

Herramientas para
la Protección de los
Derechos Humanos

Sumarios de
Jurisprudencia

SALUD Y
DERECHOS
REPRODUCTIVOS



CEJIL

*SUMARIOS DE
JURISPRUDENCIA*

*Salud y
Derechos Reproductivos*

CEJIL

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
Center for Justice and International Law
Centro pela Justiça e o Direito Internacional
Pomonton Kowantok Wacüpe Yuwanin Pataset



Sumarios de Jurisprudencia / Salud y derechos reproductivos

Compilado por Liliana Tojo
Center for Justice and International Law - CEJIL, 2012.
240 p.; 24 x 17 cm.



Queda prohibida la comercialización de la presente publicación y se autoriza la reproducción de su contenido siempre que se cite la fuente.

Compilación:

Liliana Tojo

Asistentes de compilación:

Pilar Elizalde

Federico Taboada

Equipo de traducción:

Ludmila Novotny (pasante)

María Pía Rebussonne (pasante)

Producción General,

Diseño Editorial y de Tapa:

Folio Uno S.A.

Consejo Directivo:

José Miguel Vivanco (Presidente)

Alejandro Garro (Vicepresidente)

Helen Mack (Secretaria)

Mariclaire Acosta Urquidi

Gastón Chillier

Benjamín Cuellar

Gustavo Gallón

Sofía Macher

Julieta Montaña

*SUMARIOS DE
JURISPRUDENCIA*

*Salud y
Derechos Reproductivos*

CEJIL



*ACTUALMENTE EL TRABAJO DE CEJIL
ES POSIBLE GRACIAS AL GENEROSO APORTE
DE LAS SIGUIENTES AGENCIAS:*

ACNUR

Dan Church Aid

Diakonia/Unión Europea

EED

Embajada de Canadá en Argentina

Embajada del Reino de los Países Bajos en Costa Rica

Embajada Real de Noruega en Argentina

Fondo Nacional para la Democracia

Fondo Sigrid Rausing

Fondo Voluntario de las Naciones Unidas para las
Víctimas de la Tortura

Fundación Ford

Fundación John D. y Catherine MacArthur

Fundación Oak

Fundación para la Promoción de una Sociedad Abierta (FOSI)

HIVOS

Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega

MISEREOR

Universidad de Loyola

Y donantes individuales y privados que desean mantenerse en
el anonimato.

Agradecemos especialmente el apoyo brindado por la
Real Embajada de Noruega en Argentina
para la producción de este libro.



EMBAJADA DE NORUEGA

PRESENTACIÓN

CEJIL se complace de presentar un nuevo libro de la colección *Herramientas para la protección de los derechos humanos: Sumarios de jurisprudencia*, esta vez dedicado a la *Salud y Derechos Reproductivos*.

Los órganos de protección de los derechos humanos reconocen el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, como un derecho básico. De acuerdo con recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), los Estados deben garantizar “que todos los servicios de salud sean compatibles con los derechos humanos de la mujer, inclusive sus derechos a la autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa” (Recomendación General N° 24, párr. 31.e).

Las decisiones incluidas en este volumen ilustran algunas de las graves deficiencias en el goce efectivo de estos derechos, afectando en forma directa el derecho de las mujeres a escoger sobre su maternidad, acceder a información sobre su salud, o a ser respetadas en su autonomía y privacidad, entre otros.

A través de esta publicación CEJIL pretende echar luz sobre la jurisprudencia más relevante en relación con el alcance de la salud y los derechos reproductivos. En estas páginas encontrarán compiladas decisiones y sentencias de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Europea de Derechos Humanos, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y del Comité de Derechos Humanos que, directa o indirectamente, contienen discusiones o interpretaciones jurídicas que aportan a la defensa de los mismos.

En esta ocasión, además del índice temático que facilita la búsqueda de información a través de palabras clave, hemos decidido incorporar un Anexo con extractos de algunos instrumentos pertinentes y de suma utilidad a la hora de abordar la salud y los derechos reproductivos. Esperamos que este libro sea una herramienta útil en su defensa y protección.

Por último, quisiéramos agradecer el valioso aporte de todas las personas que hicieron posible la realización de esta publicación: Martine Lemmens, quien acompañó los inicios de este libro cuando sólo era un proyecto; Louis Robertson, Marisa Díaz y Valerie Gobeil, quienes colaboraron en la búsqueda y edición de los textos en el marco de su volunta-

riado en las oficinas de CEJIL en Buenos Aires; y Ludmila Novotny y María Pía Rebussoni, alumnas del Instituto de Estudios Superiores en Lenguas Vivas “Juan Ramón Fernández” de Buenos Aires (Argentina), quienes realizaron sus pasantías de traducción a través del convenio entre CEJIL y esa institución.

Viviana Krsticevic
Directora Ejecutiva . CEJIL

Tabla de Contenidos

*Sumarios de Jurisprudencia
sobre Salud y
Derechos Reproductivos*



TABLA DE CONTENIDOS:

SUMARIOS DE JURISPRUDENCIA SOBRE SALUD Y DERECHOS REPRODUCTIVOS

I) SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DDHH

De la Cruz Flores vs. Perú - Fondo, Reparaciones y Costas 18 de noviembre de 2004	1
Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay - Fondo, Reparaciones y Costas - 24 de agosto de 2010	13
Gelman vs. Uruguay - Fondo y Reparaciones 24 de febrero de 2011	25

II) DECISIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DDHH

Baby Boy vs. Estados Unidos de América Caso N° 2141 - Resolución N° 23/81 - 6 de marzo de 1981	33
---------------------------------------------------------------------------------------------------	----

III) SENTENCIAS DE LA CORTE EUROPEA DE DDHH

Open Door y Dublin Well Woman vs. Irlanda Demanda N° 14234/88 y 14235/88 - Sentencia del 29 de octubre de 1992	41
Tysiąc vs. Polonia Demanda N° 5410/03 - Sentencia del 20 de marzo de 2007	51
Evans vs. el Reino Unido Demanda N° 6339/05 - Sentencia del 10 de abril de 2007	65
Asunto Women on Waves y otros vs. Portugal Demanda N° 31276/05 - Sentencia del 3 de febrero de 2009	79
K.H. y otras vs. Eslovaquia Demanda N° 32881/04 - Sentencia del 28 de abril de 2009	87

A, B y C vs. Irlanda	
Demanda Nº 25579/05 - Sentencia del 16 de diciembre de 2010	97
R.R. vs. Polonia	
Demanda Nº 27617/04 - Sentencia del 26 de mayo de 2011	121
 <i>IV) DECISIONES DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW/ONU)</i>	
A. S. vs. Hungría	
Comunicación Nº 4/2004 - Decisión del 14 de agosto del 2006	147
Alyne da Silva Pimentel Teixeira (fallecida) vs. Brasil	
Comunicación Nº 17/2008 - Decisión del 25 de julio de 2011	155
L.C. vs. Perú	
Comunicación Nº 22/2009 - Decisión del 17 de octubre de 2011	165
 <i>V) DECISIONES DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (CDH/ONU)</i>	
K.L. vs. Perú	
Comunicación Nº 1153/2003 - Decisión del 24 de octubre de 2005	179
L.M.R. vs. Argentina	
Comunicación Nº 1608/2007 - Decisión del 29 de marzo de 2011	187
 <i>VI) ANEXO</i>	
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)	
Recomendación General Nº 24 "Artículo 12 de la CEDAW - La mujer y la salud"	
Adoptada durante el 20º período de sesiones 1999	195

