 (18 Dec. 1992).

²¹⁰ Article 26 and The Regulation of Information (Services Outside the State for Termination of Pregnancy) Bill 1995, 1 IR 1 (Ireland) (1995).

²¹¹ *Bowman v. United Kingdom*, 141 Eur. Ct. H.R. at 1 (1996) According to this case, the freedom to travel (the Thirteenth Amendment) was upheld but was still held to be subordinated to the right to life of the unborn unless the travel for the purpose of obtaining an abortion was necessary to protect the life of the mother.

²¹² *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991) at 4420.

²¹³ *City of Akron, Ohio v. Akron Center for Reproductive Health* 462 U.S. 416 (1983).

²¹⁴ See *Arndt v. Smith* (1997), 148 D.L.R. (4th) 48 (Sup. Ct. Can.).

²¹⁵ *Rust v. Sullivan*, *supra* note 212.

²¹⁶ William J. Curran, Mark A. Hall, Mary Anne Bobinski, David Orentlicher, *Health Care Law and Ethics* 213-261 (5th ed., 1998),

sobre aborto en sus países así como tampoco pueden colaborar con organizaciones no gubernamentales estadounidenses comprometidas con la reforma mundial de la legislación sobre aborto para ajustarla a los estándares de derechos humanos. Se ha afirmado que al denegar a los miembros de organizaciones no gubernamentales de los Estados Unidos su derecho a recibir e intercambiar información con organizaciones extranjeras, la “Ley de la Mordaza Global” viola sus derechos a recibir información y a la libertad de expresión. El Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito no encontró convincente este argumento.²¹⁷

La legislación que requiere ofrecer consejería previa al procedimiento de aborto es consistente con los derechos de las mujeres a la información, siempre y cuando esta

consejería sea una oportunidad para fortalecer el ejercicio de su capacidad de decidir. La legislación que obliga a las solicitantes de un aborto a recibir consejería no solicitada o aprobada por ellas, menosprecia a las mujeres como seres plenamente capaces de tomar sus propias decisiones y, en consecuencia, viola sus derechos a la libertad,²¹⁸ aún cuando —aunque no es invariable el caso— la consejería esté libre de prejuicios. A veces la legislación también exige que haya una “distancia reflexiva” entre la solicitud de un aborto legal y su realización, de manera que la mujer pueda reflexionar las implicaciones de su decisión, ya sea morales o de otra naturaleza. Estas disposiciones también degradan a la mujer al considerarla incapaz de tomar decisiones, y con frecuencia sólo se proponen desalentar o frustrar su decisión.

3. La decisión de las mujeres y el requisito de la autorización de terceros

El Programa de El Cairo y la Plataforma de Beijing invocan los derechos individuales a la vida privada con el fin de contener la intromisión de los funcionarios públicos, asegurando así que las mujeres ejerzan su autodeterminación y tomen decisiones de manera confidencial en materia reproductiva.²¹⁹ La Recomendación General 24 del CEDAW explica 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[...] . 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.²²⁰

La legislación o políticas que exigen a las mujeres la autorización de un tercero para practicarse un aborto —por ejemplo sus parejas masculinas, los padres, los médicos o los

²¹⁷ *Center for Reproductive Law and Policy v. Bush*, US District Court, Southern District of New York, 2001 WL 868007 (S.D.N.Y.) 2001 (31 July 2001); 2001 U.S. Dist. LEXIS 10903, The Center for Reproductive Law and Policy, Janet Benshoof, Anika Rahman, Katherine Hall Martinez, Julie Ernst, Laura Katzive, Melissa Upreti and Christina Zampas, Plaintiffs, v. George W. Bush, in his official capacity as President of the United States, Colin Powell, in his official capacity as Secretary of State, and Andrew Natsios, in his official capacity as Administrator of the United States Agency for International Development, Defendants, 01 Civ. 4986 (LAP), U.S. Dist. Ct. S.D.N.Y., 31 July 2001, Decided; 31 July 2001, filed.

²¹⁸ Nanette Funk, “Abortion Counselling and the 1995 German Abortion Law,” 12 Connecticut J. of Int’l Law 33 (1996).

²¹⁹ *Cairo Programme*, *supra* note 8, at paras. 7.3, 7.12, 7.17-7.20; *Beijing Platform*, *supra* note 12, at paras. 103, 107(e), 108(m), 267.

²²⁰ CEDAW Gen. Rec. 24, *supra* note 15, para14.