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Observación General N° 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel
posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de DESC)”
Aprobado el 11 de mayo de 2000 203

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México - Petición 161-02,
Informe N° 21/07
Solución Amistosa del 9 de marzo de 2007 -
Reconocimiento de Responsabilidad 213

Índice de Temas
Sumarios de Jurisprudencia
sobre Salud y
Derechos Reproductivos



INDICE DE TEMAS

ABORTO: ACCESO

A, B y C	pág. 97
----------	---------

ABORTO: ARTÍCULO 4 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Baby Boy	pág. 33
----------	---------

ABORTO LEGAL: REGULACIÓN Y PROCEDIMIENTOS

Tysiãç	pág. 51
R.R.	pág. 121
L.C.	pág. 165
L.M.R.	pág. 187

ABORTO TERAPÉUTICO

Tysiãç	pág. 51
L.C.	pág. 165
K.L.	pág. 179

ACCESO A INFORMACIÓN MÉDICA

K.H. y otras	pág. 87
R.R.	pág. 121

DERECHO A LA INFORMACIÓN

Open Door y Dublin Well Woman	pág. 41
-------------------------------	---------

ESTADO DE EMBARAZO: INSTRUMENTALIZACIÓN DEL CUERPO DE LAS MUJERES

Gelman	pág. 25
--------	---------

ESTADO DE EMBARAZO Y VIDA PRIVADA

Tysiãç	pág. 51
--------	---------

ESTERILIZACIÓN FORZADA

A.S.	pág. 147
------	----------

*FECUNDACIÓN IN VITRO: REVOCACIÓN DE LA
AUTORIZACIÓN DE IMPLANTE*

Evans pág. 65

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Women on Waves y otros pág. 79

MORTALIDAD MATERNA

Comunidad Indígena Xákmok Kásek pág. 13

Alyne da Silva Pimentel Teixeira pág. 155

PUEBLOS INDÍGENAS

Comunidad Indígena Xákmok Kásek pág. 13

SECRETO MÉDICO

De La Cruz Flores pág. 1

*Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

De La Cruz Flores vs. Perú

Fondo, Reparaciones y Costas

*Sentencia del
18 de noviembre de 2004*



[...]

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA

1. El 11 de junio de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) sometió ante la Corte una demanda contra el Estado del Perú (en adelante “el Estado” o “el Perú”), la cual se originó en la denuncia N° 12.138, recibida en la Secretaría de la Comisión el 1° de septiembre de 1998.

[...]

3. De conformidad con lo señalado por la Comisión, la señora María Teresa De La Cruz Flores, médico de profesión, fue detenida por miembros de la policía el 27 de marzo de 1996 cuando finalizaba sus labores como médico pediatra en el Instituto Peruano de la Seguridad Social, por cargos de terrorismo tramitados bajo el expediente N° 113-95, y una vez detenida fue notificada de otra orden de arresto dentro del expediente N° 723-93 por el delito de terrorismo, expediente que, según la Comisión, para ese momento había sido reportado como extraviado. La presunta víctima fue procesada por un tribunal compuesto por jueces “sin rostro”, el cual la condenó, el 21 de noviembre de 1996, por el delito de terrorismo a la pena de 20 años de prisión, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley N° 25.475. Dicha sentencia fue confirmada por la ejecutoria de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República el 8 de junio de 1998. Por otro lado, la Comisión mencionó que el 3 de enero de 2003 el Tribunal Constitucional del Perú emitió una sentencia en la cual declaró la inconstitucionalidad de algunas normas de los Decretos Ley Nos. 25.475 y 25.659, sin especial pronunciamiento en relación con el artículo 2 del Decreto Ley 25.475, el cual tipifica el delito de terrorismo. En desarrollo de tal decisión, el Gobierno emitió los Decretos Legislativos Nos. 923, 924, 925, 926 y 927 de fecha 19 de febrero de 2003. Dichos decretos disponen que la Sala Nacional de Terrorismo, progresivamente en un plazo no mayor de sesenta días hábiles desde la entrada en vigor de dicha legislación, anularía de oficio, salvo renuncia del reo, la sentencia y el juicio oral y declararía, de ser el caso, la insubsistencia de la acusación fiscal en los procesos penales por los delitos de terrorismo seguidos en la jurisdicción penal ante jueces o fiscales con identidad secreta. Sin embargo, la Comisión señaló que la señora De La Cruz Flores continuaba, hasta la fecha de presentación de la demanda, detenida en situación de condenada por el delito de terrorismo.

[...]

VII. *ARTÍCULOS 9, 7, 8 Y 24 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 1.1 DE LA MISMA (PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DE IRRETROACTIVIDAD, DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL, GARANTÍAS JUDICIALES Y PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY)*

[...]

Consideraciones de la Corte

77. El artículo 9 de la Convención Americana establece:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

78. Previamente, cabe señalar que la Comisión Interamericana y los representantes han alegado que la tipificación del delito de terrorismo en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25.475 contraviene el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana (...). En este sentido, la Corte observa que en el proceso seguido contra la presunta víctima no se aplicó el artículo 2 del Decreto Ley N° 25.475 (delito de terrorismo), razón por la cual este Tribunal no lo analizará y procederá a considerar los argumentos presentados por las partes en relación con el artículo 4 del mismo Decreto Ley (delito de actos de colaboración con el terrorismo).

[...]

83. La señora María Teresa De La Cruz Flores fue procesada y condenada por actos de colaboración con el terrorismo en aplicación del artículo 4 del Decreto Ley N° 25.475 mediante sentencia de 21 de noviembre de 1996. Aun cuando en dicha sentencia el juez dispone que se condene a la señora María Teresa de La Cruz Flores como autora del “delito de terrorismo en agravio del Estado”, la Corte observa que el artículo en el que se basó el tribunal interno para dicha condena es el 4 del Decreto Ley N° 25.475, que tipifica el delito de actos de colaboración con el terrorismo. (...)

84. En relación con el principio de legalidad, la Corte se referirá, a continuación, a los siguientes temas: a) vínculo entre las conductas que se imputan a la señora De La Cruz

Flores en la sentencia de 21 de noviembre de 1996 y el artículo 4 del Decreto Ley N° 25.475; b) falta de especificación sobre cuál de los actos tipificados en el mencionado artículo 4 cubrirían la conducta de la señora De La Cruz Flores; c) penalización del acto médico; y d) obligación de denuncia respecto de posibles actos delictivos por parte de los médicos.

[...]

c) Penalización del acto médico

90. En el juicio seguido contra la presunta víctima, el 16 de septiembre de 1995 el Décimo Cuarto Juzgado Penal de Lima dictó auto de apertura de instrucción contra la señora María Teresa De La Cruz Flores y otros por “ser integrantes del Partido Comunista del Perú – sendero luminoso, los mismos que proporcionaron atención médica, curaciones y operaciones, entrega de medicinas e instrumental médico para la atención de los delinquentes terroristas[;] hechos [que] constituyen delito previsto y penado en el artículo 4° del [D]ecreto [L]ey [N°] 25[.]475”.

91. El 1° de abril de 1996 el Fiscal de la Décimo Cuarta Fiscalía Provincial de Lima señaló en su dictamen (...) que la señora María Teresa De La Cruz Flores había “explotado sus actividades profesionales en el campo de la [m]edicina[... y] que su accionar estaba orientado a salvar bienes [...] como es la vida humana”.

92. El 7 de junio de 1996 el Fiscal Superior de Lima emitió su dictamen (...), en el cual señaló que, en lo que se refiere a la señora María Teresa de La Cruz Flores, “la participación de [é]st[a] había consistido en proporcionar atención médica a militantes”.

93. En relación con la señora María Teresa De la Cruz Flores, la sentencia de 21 de noviembre de 1996 (...) consideró que

[en autos] se detalla la documentación encontrada en mil novecientos noventidós a Víctor Zavala Castaño, a Francisco Morales Zapata, a Ediviges Crisóstomo Huayanay, Felipe Crisóstomo Huayanay, Rosa Esther Malo Vilca y Miriam Rosa Juárez Cruzatt, en las cuales se involucra a la acusada, en la que aparece con el seudónimo de “Elíana”; en uno de esos documentos se da referencias no solo a puntos de reunión llevados a cabo con la procesada, sino además, se hace todo un análisis de su evolución doctrinaria e ideológica al interior de la organización, se hace indicaciones de las charlas en la[s] que como médico [h]a brindado, que ha participado en una

operación como segundo médico cirujano, así como de los problemas que se han presentado al interior del Sector Salud, todo lo cual, ha sido corroborado [...] por la acusada Elisa Mabel Mantilla Moreno, quien en presencia del Fiscal sostiene que en una oportunidad se encontró con María Teresa De la Cruz por disposición de su “responsable”, a efectos de hacer diversas coordinaciones; [...] por la misma acusada, quien [...] la sindicó como uno de los elementos de apoyo encargada de hacer atenciones médicas e intervenciones quirúrgicas, [...] se le sindicó como partícipe en una operación a “Mario”[,], quien estaba quemado de la mano, lo que coincide con lo anteriormente señalado, esto es, que participó como segundo cirujano en una operación de injerto de piel; siendo evidente que la negativa de la procesada, a nivel judicial[,], es dada con el afán de eludir su responsabilidad penal, la misma que se encuentra suficientemente acreditada[.]

94. La Corte observa que el acto médico se encuentra reconocido en numerosos documentos declarativos y normativos relevantes de la profesión médica⁹⁹. A modo de ejemplo, el artículo 12 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú consagra que “[a]cto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico”.

95. A título informativo, la Corte recuerda que el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949, señala que “[n]adie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos”. Asimismo, el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que “[n]o se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad”. Al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso, el Perú ya era parte de dichos instrumentos internacionales.

99 Cfr. Código Internacional de Ética Médica, Asociación Médica Mundial; Regulaciones en tiempo de conflicto armado, Asociación Médica Mundial; Principios de Ética Médica Europea; Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú (expediente sobre el fondo y las eventuales reparaciones y costas, tomo IV, folios 846 a 857); y Ley, Estatuto y Reglamento del Colegio Médico del Perú (expediente sobre el fondo y las eventuales reparaciones y costas, tomo IV, folios 858 a 941).

d) Obligación de denuncia respecto de posibles actos delictivos por parte de los médicos

96. La sentencia de 21 de noviembre de 1996 (...) consideró, además, “que cuando un galeno tiene la simple presunción o el conocimiento del origen ilícito de las lesiones causadas a un individuo, está obligado a denunciar el hecho o ponerlo en conocimiento de las autoridades para que realicen las investigaciones respectivas”.

97. Al respecto, la Corte considera que la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Por ejemplo, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que “el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente”.

98. En este sentido, la Constitución del Perú de 1993, que prevalece sobre cualquier otra norma interna del ordenamiento jurídico peruano, establece en su artículo 2.18 que toda persona tiene derecho

a mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional.

99. A su vez, el Código de Procedimientos Penales dispone en su artículo 141 que “no podrán ser obligados a declarar: 1. los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstetrices, respecto de los secretos que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión”.

100. El Comité de Derechos Humanos ya ha recomendado que leyes nacionales sean modificadas en el sentido de proteger la confidencialidad de la información médica¹⁰⁰.

101. La Corte considera que los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos.

102. En consecuencia, a la luz de las consideraciones precedentes, el Tribunal estima que al dictar la sentencia de 21 de noviembre de 1996 el Estado incurrió en una violación del principio de legalidad, por: tomar en cuenta como elementos generadores de responsabilidad penal la pertenencia a una organización terrorista y el incumplimiento de la obligación de denunciar y, sin embargo, sólo aplicar un artículo que no tipifica dichas

conductas; por no especificar cuál o cuáles de las conductas establecidas en el artículo 4 del Decreto Ley N° 25475 eran las cometidas por la presunta víctima para ser responsable del delito; por penalizar el acto médico que no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber de un médico el prestarlo; y por imponer a los médicos la obligación de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión.

103. En razón de todo lo anteriormente expuesto, la Corte considera que el Estado violó el principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora De La Cruz Flores.

[...]

XII. PUNTOS RESOLUTIVOS

188. Por tanto,

LA CORTE, DECLARA:

Por unanimidad, que:

1. El Estado violó el principio de legalidad y de irretroactividad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora María Teresa De La Cruz Flores, (...).

(...)

[...]

VOTO RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ (...)

1. En este *Voto razonado* me referiré sólo a un tema que se examina en la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso De La Cruz Flores*, emitida el 18 de noviembre de 2004: el acto médico y la ley penal, desde la perspectiva de los derechos humanos y en las circunstancias que se acreditaron en dicho caso. Aludo al acto médico en los términos consignados en aquella Sentencia, que toma la descripción del artículo 12 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú (Estado al que corresponde el asunto *sub judice*) y en la que figuran conceptos generalmente

aceptados: "acto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico".

2. Es preciso establecer una cuidadosa distinción entre esa actividad, enmarcada en el ejercicio de una profesión y atenta a los fines y métodos que corresponden a ésta, de cualquier otra actividad, penalmente típica o atípica, que se sujeta a su propio orden de regulación y trae consigo las consecuencias jurídicas que la ley prevenga, entre ellas las de carácter penal. No se pierde de vista que en ocasiones el deslinde pudiera resultar difícil y que algunas situaciones sugerirían la existencia de una infracción penal tras un supuesto acto médico. Ahora bien, estos problemas prácticos no cancelan el sentido de las afirmaciones contenidas en este *Voto*, que apoya la Sentencia dictada por la Corte. Una cosa es la entidad propia de cada hecho, acto o conducta, que deben ser valorados en sus términos, y otra los problemas que entraña la investigación e identificación de los hechos. Aquello es tema del legislador y del juzgador, y lo segundo, del investigador. El tribunal debe evitar que una investigación deficiente, con resultados equívocos o inciertos, contamine su apreciación sobre la naturaleza de la conducta y el trato jurídico pertinente.