comités de hospitales— han sido impugnadas arguyendo su efecto negativo en la salud y su trasgresión al derecho de las mujeres a tomar decisiones respecto de sus vidas privadas. Los tribunales y cortes de países de diversas regiones del mundo, ²²¹ la Corte Europea de Derechos Humanos²²² y la Comisión de Derechos Humanos²²³ han confirmado de manera consistente el derecho de las mujeres a decidir libremente practicarse un aborto legal frente al intento de sus parejas para obtener un veto que impida la realización del mismo. Los tribunales han desestimado consistentemente las demandas que plantean que el aborto legal solicitado por las mujeres sin la autorización de sus parejas, es ilegal. La Corte Constitucional de Italia, por ejemplo, rechazó el argumento de que la legislación italiana sobre aborto era contraria al artículo 29 de la constitución porque no otorgaba al esposo

intervención jurídica alguna en la decisión de la mujer respecto al aborto. ²²⁴ El artículo 29 establece que el matrimonio está basado en la igualdad moral y jurídica del esposo y la esposa. La Corte sostuvo que la decisión de la legislatura respecto a poner la carga de tomar la decisión de un aborto en la esposa, era racional si se tomaba en consideración el mayor efecto que el embarazo tiene en la salud física y mental de la mujer en comparación con la del hombre. La Corte Europea de Derechos Humanos emitió una resolución sosteniendo que cualquier interpretación del derecho de un padre putativo debe tomar primeramente en cuenta los derechos de las mujeres que solicitan un aborto, ya que son ellas las personas primordialmente interesadas en el embarazo y su interrupción o continuación. ²²⁵

La Corte Suprema de los Estados Unidos examinó una ley promulgada en Pennsylvania que requería que una mujer casada, no obtuviera necesariamente la autorización de su esposo, pero firmara una declaración asegurando que le notificó su intención de someterse a un aborto. ²²⁶ La Corte sostuvo que dicha disposición era inconstitucional, pues violaba el derecho de la mujer a la privacidad. No obstante, la Corte confirmó las disposiciones que obligan a la mujer a recibir información con, al menos, veinticuatro horas de anticipación a realizarse el aborto; que ordenan el consentimiento informado de uno de los padres de una menor que busca un aborto, y que exigen reportes a las instituciones que proporcionan servicios de aborto.

4. Conciencia y deber profesional

Algunos hospitales y organizaciones de atención a la salud demandan institucionalmente su apego a creencias religiosas que condenan el aborto y su derecho a no ofrecer tales procedimientos. Sin embargo, los derechos humanos sólo residen en los individuos y no en las instituciones y otras formas de sociedades. Los administradores de instituciones de filiación religiosa pueden demandar el derecho a no convertirse personalmente en cómplices de conductas que consideran pecaminosas. Sus conciencias deberían ser

²²¹ A v. B, 35 (iii) P.D. 57 (Supreme Court of Israel, 1981); Attorney-General (QLD) ex rel. Kerr v. T, 46 ALR 275 (High Court of Australia, 1983); C. v. S., 2 W.L.R. 1108 (Court of Appeal, England, 1987); *Judgment of 15 Feb., 1978*, Dec. No. 157/77, 3 Yugoslav Law 65 (Constitutional Court of Yugoslavia, 1979); *Judgment of 31 Oct. 1980*, Conseil d'Etat, D.S. Jur. 19,732 (Council of State of France, 1980); Kelly v. Kelly, 2 FLR 828 (Court of Session, Scotland 1997); *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 U.S. 52, 69 (1976); *Tremblay v. Daigle*, (1998), 62 D.L.R. (4th) 634, 665 (Can.).

²²² H v. Norway, 73 Decisions and Reports 155 (1992) (European Court of Human Rights).

²²³ Paton v. United Kingdom, 3 E.H.R.R. 408 (1980) (Eur. Comm'n Hum. Rts.)

²²⁴ Judgment No. 389 of Mar. 31, 1988, Corte Cost., Gazz. Ufficiale, 1 serie speciale, 13 April 1988, n.15 Giur. Cost e Civ. 2110 (1988).

²²⁵ H v. Norway, *supra* note 222, at 170.

²²⁶ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

respetadas en el máximo grado posible. No obstante, cuando sus instituciones son responsables de la atención pública de la salud de individuos de distintas creencias religiosas que no tienen acceso a instituciones alternativas, se presenta un conflicto entre los derechos humanos de los administradores de las instituciones y de quienes les han confiado la atención de su salud y bienestar. Algunos países han legislado explícitamente para que las instituciones de atención a la salud financiadas con recursos públicos estén obligadas a satisfacer las necesidades de los integrantes de las comunidades a las que sirven respecto de servicios de salud considerados legales.²²⁷

Los derechos humanos de los prestadores de servicios de salud, en particular sobre la base de la libertad religiosa, les permiten hacer valer su objeción de conciencia respecto de la realización de un aborto. En consecuencia, no pueden ser jurídicamente obligados a participar. Incluso, pueden, eventualmente, alegar objeción de conciencia respecto a formas de colaboración menos importantes en los procedimientos, como la preparación que hacen las enfermeras de las mujeres que se someten a un aborto. Las mujeres que no están en riesgo de muerte inminente no pueden exigir la participación de los médicos o

de otros prestadores de servicios de salud en la ejecución directa de un procedimiento de aborto. Aunque sí pueden demandar que las instituciones dispongan de personal capacitado para prestar servicios de aborto legal y otros relacionados con éste que requieran; a menos de que, como en algunos estados de los Estados Unidos, las instituciones hayan obtenido inmunidad de acuerdo a la ley.