3. Desde luego, es posible que quien ejerce la profesión médica realice, independientemente de ésta, conductas que pudieran quedar abarcadas por la ley penal y ameritar la imposición de sanciones de diversa naturaleza. Esto lleva a insistir en la necesidad de trazar una frontera, tan precisa como sea posible -en el triple plano de la tipificación legal, la investigación y el enjuiciamiento-, entre estos comportamientos punibles y aquellos otros que se desarrollan exclusivamente en el marco del acto médico, es decir, en el marco de la actividad que despliega un profesional de la medicina, empleando sus conocimientos y técnicas en esta disciplina, para preservar la vida y la salud de otras personas. Esta es, en suma, la finalidad del acto médico, que concurre a su calificación jurídica.

4. La ley penal debe contemplar, para efectos punitivos, ciertas conductas que afectan gravemente los bienes jurídicos más relevantes. La idea de un Derecho penal mínimo, asociada al garantismo, que hoy enfrenta diversos embates, supone la incriminación de tales conductas ilícitas, habida cuenta de su gravedad y de la lesión que producen, cuando no se dispone de medios sociales o jurídicos alternos para evitarlas o sancionarlas. Bajo este concepto, la ley penal debe ser utilizada como último recurso del control social y concentrarse en esos comportamientos de gravedad extrema. Y cuando se justifica la tipificación penal de determinados comportamientos, es preciso hacerlo con objetividad y ponderación -lo

que se podría llamar “prudencia beccariana”-, acomodando las sanciones a la gravedad de la infracción y a la culpabilidad del agente, sin perder de vista las diferencias que pudieran mediar entre hipótesis de una misma categoría -asesinato y homicidio culposo, por ejemplo-, que requieren tratamiento penal diferenciado. Esta cuestión ha sido analizada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a propósito del artículo 4.2 de la Convención Americana -concerniente a la protección del derecho a la vida- en la Sentencia dictada en el *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, de 21 de junio de 2002. Me remito a lo que expresé en el *Voto razonado* que acompañé a esa Sentencia.

5. Si el legislador penal, a la hora de incriminar conductas ilícitas, debe distinguir los diferentes supuestos que se plantean y ofrecer a cada uno trato adecuado, racional y específico, con mayor razón debe evitar la incriminación de las conductas que no sean ilícitas. El hecho de que un comportamiento se halle objetivamente previsto en un tipo penal depositado en un ordenamiento de la materia no implica que por ello se satisfaga, en forma automática, la exigencia de legitimidad en las previsiones penales. De lo contrario se justificaría la recepción de actos materialmente admisibles, e incluso plausibles, dispuesta por regímenes autoritarios para combatir la disidencia, la diferencia, la discrepancia, fenómeno bien conocido a lo largo de la historia y ampliamente reprobado. Sobre este punto también se ha pronunciado la Corte Interamericana al examinar las características de la ley que dispone limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos. Ténganse en cuenta, al respecto, los pronunciamientos contenidos en la *Opinión Consultiva OC-6/86*, del 9 de mayo de 1986, acerca de “*La Expresión ‘Leyes’ en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”.

6. Cuando se ejecuta cierta conducta con la intención de lesionar un bien jurídico, pudiera justificarse -con las limitaciones que antes mencioné- la aplicación de una pena al autor de aquélla. Otra cosa sucede cuando la intención del agente es preservar un bien jurídico de elevada jerarquía cuya tutela constituye, además, una obligación inmediata y directa de quien realiza la conducta. Tómese en cuenta que la preservación y el desarrollo de la vida individual y colectiva ha llevado a recoger, estimular y reglamentar el desempeño de ciertas actividades -científicas, técnicas, artísticas, de servicio social o público, etcétera-, que se estiman socialmente útiles e inclusive necesarias, y a las que por ello se rodea, generalmente, de suficientes garantías. Esta consagración sistemática de dichas actividades, convertidas, inclusive, en funciones sociales, constituye un punto de referencia para calificar su licitud y proveer las consecuencias jurídicas que resulten pertinentes.

7. Una de las más antiguas y nobles actividades es la destinada a la preservación de la vida y la salud de las personas. Se trata, en la especie, de proteger los bienes de más alto

rango, condición para el disfrute de todos los restantes. En ello se interesa la sociedad en su conjunto y el Estado debe proveer a su tutela. Este es, precisamente, el caso de la profesión médica, cuya regulación posee un notable componente ético, además de contener los datos propios de la técnica que en cada supuesto deba aplicarse, conforme al deber de cuidado que se deduce de la *lex artis*. El profesional de la medicina que cuida de la salud de sus semejantes y los protege de la enfermedad y de la muerte cumple la obligación que naturalmente le corresponde y que la ley debe amparar cuidadosamente. Esa protección y ese cumplimiento poseen sentido propio, con total independencia de las ideas políticas, religiosas o filosóficas del médico y del paciente. Tan censurable sería que el Estado impusiera o autorizara a los médicos el ejercicio desviado de su encomienda, como ha sucedido bajo regímenes totalitarios, como que les impidiera cumplir el deber ético y jurídico que les incumbe, e incluso les impusiera sanciones por hacerlo. En ambos casos el Estado lesiona el derecho a la vida y a la salud de las personas, tanto directamente como a través de la intimidación o la restricción impuesta a quienes se hallan regularmente obligados a intervenir, con motivo de la profesión que ejercen, en la preservación de esos bienes.

8. En mi concepto, el Estado no puede vulnerar la protección de la salud y la vida que los médicos tienen a su cargo, a través de normas o interpretaciones de éstas que disuadan al médico de cumplir su deber, sea porque lo amenacen con la aplicación de una pena, amenaza que pudiera inhibir la prestación del servicio médico, sea porque lo induzcan a hacer distinciones contrarias a los principios de igualdad y no discriminación, sea porque lo obliguen a desviarse de la función que les corresponde y asumir otra, que entre en conflicto con aquella, proponga dilemas inaceptables o altere de raíz la relación entre el médico y el paciente, como sucedería si se obligara al médico a constituirse en denunciante -o delator- de los pacientes que atiende. Otro tanto sucedería, en su propio ámbito, si se forzara al abogado a denunciar los hechos ilícitos en que ha incurrido su cliente, de los que se entera a través de la relación de asistencia y defensa, o al sacerdote a revelar los secretos que le son confiados por medio de la confesión.

9. En ningún caso se trata de impedir la persecución legítima de conductas ilícitas, que deben ser combatidas por medios idóneos, sino de mantener cada relación social en el cauce que le corresponde, no sólo para bien privado, sino también -y quizás ante todo- para bien público. El fiscal y el investigador deben llevar adelante las indagaciones a las que se hallan obligados, en virtud de la función que ejercen. El médico, el abogado defensor, el sacerdote deben hacer otro tanto, con plena salvaguarda del Estado, en el ejercicio de la misión que les incumbe y que ciertamente no es la investigación de los delitos y la persecución de los infractores. Sobra describir la crisis que traería consigo la

subversión de los roles profesionales y sociales y la tácita incorporación de médicos, defensores y sacerdotes a las filas de la policía. Si se protege la comunicación confidencial entre el abogado y el inculcado, que está al abrigo de interferencias, y se concede que el sacerdote no está obligado a violar el secreto de confesión -que constituye, inclusive, un rasgo esencial de esta comunicación específica, que los creyentes consideran sacramental-, la misma consideración, por lo menos, se debe poner en la relación entre el médico y el enfermo.