La legislación de algunos países, principalmente de los que aceptan el derecho a la objeción de conciencia,²²⁸ hace explícito lo que usualmente está implícito en la legislación que regula la prestación general de servicios de atención de salud. La sección 4 de la Ley de Aborto de 1967 de Gran Bretaña, con su última reforma, sirve como modelo. La subsección 1 dispone que "ninguna persona deberá estar obligada, ya sea por contrato o por cualquier requisito reglamentario o jurídico, a participar en cualquier tratamiento... ante el cual tenga una objeción de conciencia". La carga de la prueba de la objeción corresponde a quien la alega. Esta subsección no afecta el deber de participar en un tratamiento necesario "para salvar la vida o para prevenir un daño grave o permanente a la salud física o mental de la mujer embarazada".²²⁹ En 1989, Dinamarca reformó su legislación sobre aborto para reconocer el derecho de objeción de conciencia de los estudiantes de medicina y prestadores de servicios de salud,²³⁰ pero exige a las instituciones asegurar el acceso apropiado de las mujeres a los servicios. La legislación de Guyana refleja, de manera similar, el marco jurídico que rige en general a los prestadores de servicios de salud; ya que aun cuando, en principio, reconoce la objeción de conciencia, no permite la expresión de dicha objeción cuando está en riesgo la vida de la mujer y no existe disponibilidad inmediata de servicios alternativos.²³¹

Según la doctrina del doble efecto,²³² la conciencia basada en la fe religiosa permite normalmente las intervenciones para salvar la vida, incluyendo las que interrumpen el embarazo. Por ejemplo, la interrupción del embarazo tubario o ectópico no se considera

²²⁷ See, e.g., Danish Act on Abortion, Order 633 (15 Sept. 1986).

²²⁸ Emily N. Marcus, "Conscientious Objection as an Emerging Human Right," 38 *Virginia Journal of International Law* 507 (1998).

²²⁹ British Abortion Act 1967, as amended, Sec 4(2)

²³⁰ See *supra* note 227; Danish Acts. No. 350(24 May 1989), 389 (7 June 1989) amending the 1986 Act.

²³¹ Medical Termination of Pregnancy Act, No. 7 (1995).

²³² Daniel P. Sulmasy and Edmund D. Pellegrino, "The Rule of Double Effect: Clearing-up the Double Talk," 159 *Archives of Internal Medicine* 545 (1999).

aborto directo o deliberado. El alcance de los derechos a la objeción de conciencia está determinado por las características de la legislación de cada país. Algunas de estas leyes impiden que el personal de salud se rehúse a prestar atención postoperatoria a las pacientes que se han sometido a un aborto, o a mecanografiar el documento necesario para referir a las mujeres a servicios de aborto.²³³ Es tarea de las cortes y tribunales equilibrar los distintos intereses en conflicto en lo concerniente al aborto. Las instituciones que se niegan a emplear personal, a menos de que compartan su convicción colectiva, ya sea a objetar los abortos o a llevarlos a cabo en todas las circunstancias, pueden violar el derecho humano a la no discriminación, basada en las convicciones religiosas o de otra índole, en la obtención del empleo. Las leyes contienen generalmente la disposición implícita —que la ley danesa hace explícita— de que las instituciones responsables de servicios de salud deben cumplir su deber contratando al personal adecuado para prestar los servicios de aborto legal, respetando, a la vez, el derecho individual a la objeción de conciencia. No obstante, el CEDAW ha criticado a los países que permiten la objeción de conciencia a los prestadores de servicios de salud con el fin de negar a las

mujeres el acceso oportuno a los servicios de aborto legal, por ejemplo Croacia²³⁴ y el sur de Italia.²³⁵ Con apego a los pactos de derechos humanos, los Estados son responsables internacionalmente por no asumir estrategias de contratación apropiadas para servir los intereses de salud de las mujeres.

Los derechos humanos de las mujeres a la libertad y a la seguridad de elección en lo relativo al aborto son comprometidos cuando los prestadores de servicios de salud ofrecen servicios no sólo violando la confidencialidad de sus pacientes, sino con prejuicios. Los prestadores pueden, por ejemplo, considerar que las mujeres son seres inmorales o ignorantes porque han tenido un embarazo no planeado. Se consideran aún más contrarias a estos derechos, las conductas punitivas que niegan a las mujeres alivio físico para el dolor y consuelo psicológico durante la realización de los procedimientos de aborto, o acompañar estos procedimientos con amenazas respecto a futuros embarazos no planeados, como el hecho de que se les negará servicios de salud futuros. No sólo los prestadores de servicios de salud son responsables de esas actitudes punitivas y maltratos carentes de ética, sino también los gobiernos que no toman medidas para desalentar, castigar y eliminar prácticas que violan los derechos humanos de las pacientes. Las agrupaciones profesionales e institucionales autorizados por la ley para sancionar a los profesionales y las instituciones que prestan servicios de salud, pueden encontrarlos responsables de violar los derechos humanos de las pacientes.