10. La idea de que el médico está obligado a atender a todas las personas, por igual, sin entrar en calificaciones acerca de su condición moral o legal, y de que la atención de la salud constituye un deber del facultativo, y simultáneamente un derecho, así como la admisión del secreto médico acerca de las revelaciones del paciente, vienen de tiempo atrás y se han asentado con firmeza en varios de los más notables instrumentos ético-jurídicos de esa profesión, que contemplan, entre otros extremos, las particularidades de la relación entre médico y paciente y las características de la lealtad que aquél debe a éste. Esculapio habría escrito a su hijo: "tu puerta quedará abierta a todos (...) El malhechor tendrá tanto derecho a tu asistencia como el hombre honrado". En el juramento de Hipócrates, que aún hoy prestan muchos jóvenes al tiempo de recibir el título profesional que califica sus conocimientos para el ejercicio de la medicina, se indica: "si en mi práctica médica, o aun fuera de ella, viese u oyese (...) algo que jamás deba ser revelado al exterior, me callaré considerando como secreto todo lo de este tipo".

11. En la Sentencia a la que acompaño este Voto se menciona el texto concluyente de algunos preceptos del Derecho Internacional Humanitario. La referencia a ese texto se hace a título informativo, que contribuye a ilustrar, según ha afirmado la jurisprudencia del tribunal, la interpretación que éste realiza con respecto a las disposiciones que aplica directamente. Así, el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949 señala que "nadie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos". Los artículos 16 del Protocolo I y 10 del Protocolo II, ambos vinculados a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que "no se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad".

12. La Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, 1948-1968-1983, proclama la promesa del médico de "velar solícitamente y ante todo por la salud de mi paciente"; "guardar y respetar los secretos a mí confiados, aun después de que un paciente haya muerto"; y "hacer caso omiso de credos políticos y religiosos, nacionalidades, razas, rangos sociales, evitando que éstos se interpongan entre mis deberes profesionales

y mi paciente". El Código Internacional de Ética Médica, de la misma fuente, reitera: "El médico debe (...) salvaguardar las confidencias de los pacientes"; "El médico debe actuar solamente en el interés del paciente al proporcionar atención médica que pueda tener el efecto de debilitar la condición mental y física del paciente"; "El médico debe a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad". En la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del paciente, de 1981-1995, se manifiesta: "Toda la información identificable del estado de salud, condición médica, diagnóstico y tratamiento de un paciente y toda otra información de tipo personal, debe mantenerse en secreto, incluso después de su muerte". La Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, 1964-1975-1983-1989-1996-2000-2002, señala: "El deber del médico es promover y velar por la salud de las personas. Los conocimientos y la conciencia del médico han de subordinarse al cumplimiento de ese deber".

13. En suma, considero inadmisibles -consideración que coincide con el parecer de la Corte Interamericana, expuesto en la Sentencia dictada en el presente caso- sancionar penalmente la conducta del médico que brinda la atención destinada a proteger la salud y preservar la vida de otras personas, con independencia de las características de éstas, sus actividades y convicciones y el origen de sus lesiones o enfermedades. Por otra parte, estimo necesario excluir de incriminación la conducta del médico que se abstiene de informar a las autoridades la conducta punible en que ha incurrido su paciente, de la que sabe gracias a la confidencia que éste le hace con motivo del acto médico. En este caso podría operar una excusa absolutoria similar a la que ampara a los familiares del imputado en casos de encubrimiento por favorecimiento.

14. Nuevamente es preciso destacar que las consideraciones y decisiones de la jurisdicción interamericana en los casos de los que se ha ocupado, no han justificado en ningún supuesto y por ningún motivo la comisión de delitos previstos por la legislación expedida conforme a los principios y postulados de una sociedad democrática. Es evidente que el Estado debe proteger a los individuos y a la sociedad frente a la agresión dirigida contra sus bienes jurídicos, así como preservar las instituciones democráticas. También lo es, desde la perspectiva de los derechos humanos, que esa protección se debe ejercer con observancia de las condiciones que caracterizan a un Estado de Derecho.

[...].

*Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

*Comunidad Indígena Xákmok Kásek
vs. Paraguay*

Fondo, Reparaciones y Costas

*Sentencia del
24 de agosto de 2010*



[...]

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. El 3 de julio de 2009 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) presentó, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda contra la República del Paraguay (en adelante “el Estado” o “Paraguay”), a partir de la cual se inició el presente caso. (...)

2. La demanda se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por la supuesta falta de garantía del derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek (en adelante la “Comunidad Indígena Xákmok Kásek”, la “Comunidad Xákmok Kásek”, la “Comunidad indígena” o la “Comunidad”) y sus miembros (en adelante “los miembros de la Comunidad”), ya que desde 1990 se encontraría tramitándose la solicitud de reivindicación territorial de la Comunidad, “sin que hasta la fecha se h[ubiera] resuelto satisfactoriamente”. Según la Comisión “[l]o anterior ha significado no sólo la imposibilidad de la Comunidad de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, sino que, por las propias características de la misma, ha implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenazan en forma continua la supervivencia de los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma”.

[...]

VII. DERECHO A LA VIDA (ARTÍCULO 4.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)

[...]

186. La Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos¹⁹². De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo¹⁹³.

192 Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo, *supra* párr. 167, párr. 144; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepciones preliminares, Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Fondo, *Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007, párr. 78.

187. Por tal razón, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. La observancia del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva)¹⁹⁴, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio, sin discriminación, de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción¹⁹⁵.

188. El Tribunal ha sido enfático en que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada¹⁹⁶. Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo¹⁹⁷.

193 Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo*, supra nota 167, párr. 144; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, supra nota 192, párr. 63, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, supra nota 192, párr. 78.

194 Cfr. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo*, supra nota 167, párr. 144; *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, supra nota 14, párr. 74, y *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, supra nota 14, párr. 245.

195 Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 120; *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, supra nota 14, párr. 74, y *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México*, supra nota 14, párr. 245.

196 Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, supra nota 195, párr. 124, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, supra nota 20, párr. 155.

197 Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, supra nota 195, párrs. 123 y 124, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, supra nota 20, párr. 155.

189. En el presente caso el 11 de junio de 1991¹⁹⁸ y el 22 de septiembre de 1992¹⁹⁹ funcionarios del INDI constataron el estado de especial vulnerabilidad en que se encontraban los miembros de la Comunidad, al no tener la titularidad de sus tierras. El 11 de noviembre de 1993 los líderes indígenas reiteraron al IBR que su solicitud de reclamación de tierras era prioritaria debido a que “estab[an] viviendo en condiciones sumamente difíciles y precarias y no sab[ían] hasta cuando pod[ían] aguantar”²⁰⁰.

190. La Fiscalía de lo Laboral en Primer Turno realizó una inspección en las Estancias Salazar, Cora-í y Maroma. Esta Fiscalía constató “la precaria situación en que vivía[n] los miembros de la Comunidad] [...], no habiendo condiciones mínimas de higiene, abrigo y espacio conforme al número de moradores, así como también [las] casas [...] no contaban con paredes compactas y techos con tejar y fueron construidas de forma tal que atentan contra la integridad física y la salud de los indígenas, los pisos [eran] de tierra”²⁰¹. Asimismo, dicho informe indicó “que reci[bieron] raciones [...] en forma muy reducida”²⁰². En dicha visita se verificaron las irregularidades en materia de explotación laboral que sufrían los miembros de la Comunidad.