V. Un Camino Abierto: La Evaluación De Las Exigencias De Los Derechos Humanos

Una evaluación del cumplimiento de los deberes jurídicos de los Estados frente a los derechos humanos y al mejoramiento de la salud de las mujeres en relación con el aborto puede basarse en valoraciones del alcance, causas y consecuencias del aborto inseguro a nivel nacional o en una comunidad en particular. Las evaluaciones pueden emplear los datos disponibles o basarse en la recolección de nuevos datos relevantes. También pueden recurrir a los códigos de ética médica; a la legislación y a la jurisprudencia de las Cortes; al examen de las políticas gubernamentales, de las instituciones de servicios de

²³³ *Janaway v. Salford Health Authority* 3 All ER 1079 (1988) (House of Lords, England).

²³⁴ Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Croatia, (18th Sess. 1998) U.N. Doc. CEDAW/C/1998/1/L.1/Add.3. (1998) at para 31, 35.

²³⁵ Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Morocco, 16th & 17th Sess., U.N. Doc. A/52/38/Rev.1 (1997) at paras 353, 360.

salud y de otras instancias que favorecen u obstaculizan los servicios de aborto. Se debe determinar si la legislación y las políticas que facilitan el acceso operan en la realidad, y si no es así, cómo podrían hacerlo. Se debe identificar si la legislación y las políticas obstaculizan las decisiones de las mujeres en relación con su salud en general y específicamente con el aborto, así como su acceso a los servicios; al igual que la legislación que facilita u obstaculiza el empoderamiento de las mujeres.

Las evaluaciones son necesarias para medir el cumplimiento y compromiso con los derechos humanos en diferentes niveles, incluyendo la atención clínica, el funcionamiento de los sistemas de salud y la influencia de las condiciones sociales, económicas y jurídicas subyacentes. Estos niveles no son necesariamente diferenciables y a veces se yuxtaponen unos a otros. La inobservancia de la obligación de respeto a los derechos humanos de las mujeres en un nivel puede causar o exacerbar inobservancia en otro nivel. Para realizar las evaluaciones de derechos humanos en los servicios de aborto, puede recurrirse a las ciencias sociales, a la epidemiología y a la investigación jurídica. Adicionalmente, las Observaciones Concluyentes de los comités de monitoreo de los tratados de derechos humanos así como los informes de investigación de hechos (Fact-finding), indican a

menudo las medidas más urgentes que deben tomarse para que la legislación, las políticas y las prácticas cumplan con el marco jurídico en materia de derechos humanos. A continuación, se exploran algunos ejemplos de la información que deben incluir las evaluaciones de las exigencias de los derechos humanos en los tres niveles: atención clínica, organización de los sistemas de salud y condiciones sociales, económicas y jurídicas subyacentes.²³⁶

A. Atención clínica

Un punto de partida para evaluar el respeto por los derechos en la atención clínica consiste en examinar los protocolos de tratamiento para las mujeres que buscan servicios de aborto o tratamiento para abortos incompletos o espontáneos. Si tales protocolos no existen, las investigaciones deben indicar si se han dado los pasos para desarrollarlos. Cuando los protocolos existen, se impone una evaluación para determinar la medida en que estos exigen respeto por las decisiones de las mujeres, en qué grado son utilizados en la capacitación de los prestadores de servicios de salud, y si en realidad las disposiciones se cumplen al ofrecer los servicios.

Una evaluación debería examinar la manera en que la atención clínica del aborto incorpora la atención de enfermedades subyacentes o condiciones específicas o prevalentes tales como la malaria, la anemia drepanocítica, la hepatitis y el VIH/SIDA, entre subgrupos de mujeres embarazadas. En consecuencia, las medidas tomadas para asegurar que se proporcionan los servicios de aborto a las mujeres afectadas deben asegurar también que las condiciones subyacentes sean consideradas y que las mujeres afectadas sean referidas a tratamiento adecuado. Los problemas de salud reproductiva que enfrentan dichos grupos de mujeres deberían abordarse de un modo no discriminatorio y constructivo. Una evaluación podría revisar, también, las respuestas a las condiciones sociales con manifestaciones clínicas, como la violencia doméstica resultante del embarazo no deseado que lleva al aborto inseguro.

²³⁶ Compare the work on developing a human rights impact assessment in the context of HIV/AIDS by Larry O Gostin and Zita Lazzarini, *Human Rights and Public Health in the AIDS Pandemic*, ch. 3 (1997)

Una evaluación apropiada debe poner énfasis en los esfuerzos realizados para reducir el estigma del embarazo no planeado; así como, si el aborto se atiende clínicamente respetando a todas las mujeres que solicitan los servicios, con independencia de sus razones, circunstancias o condición socioeconómica. Una evaluación debería buscar datos, incluyendo los anecdóticos, para determinar si los prestadores muestran respeto por la dignidad de las mujeres y no actúan prejuiciosamente hacia las pacientes por aborto. Se debe observar si los prestadores de servicios de salud son adecuadamente entrenados en la importancia de mantener la confidencialidad, puesto que las faltas a ésta pueden ser violaciones no sólo a sus deberes de ética profesional, sino también a las leyes sobre confidencialidad de las y los pacientes.²³⁷

La búsqueda de atención médica por complicaciones post-aborto que ponen en riesgo la vida, es desalentada cuando las leyes permiten, o incluso imponen, a los profesionales de salud la obligación de reportar a las autoridades policiales a las mujeres que, de acuerdo con sus apreciaciones, han recurrido a un aborto ilegal. Por ejemplo, en 1998, en Argentina, la Suprema Corte de la provincia de Santa Fe determinó que un ginecólogo estaba autorizado a quebrantar la debida confidencialidad médica para informar a las

autoridades que una paciente, que buscaba tratamiento por complicaciones de aborto, podría haber iniciado el procedimiento ilegalmente.²³⁸ Esta clase de reporte a las autoridades policiales y su respaldo judicial provoca una profunda preocupación por la observancia de los derechos humanos de las mujeres.