191. El 17 de abril de 2009 la Presidencia de la República y el Ministerio de Educación y Cultura emitieron el Decreto N° 1830²⁰³, mediante el cual se declaró en estado de emergencia a dos comunidades indígenas²⁰⁴, una de ellas la Comunidad Xákmok Kásek. El Decreto N° 1830 en lo pertinente señala que:

estas Comunidades se hallan privadas del acceso a los medios de subsistencia tradicionales ligados a su identidad colonial, dentro de los territorios reclamados como parte de sus territorios ancestrales, por situaciones ajenas a su voluntad [...] [por lo

198 Cfr. Acta manuscrita de diligencia de inspección ocular realizada el 11 de junio de 1991 a la Comunidad Xákmok Kásek en relación con las tierras reclamadas (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo II, folio 790), e informe de inspección ocular realizada por Pastor Cabanellas, *supra* nota 62, folios 791 a 794).

199 Cfr. Informe de la ampliación de inspección ocular de 22 de septiembre de 1992, *supra* nota 62, folios 883 y 884).

200 Comunicación de la Comunidad dirigida al Presidente del IBR de 11 de noviembre de 1993, *supra* nota 65 (expediente de anexos a la demanda, anexo 5, folio 2351).

201 Cfr. Informe elevado por la Fiscalía en lo Laboral del Primer Turno, sin fecha (expediente de anexos a la demanda, apéndice 3, tomo IV, folio 1808).

202 Cfr. Informe elevado por la Fiscalía en lo Laboral del Primer Turno, sin fecha, *supra* nota 201, folio 1810.

203 Cfr. Decreto N° 1830 de 17 de abril de 2009 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 7, folios 3643 a 3646).

204 El referido Decreto N° 1830 de 17 de abril de 2009, *supra* nota 203, se refiere también a la Comunidad Kelyenmagategma del Pueblo Enxet e Y'ara Marantu.

que se] dificulta el normal desenvolvimiento de la vida de dichas comunidades [...], en razón de la falta de medios de alimentación y de asistencia médica –mínimo e indispensables, lo cual es una preocupación del Gobierno que exige una respuesta urgente a los mismos [...].

[Consecuentemente, dispuso que] el [INDI] conjuntamente con la Secretaría de Emergencia Nacional y el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social [,] ejecuten las acciones que correspondan para la inmediata provisión de atención médica y alimentaria a las familias integrantes de [la Comunidad Xákmok Kásek], durante el tiempo que duren los trámites judiciales y administrativos referente[s] a la legalización de las tierras reclamadas como parte del hábitat tradicional de [la misma]²⁰⁵.

192. En suma, en el presente caso las autoridades internas conocían de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de los miembros de la Comunidad. Consecuentemente, surgieron para el Estado determinadas obligaciones de prevención que lo obligaban –conforme a la Convención Americana (artículo 4, en relación con el artículo 1.1) y a su propio derecho interno (Decreto N° 1830)- a la adopción de las medidas necesarias que, juzgadas razonablemente, eran de esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.

193. De conformidad con lo anterior, la Corte debe valorar las medidas adoptadas por el Estado para cumplir con su deber de garantía del derecho a la vida de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek. Para ello, la Corte analizará la presunta violación de dicho derecho en dos acápites: 1) el derecho a la vida digna, y 2) la presunta responsabilidad internacional del Estado por los alegados fallecimientos.

1. El derecho a la vida digna

[...]

1.3. Salud

203. En cuanto al acceso a servicios de salud, la Comisión alegó que los niños “padecen de desnutrición” y los demás miembros en general padecen de enfermedades como tuberculosis, diarreas, mal de Chagas y otras epidemias ocasionales. Asimismo, indicó que la Comunidad no ha tenido una asistencia médica adecuada y los niños no reciben las vacunas correspondientes. Los representantes coincidieron con lo alegado por la Comisión y aclararon que el nuevo asentamiento, aldea “25 de Febrero”, se ubica a 75 kilómetros

205 Cfr. Decreto N° 1830, *supra* nota 203.

del centro de salud más cercano, el cual funciona “de manera deficiente y sin contar con un vehículo que pueda, eventualmente, llegar a la [C]omunidad”. Por ende, “los enfermos graves deben ser atendidos en el Hospital de la ciudad de Limpio, que dista a más de 400 km. del asentamiento de la [C]omunidad y cuyo pasaje en colectivo está fuera del alcance económico”, de los miembros de la Comunidad.

204. El Estado afirmó que los “líderes de Xákmok Kásek han sido atendidos en sus reclamos de medicamentos y atención médica” e indicó que el servicio público de salud en el Paraguay es gratuito. Informó que desde octubre de 2009 el Estado contrató una Promotora de Salud Indígena para que preste servicios a la Comunidad y fue asignada una Unidad de Salud de la Familia²³⁷. Adicionalmente, indicó que había dado asistencia en materia de salud a la Comunidad en su hábitat y que la Dirección General de Vulnerables realizaba la asistencia médica y la política de salud a ser implementada.

205. Del expediente se desprende que con anterioridad al Decreto N° 1830, los miembros de la Comunidad habían “recib[ido] [...] mínima asistencia médica”²³⁸ y los puestos de salud eran muy distantes y limitados. Además, por años “no se recib[ió asistencia] médica y vacunación general de los niños”²³⁹. En relación con el acceso a servicios de salud “[s]ólo los que trabajan en las estancias [podían] acceder al [Institución Prestadora de Salud], y aún [así] el usufructo de este seguro no se puede efectivizar puesto que no se entregan las tarjetas o no se disponen de recursos para llegar y permanecer en el Hospital de Loma Plata, que es el más cercano”²⁴⁰. Además, “un censo sanitario del Servicio Nacional de Salud – SENASA (1993), [...] comprobó que un gran porcentaje de la población presente de Xákmok Kásek, era portadora del virus de la enfermedad de Chagas”²⁴¹.

206. En cuanto a las condiciones actuales, la Corte ha constado que a partir del 2 de noviembre de 2009 se contrató a una agente comunitaria de salud indígena²⁴². Además,

237 Cfr. Informe de 16 de diciembre de 2009, firmado por María Filomena Bejarano, Directora General de la Dirección General de Asistencia a Grupos Vulnerables (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 1.4, folios 3307 a 3308).

238 Cfr. Informe Antropológico del CEADUC, *supra* nota 55, folio 1742.

239 Cfr. Informe Antropológico del CEADUC, *supra* nota 55, folio 1742.

240 Cfr. Informe Antropológico del CEADUC, *supra* nota 55, folio 1742.

241 Cfr. Informe Antropológico del CEADUC, *supra* nota 55, folio 1742.

242 Cfr. Comunicación MSPyBS/DGAPS N° 865/2009 de 18 de diciembre de 2009 (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 1.4, folio 3306).

con posterioridad a la emisión del Decreto N° 1830 el 17 de abril de 2009, el Estado ha realizado un total de 9 jornadas a la Comunidad²⁴³, en las cuales han sido atendidas 474 consultas, brindándose tratamientos y medicamentos en algunos casos²⁴⁴. Asimismo, el Estado remitió documentación de un Proyecto de construcción de un Dispensario Médico para la Comunidad, el cual tiene un costo estimado de Gs. 120.000.000 (ciento veinte millones de guaraníes)²⁴⁵.