Aun cuando el aborto inducido esté legalmente limitado, la salud de las mujeres exige tratamientos competentes para el aborto incompleto o espontáneo, sin importar su origen. La atención postaborto implica que cuando las mujeres sufren complicaciones como consecuencia de procedimientos ilegales, ellas deben ser tratadas con el cuidado, cortesía y compasión que se espera de los prestadores de servicios de salud como un aspecto de su profesionalismo. La crueldad deliberada o la indiferencia hacia el sufrimiento es tan intolerable en el caso del aborto ilegal como en el de, por ejemplo, los cirujanos que tratan las heridas de un delincuente fugitivo o de un opositor militar.²³⁹ Una evaluación debería considerar los medios por los cuales las normas profesionales para la atención post-aborto son aplicadas y supervisadas.

B. Sistemas de salud

Una evaluación del grado en que los sistemas de salud respetan los derechos reproductivos, en particular, y, en general, los derechos humanos de las mujeres podría examinar las barreras en la disponibilidad de la atención, así como la legislación, las políticas y las prácticas que disuaden a las mujeres de acceder a los servicios. En mayo de 1998, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al supervisar el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó en sus Observaciones Concluyentes su preocupación por el Informe presentado por Polonia. Las Observaciones puntualizaban que: "los servicios de planificación familiar no son proporcionados dentro del sistema público de salud, de manera que las mujeres no tienen acceso a una anticoncepción asequible". El Comité también advirtió que "recientemente se han impuesto restricciones al aborto que excluyen los motivos económicos y sociales

²³⁷ Bernard M. Dickens & Rebecca J. Cook, "Law and Ethics in Conflict Over Confidentiality," *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 70 (2000) 385-391.

²³⁸ Case T. 148 PS. 357/428, Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe, 2 August 1998 (Supreme Court of the Province of Santa Fe, Argentina).

²³⁹ British Medical Association, *Medicine Betrayed: The Participation of Doctors in Human Rights Abuses* (1992).

para efectuar abortos legales... a causa de estas restricciones, las mujeres polacas están recurriendo actualmente a abortistas sin escrúpulos, arriesgando, con ello, su salud".²⁴⁰

Se necesita un examen de las barreras en la disponibilidad de servicios de aborto y otros servicios relacionados. Las barreras incluyen la falta de implementación de leyes y políticas que benefician la salud de las mujeres debido a la prohibición o restricciones legales para ciertos procedimientos, o, por ejemplo, al abuso de la objeción de conciencia por parte del personal de salud para evadir su participación en procedimientos considerados como legales. Debería observarse la baja prioridad que tienen los servicios de aborto legal en las instituciones de salud o en la asignación de los recursos presupuestarios. Debería explorarse si se ofrecen o no a las mujeres servicios de atención en momentos adecuados y cómo éstos responden a sus necesidades de atención, incluyendo la disponibilidad o no de guarderías en las instalaciones donde las mujeres reciben consejería o tratamiento. En un sistema de atención a la salud, solicitar la autorización de un tercero, como el requisito de consentimiento del esposo²⁴¹; no tratar a

las adolescentes conforme a la "evolución de sus facultades"²⁴² en lo que a servicios de aborto se refiere, y exigir pagos o copagos, particularmente para las adolescentes más jóvenes, son maniobras disuasivas que alejan a las mujeres de los servicios que el sistema de salud proporciona. El CEDAW ha condenado como discriminación contra la mujer las leyes y políticas que condicionan el acceso de las mujeres a servicios de aborto legal a la autorización de otras personas o grupos de personas, como los comités de aborto terapéutico: los hombres no enfrentan esos obstáculos para obtener la atención médica que necesitan. En relación con el Informe sometido por el gobierno de Turquía, por ejemplo, el CEDAW consideró, según la Convención sobre la Mujer, que el requisito de que una mujer obtenga la autorización de su esposo para someterse a un aborto violaba su derecho a la igualdad ante la ley.²⁴³

Son necesarias evaluaciones en el nivel del sistema de salud para encontrar hasta qué punto las excepciones legales para el aborto operan realmente en la práctica. Algunas jurisdicciones, como las de algunos estados de México, admiten la legalidad del aborto en caso de violación, pero no disponen de los servicios necesarios para que las mujeres puedan recurrir a dichos procedimientos.²⁴⁴ En uno de esos estados, los prestadores de servicios de salud obstruyeron notoriamente el acceso a los servicios a una adolescente víctima de violación, que tenía legalmente derecho, y la forzaron a dar a luz un niño.²⁴⁵ En contraste, un grupo de mujeres que hace gestoría en materia de salud en Brasil celebró convenios de colaboración con la policía para investigar denuncias de violación y proporcionar acceso oportuno a servicios de aborto en casos donde está legalmente

²⁴⁰ Report of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, U.N. Doc. E/C.12/1998/28, para. 12 at 40-49

²⁴¹ Rebecca J. Cook, "International Protection of Women's Reproductive Rights", 24 *New York University Journal of International Law and Politics* 645, 697-8 (1992); Reed Boland, "Population Policies, Human Rights, and Legal Change," 44 *American University Law Review* 1257, 1276-8 (1995).