207. Sin embargo, según Marcelino Lopez, líder de la Comunidad, y Gerardo Larrosa, promotor de salud de la Comunidad, el tema de salud es bastante crítico. Indicaron que “hay indígenas que mueren por falta de medio de transporte [o] por falta de medicamentos”²⁴⁶ y su percepción es que “la mayoría de los indígenas afectados es por causa del [...] gobierno”²⁴⁷. Específicamente, Gerardo Larrosa señaló que “casi no llega la asistencia de las brigadas médicas, excepto en algunas ocasiones”, y “[n]o se dispone el stock de medicamentos básicos para las atenciones primarias, ni tampoco un lugar adecuado para el almacenamiento”²⁴⁸.

208. El Tribunal reconoce los avances realizados por el Estado. No obstante, las medidas adoptadas a partir del Decreto N° 1830 de 2009 se caracterizan por ser temporales y transitorias. Además, el Estado no ha garantizado la accesibilidad física ni geográfica a establecimientos de salud para los miembros de la Comunidad, y, de la prueba aportada, no se evidencia acciones positivas para garantizar la aceptabilidad de dichos bienes y servicios, ni que se hayan desarrollado medidas educativas en materia de salud que sean respetuosas de los usos y costumbres tradicionales.

243 Cfr. Informe de la Directora General de Asistencia a Grupos Vulnerables de 16 de diciembre de 2009, *supra* nota 237.

244 Cfr. Información presentada por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social el 16 de diciembre de 2009, que comprende la información de atenciones médicas realizadas entre el 1 de mayo de 2009 hasta 4 de noviembre de 2009, y los datos que obran en listados remitidos por la Dirección General de Asistencia a Grupos Vulnerables al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (expediente de anexos a la contestación de la demanda, tomo VIII, anexo 4, folios 3292 a 3305), y planillas de atención de enero y febrero de 2010 (expediente de anexos a los alegatos finales escritos del Estado, folios 4423 a 4435).

245 Cfr. Memoria descriptiva “dispensario médico – para asentamiento indígena de la XV región sanitaria de Presidente Hayes” (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 4, folios 3315 a 3321).

246 Declaración de Marcelino López, *supra* nota 63, folio 587.

247 Declaración de Marcelino López, *supra* nota 63, folio 587.

248 Declaración de Gerardo Larrosa, *supra* nota 75, folio 606.

[...]

214. En suma, este Tribunal destaca que la asistencia estatal brindada a raíz del Decreto N° 1830 de 17 de abril de 2009 no ha sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad que dicho Decreto comprobó existían en la Comunidad Xákmok Kásek.

215. Esta situación de los miembros de la Comunidad está estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de sus miembros, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los lleva a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria. Así lo indicó Marcelino López, líder de la Comunidad, “[s]i tenemos nuestra tierra también va a mejorar todo y sobre todo vamos a poder vivir abiertamente como indígenas, de lo contrario será muy difícil vivir”²⁵⁵.

216. Debe tenerse en cuenta en este punto que, tal y como lo afirma el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, “la pobreza limita gravemente, en la práctica, la capacidad de una persona o un grupo de personas de ejercer el derecho de participar en todos los ámbitos de la vida cultural y de tener acceso y contribuir a ellos en pie de igualdad y, lo que es más grave, afecta seriamente su esperanza en el porvenir y su capacidad para el disfrute efectivo de su propia cultura”²⁵⁶.

217. En consecuencia, la Corte declara que el Estado no ha brindado las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna en estas condiciones de riesgo especial, real e inmediato para un grupo determinado de personas, lo que constituye una violación del artículo 4.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1. de la misma, en perjuicio de todos los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek.

2. Los fallecimientos ocurridos en la Comunidad

218. Los representantes solicitaron que se declare responsable internacionalmente al Estado por el fallecimiento de varios miembros de la Comunidad. En cambio, la Comisión indicó que “carec[ía] de elementos para determinar si cada una de las muertes descritas por los

255 Declaración de Marcelino López, *supra* nota 63, folio 585.

256 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, Observación General N° 21, diciembre 21 de 2009, E/C.12/GC/21, párr. 38.

representantes esta[ba] indirectamente relacionada con la posibilidad de la Comunidad Xá-kmok Kásek de acceder a su territorio ancestral". El Estado objetó que no podía declararse su responsabilidad internacional y se opuso a lo alegado por los representantes.

[...]

232. Respecto a la muerte de Remigia Ruiz, quien falleció en 2005 a los 38 años de edad, y quien se encontraba embarazada y no recibió atención médica, muestra varias de las características propias de casos de mortalidad materna, a saber: muerte durante el parto sin adecuada atención médica, situación de exclusión o pobreza extrema, falta de acceso a servicios de salud adecuados, falta de documentación sobre la causa de la muerte, entre otros.

233. Al respecto, la Corte resalta que la extrema pobreza y la falta de adecuada atención médica a mujeres en estado de embarazo o post-embarazo son causas de alta mortalidad y morbilidad materna²⁶⁹. Por ello, los Estados deben brindar políticas de salud adecuadas que permitan ofrecer asistencia con personal entrenado adecuadamente para la atención de los nacimientos, políticas de prevención de la mortalidad materna a través de controles prenatales y post-parto adecuados, e instrumentos legales y administrativos en políticas de salud que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna. Lo anterior, en razón a que las mujeres en estado de embarazo requieren medidas de especial protección.

234. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte declara que el Estado violó el derecho contemplado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las personas que se mencionan en el presente párrafo, por cuanto no adoptó las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida. En consecuencia, son imputables al Estado las muertes de: Sara González López,

269 Cfr. Paul Hunt. Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of health, A/HRC/14/20/Add.2, 15 de abril de 2010. Se considera mortalidad materna la muerte de la mujer a causa de su embarazo o dentro de los 42 días siguientes a la terminación del mismo independientemente de la duración y el sitio del embarazo, debido a cualquier causa relacionada con o agravada por el embarazo mismo o su atención, pero no por causas accidentales o incidentales (traducción de la Corte). WHO, *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, Tenth Revision*, vol. 2, *Instruction Manual*, 2nd ed. (Geneva, 2005), p. 141.

quién murió en julio de 2008, teniendo un año y cinco meses de edad, de gastroenteritis y deshidratación y no recibió asistencia médica; Yelsi Karina López Cabañas, quien murió en el año 2005 al año de edad de pertusis y no recibió asistencia médica; Remigia Ruiz, quien falleció en el 2005 de 38 años de edad por complicaciones en el parto y no recibió asistencia médica; Aida Carolina Gonzáles, quien falleció en junio de 2003 a los ocho meses de edad, de anemia sin recibir asistencia médica; NN Avalos o Ríos Torres, quien murió en 1999 a los tres días de nacido a causa de una hemorragia y no recibió atención médica; Abundio Inter Dermot, el cual falleció en el 2003 a los 2 meses de nacido por neumonía sin recibir asistencia médica; NN Dermott Martínez, quien falleció en el 2001 a los ocho meses de edad de enterocolitis y se desconoce si recibió atención médica; NN García Dermott, quien murió en el 2001, teniendo un mes de edad por causa de pertusis y no recibió asistencia médica; Adalberto Gonzáles López, quien murió en el 2000 a los un año y dos mese de edad por causa de neumonía y no recibió atención médica; Roberto Roa Gonzáles, quien murió en el 2000 a los 55 años de edad por causa de tuberculosis sin recibir asistencia médica; NN Ávalos o Ríos Torres, quien murió en 1998 a los nueve días de nacido por causa de tétanos y no recibió asistencia médica; NN Dermontt Ruiz, quien murió en 1996 al nacer por sufrimiento fetal y no recibió atención médica, y NN Wilfrida Ojeda Chávez, quien murió en el mes de mayo de 1994 a los ocho meses de nacida a causa de deshidratación y enterocolitis y no recibió asistencia médica.