²⁴² Rebecca J. Cook and Bernard M. Dickens, "Recognizing Adolescents' 'Evolving Capacities' to Exercise Choice in Reproductive Health Care," 70 *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 13-21 (2000).

²⁴³ Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Turkey, 16th Sess, Doc. A/52/38/Rev 1, paras 151-206 at para 196. (1997)

²⁴⁴ Mariclaire Acosta, "Overcoming the Discrimination of Women in Mexico: A Task for Sisyphus", in *The (Un)Rule of Law and the Underprivileged in Latin America* 160-180 (Juan Mendez, Guillermo O'Donnell and Paulo S. Pinheiro, eds., 1999).

²⁴⁵ Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), *Paulina: In the Name of the Law*, Mexico City: GIRE, 2000

permitido y donde la evidencia de la violación es convincente.²⁴⁶ Trabajando en conjunto con la Federación Brasileña de Asociaciones de Ginecólogos y Obstetras y el Ministerio de Salud de Brasil, esos grupos de mujeres elaboraron un protocolo de tratamiento para víctimas de violación que actualmente se utiliza ampliamente como guía en las secciones de emergencia de los hospitales y para entrenar a prestadores de servicios de salud. Las evaluaciones deberían tener en cuenta estas colaboraciones.

Las evaluaciones deberían determinar también si la legislación y las políticas sobre aborto exigen excesivas calificaciones a los prestadores de salud para atender los servicios de aborto. Cuando se exige una calificación excesiva, se está reduciendo el número del personal capaz de proporcionar tales servicios, por lo cual debería analizarse qué posibilidades existen para determinar si los organismos o instituciones públicas deben modificar esas políticas o si, por ejemplo una resolución judicial puede determinar si otro personal debidamente capacitado –como las enfermeras (os)- es legalmente competente para prestar dichos servicios. El Real Colegio de Enfermeras (os) del Reino Unido solicitó una declaración judicial que aclarara su posibilidad de realizar abortos bajo autorización y supervisión médica. La decisión emitida confirmó que las enfermeras (os)

que intervenían incluso asistencialmente en los procedimientos de aborto estaban legalmente protegidas al igual que los médicos responsables.²⁴⁷

La legislación muestra cómo los sistemas de salud pueden calibrar los requisitos de aprobación del aborto a nivel de la intervención médica, así como simplificar los requisitos para los servicios más básicos. Por ejemplo, las legislaciones sobre aborto de Guyana y Sudáfrica permiten la interrupción del embarazo durante el primer trimestre efectuada o supervisada por médicos practicantes y colegiados, por ejemplo en la oficina de un médico. Pese a ello y no obstante el amplio debate en torno a la promulgación de la ley de Guyana de 1995, se descubrió que los principales hospitales del país no estaban preparados para implementar las disposiciones de la ley, ya que carecían de los medios para ofrecer servicios clínicos, así como tampoco contaban con la normativa para informar y aconsejar a las mujeres y a sus parejas antes y después al aborto.²⁴⁸ Esta falta de capacidad para poner en práctica las leyes progresistas no es única. Las investigaciones ponen de manifiesto que las mujeres aún necesitan recurrir al aborto realizado por personal no calificado por ejemplo en la India²⁴⁹ y Zambia²⁵⁰, a pesar de que cuentan con una legislación progresista desde 1971 y 1972, respectivamente. El problema es particularmente agudo en la India, donde cerca del 90 por ciento de los abortos se efectúa en condiciones ilegales debido a la combinación de violaciones indirectas de los derechos y de la organización del sistema de salud. En consecuencia,

²⁴⁶ Jacqueline Pitanguy & Luciana S. Garbayo, *Relatorio do Seminario a Implementacao do Aborto Legal no Servico Publico de Saude* (Report of a Seminar on the Implementation of Legal Abortion with the Public Health Service) (Rio de Janeiro, Brazil: Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informacao e Acao, 1995).

²⁴⁷ *Royal College of Nursing of the United Kingdom v. Department of Health and Social Security*, [1981] 1 All ER 545 (House of Lords, England).

²⁴⁸ Fred E. Nunes, & Yvette.M. Delph, "Making Abortion Law Reform Work: Steps and Slips in Guyana", *Reproductive Health Matters*, Vol. 9 (1997), pp. 66-76.

²⁴⁹ Bela Ganatra, "Unsafe Abortion in South and South East Asia" in *Priorities and Needs in the Prevention of Unsafe Abortion and its Consequences: Report of an International Consultation*, Geneva, World Health Organization (Iqbal Shah and Ina Warriner eds., forthcoming 2002) (on file with author).

²⁵⁰ Winny Koster-Oyekan, "Why resort to illegal abortion in Zambia? Findings of a Community-based Study in Western Province," *46 Social Science and Medicine* 1303 (1998).

una evaluación no puede pretender que la reforma jurídica por sí misma consiga la reforma del sistema de salud.²⁵¹

C. Condiciones sociales, económicas y jurídicas

Los obstáculos para mejorar la salud reproductiva de las mujeres, incluido el acceso a los servicios de aborto seguro, son a menudo originados por las condiciones sociales, económicas, culturales y jurídicas que vulneran los derechos humanos de las mujeres. Una evaluación respecto de las exigencias de los derechos humanos podría demostrar que los factores sociales, como el analfabetismo, la falta de educación u de oportunidades de empleo, niegan a las mujeres jóvenes alternativas frente al embarazo precoz no deseado o a un nuevo embarazo, negándoles los medios económicos o de otro tipo para acceder a la anticoncepción.

La vulnerabilidad de las mujeres respecto a los abusos tanto sexuales como de otro tipo, dentro o fuera del matrimonio, aumenta su riesgo de un embarazo no planeado y de un aborto inseguro, y está igualmente asociado al consecuente deterioro de su salud, incluso mental.²⁵² Una investigación debería determinar, por ejemplo, si las leyes protegen adecuadamente a las mujeres como a las niñas frente a la coacción y el abuso sexual.

Los estudios revelan que la primera relación sexual es predominantemente forzada en muchas comunidades y afecta al 32 por ciento de las niñas y las mujeres.²⁵³ Una legislación que no protege adecuadamente a las mujeres y las niñas de la coacción en las relaciones sexuales socava la independencia de las mujeres y su capacidad para autoprotgerse de los embarazos no deseados. Las evaluaciones deberían enfocarse tanto en la existencia o no de leyes y políticas así como en su aplicación para que garanticen efectivamente la protección de las mujeres contra las relaciones sexuales no deseadas, de modo que puedan controlar la frecuencia y el número de nacimientos.

Las investigaciones con perspectiva de género en el campo de las ciencias sociales y jurídicas permiten identificar cómo determinadas condiciones socio-jurídicas inciden en el número de embarazos no deseados y abortos inseguros. Por ejemplo, un estudio realizado en Dar es Salaam, Tanzania, mostró que 432 de 455 jóvenes que fueron hospitalizadas (cerca del 95 por ciento) fueron ingresadas con complicaciones de aborto. Estos abortos se debían a embarazos no deseados como consecuencia de relaciones entre mujeres jóvenes y hombres maduros, quienes actuaban como los llamados "sugar daddies", quienes pagaban por su manutención a cambio de sexo.²⁵⁴

²⁵¹ Vandana Tripathi, "Applying a Human Rights Framework to the Provision of Abortion Care and Related Reproductive Health Services in India," 2(2) *Journal of Health & Population in Developing Countries* 11 (1999).

²⁵² Leyla Gulcur, "Evaluating the Role of Gender Inequalities and Rights Violations in Women's Mental Health," *Health and Human Rights*, 2000, 5 (1): 47-66 (2000)

²⁵³ Lori Heise, Ellsberg M. Gottemoeller, "Ending Violence against Women." *Population Reports*, Series I, 1999, 11: 9-18, 10-11.

²⁵⁴ Gottlieb S. Mpangile, Melkizedeck T. Leshabari, David J. Kihwele, "Induced Abortion in Dar es Salaam, Tanzania: The Plight of Adolescents" in *Abortion in the Developing World* 387-403. (Axel I. Mundigo and Cindy Indriso eds., 1999).

En la actualidad, existen estudios comparativos por países²⁵⁵ y regiones²⁵⁶ que facilitan información sobre la situación de las mujeres y sus oportunidades, de acuerdo con las leyes existentes.²⁵⁷ La investigación jurídica puede mostrar cómo las leyes comprometen o favorecen los intereses de las mujeres en el ámbito privado, familiar, y público, así como los efectos indirectos en su salud reproductiva. El derecho de familia expresa con frecuencia los valores culturales básicos de una comunidad, como por ejemplo el derecho a heredar la propiedad, incluida la tierra. La resistencia de las culturas a la igualdad entre mujeres y hombres ha perpetuado de manera inconsciente la subordinación y falta de poder de las mujeres como una condición "natural" en el ámbito familiar y en el orden social tan profunda, donde incluso la desventaja misma de las mujeres se hace a veces, invisible. Es decir, que cuando se detecta la subordinación y falta de poder no sólo se consideran como una característica propia de las mujeres, sino como una condición necesaria del orden y la estabilidad social. Así la disciplina social y familiar se asume como parte de la autoridad de los hombres para tomar decisiones.

Las leyes que perpetúan el estado de inferioridad de las mujeres respecto a los hombres, y obstaculizan su acceso a los servicios de salud, ponen gravemente en riesgo los esfuerzos realizados para mejorar la salud reproductiva y la salud en general de las mujeres. Este tipo de legislación presenta diferentes formas como, por ejemplo, las leyes que impiden su independencia económica limitando su acceso a la educación o al empleo, su capacidad para heredar u obtener préstamos financieros o créditos, pero todas ellas vulneran el derecho de las mujeres a tomar sus propias decisiones sobre sus vidas y su salud.²⁵⁸ Debe tomarse en cuenta la legislación penal y el derecho de familia y otro tipo de legislación que condona, tolera o ignora la violencia contra las mujeres, como por ejemplo las leyes injustas en materia de familia, educación y empleo, que niegan a las adolescentes y a las mujeres adultas otras alternativas de vida distintas al matrimonio o que condicionan su realización personal al matrimonio y la maternidad. El análisis debe incluir las leyes que exigen o permiten la expulsión de la escuela de las niñas embarazadas, o exigen pruebas de virginidad para la admisión a instituciones educativas o capacitación profesional para el empleo.

La compatibilidad de las leyes y políticas de aborto con la titularidad de los derechos humanos puede entenderse a la luz de las condiciones y circunstancias específicas de las mujeres. Una evaluación respecto a las exigencias de los derechos humanos debe abordar cómo afrontan las mujeres los embarazos no planeados, el recurso a servicios de

²⁵⁵ *The Anti-Abortion Law in Poland: The Functioning, Social Effects, Attitudes and Behaviors* (Wanda Nowicka ed., 2000)

²⁵⁶ See, for example, Violeta Bermudez, *La Regulación Judicial del Aborto en América Latina y el Caribe* (1997); Center for Reproductive Law and Policy, and Demus, *Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer, Women of the World: Laws and Policies Affecting their Reproductive Lives – Latin America and the Caribbean* (1997) and its Progress Report (2000); Center for Reproductive Law and Policy and International Federation of Women Lawyers-Kenya Chapter, *Women of the World: Laws and Policies Affecting their Reproductive Lives: Anglophone Africa* (1997) and its Progress Report (2001).

²⁵⁷ See, for example, Violeta Bermudez, *La Regulación Judicial del Aborto en América Latina y el Caribe* (1997); Center for Reproductive Law and Policy, and Demus, *Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer, Women of the World: Laws and Policies Affecting their Reproductive Lives – Latin America and the Caribbean* (1997) and its Progress Report (2000); Center for Reproductive Law and Policy and International Federation of Women Lawyers-Kenya Chapter, *Women of the World: Laws and Policies Affecting their Reproductive Lives: Anglophone Africa* (1997) and its Progress Report (2001).

²⁵⁸ Center for Reproductive Law and Policy, *Reproductive Rights 2000-Moving Forward* (2000).

aborto seguro e inseguro, los sistemas de salud de los que dependen y las condiciones sociales, económicas y jurídicas que afectan su salud y sus decisiones reproductivas.

Rebecca J. Cook recibió su título de bachiller en Barnard, obtuvo una maestría en Tufts y una Maestría en Administración Pública en Harvard. También obtuvo un doctorado en leyes por Georgetown y un posdoctorado por Columbia. Es profesora de la Facultad de Leyes, de la Facultad de Medicina y del Centro Adjunto de Bioética de la Universidad de Toronto. También es codirectora del Programa Internacional de Derecho en Salud Reproductiva y Sexual de la Universidad de Toronto. Es coeditora de asuntos éticos y legales del International Journal of Gynecology and Obstetrics e integrante de los consejos editoriales de Human Rights Quarterly y Reproductive Health Matters. Sus publicaciones comprenden más de 55 libros, artículos e informes en las áreas de derechos humanos internacionales, leyes relacionadas con la salud de las mujeres y ética feminista. Ha recibido el Certificate of Recognition for Outstanding Contribution to Women's Health, de la Federación Internacional de Ginecólogos y Obstetras, y el Ludwik y Estelle Jus Memorial Human Rights Prize. También es integrante de la Royal Society de Canadá.

Bernard M. Dickens es profesor de Derecho y Políticas de Salud Dr. William M. Scholl, de la Facultad de Leyes, designado a la Facultad de Medicina y al Centro Adjunto de Bioética de la Universidad de Toronto. Después de completar su Doctorado en Leyes en la Universidad de Londres e ingresar a la Universidad de Toronto en 1974, obtuvo un Doctorado en Jurisprudencia Médica. Tiene más 300 publicaciones, principalmente en Medicina Legal y Bioética, así como varias colaboraciones internacionales. Entre 1990 y 1991 fue presidente de la Sociedad Norteamericana de Leyes, Medicina y Ética, y actualmente es vicepresidente de la Asociación Mundial de Medicina Legal. Ha trabajado en algunos proyectos de la Organización Mundial de la Salud, en particular en materia de experimentación en humanos y trasplantes de órganos. El profesor Dickens es editor de artículos de derecho del Journal of Law, Medicine and Ethics y miembro de los consejos editoriales de algunas publicaciones de medicina legal. Actualmente lleva a cabo su investigación de mayor alcance en colaboración con la profesora Rebecca Cook y el Dr. Mahmoud Fathalla, destinada a la publicación de un libro (para la Oxford University Press) sobre leyes en materia de salud sexual y reproductiva.