[...]

XIII. PUNTOS RESOLUTIVOS

337. Por tanto,

LA CORTE

[...]

DECLARA,

[...]

Por siete votos contra uno, que,

3. El Estado violó el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de todos los miem-

bros de la Comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con lo expuesto en los párrafos (...) 205 a 208, 211 a 217 de esta Sentencia.

Por siete votos contra uno, que,

4. El Estado violó el derecho a la vida, contemplado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Sara González López, Yelsi Karina López Cabañas, Remigia Ruiz, Aida Carolina Gonzáles, NN Ávalos o Ríos Torres, Abundio Inter Dermott, NN Dermott Martínez, NN García Dermott, Adalberto Gonzáles López, Roberto Roa Gonzáles, NN Ávalos o Ríos Torres, NN Dermontt Ruiz y NN Wilfrida Ojeda, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 231 a 234 de esta Sentencia.

[...].

*Corte Interamericana
de Derechos Humanos*

Gelman vs. Uruguay

Fondo y Reparaciones

*Sentencia del
24 de febrero de 2011*



[...]

I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. El 21 de enero de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Comisión" o "la Comisión Interamericana") presentó, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda contra la República Oriental del Uruguay en relación con el caso Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García² (en adelante "el caso Gelman") vs. Uruguay³. El 9 de marzo de 2007 la Comisión adoptó el Informe de Admisibilidad N° 30/07, en el cual declaró la admisibilidad del caso, y el 18 de julio de 2008 aprobó, en los términos del artículo 50 de la Convención, el Informe de Fondo N° 32/08⁴.

2 También mencionada como María Macarena Tauriño Vivian, en función de los hechos del caso.

3 La Comisión designó como delegados a la señora Luz Patricia Mejía, Comisionada, y al señor Santiago A. Canton, Secretario Ejecutivo; y como asesoras legales a las señoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta, Christina Cerna y Lilly Ching, abogadas de la Secretaría Ejecutiva.

4 En este informe, la Comisión concluyó que el Estado es responsable por la violación de los artículos 3, 4, 5 y 7, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, con los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y con los artículos 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y de los artículos I, XVIII y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en perjuicio de María Claudia García; de los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana, los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y los artículos 1, 6, 8 y 11 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de los familiares de María Claudia García; los artículos 5.1 y 1.1 de la Convención en perjuicio de Juan Gelman, su familia y María Macarena Gelman; los artículos 3, 11, 17, 18, 19, 20 y 1.1 de la Convención Americana, el artículo XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y los artículos VI, VII, y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en perjuicio de Juan Gelman y su familia y de María Macarena Gelman. En este Informe, la Comisión hizo las siguientes recomendaciones al Estado: a) llevar adelante una investigación completa e imparcial con el fin de identificar y sancionar a todos los responsables de las violaciones de derechos humanos en el caso; b) adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias para que quede sin efecto la Ley 15.848 o Ley De Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado; c) crear un mecanismo interno efectivo, con poderes jurídicos vinculantes y autoridad sobre todos los órganos del Estado, para supervisar dichas recomendaciones; y d) otorgar una reparación plena a los familiares que incluya una indemnización y actos de importancia simbólica que garanticen la no reiteración de los hechos cometidos.

2. Los hechos alegados por la Comisión se refieren a la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde finales del año 1976, quien fue detenida en Buenos Aires, Argentina, mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo. Se presume que posteriormente fue trasladada al Uruguay donde habría dado a luz a su hija, quien fuera entregada a una familia uruguaya, actos que la Comisión señala como cometidos por agentes estatales uruguayos y argentinos en el marco de la "Operación Cóndor", sin que hasta la fecha se conozcan el paradero de María Claudia García y las circunstancias en que su desaparición tuvo lugar. Además, la Comisión alegó la supresión de la identidad y nacionalidad de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, hija de María Claudia García y Marcelo Gelman y la denegación de justicia, impunidad y, en general, el sufrimiento causado a Juan Gelman, su familia, María Macarena Gelman y los familiares de María Claudia García, como consecuencia de la falta de investigación de los hechos, juzgamiento y sanción de los responsables, en virtud de la Ley N° 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (en adelante "Ley de Caducidad"), promulgada en 1986 por el gobierno democrático del Uruguay.

[...]

VI. FONDO

VI.1 DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA, A LA VIDA, A LA INTEGRIDAD Y A LA LIBERTAD PERSONALES DE MARÍA CLAUDIA GARCÍA IRURETAGOYENA DE GELMAN, EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS (CONVENCIÓN AMERICANA Y CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA)

41. (...) El Estado no se refirió en particular a estos alegatos, pero reconoció las violaciones de los derechos humanos de María Claudia García en su conjunto (...), razón por la cual en el siguiente apartado no se incluyen alegatos del Estado.

A. Alegatos de las partes

[...]

43. Los representantes alegaron que:

(...)

e) en relación con la alegada violación al artículo 5 de la Convención, y en atención

a la definición del crimen de tortura establecida en el artículo 2 de la Convención Interamericana contra la Tortura, así como a la definición de violencia contra la mujer contenida en los artículos 1 y 2 de la Convención de Belém do Pará, las condiciones de detención ilegal, incomunicación y sufrimientos ocasionados a María Claudia García revisten especial gravedad por su situación de especial vulnerabilidad en avanzado estado de embarazo, lo que permite “inferir que María Claudia [García] fue víctima de tortura psicológica durante el tiempo que permaneció en detención”. Tales hechos constituyeron una violación “inmediata” a su integridad personal que configuró el delito de tortura; (...).

[...]

D. La desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman

[...]

D.2 Calificación jurídica

91. Por el modo en que María Claudia García fue privada de su libertad en avanzado estado de embarazo, secuestrada en Buenos Aires por autoridades argentinas y probablemente uruguayas en un contexto de detenciones ilegales en centros clandestinos (“Automotores Orletti” y el SID), y posteriormente trasladada a Montevideo, bajo la Operación Cóndor, su privación de libertad fue manifiestamente ilegal, en violación del artículo 7.1 de la Convención, y sólo puede ser entendida como el inicio de la configuración de la violación compleja de derechos que implica la desaparición forzada. Constituyó además un flagrante incumplimiento de la obligación estatal de mantener a las personas privadas de libertad en centros de detención oficialmente reconocidos y presentarla sin demora ante la autoridad judicial competente.

[...]

97. El estado de embarazo en que se encontraba María Claudia García cuando fue detenida constituía la condición de particular vulnerabilidad por la cual se dio una afectación diferenciada en su caso. A su vez, en Argentina ya había sido separada de su esposo y luego trasladada al Uruguay sin conocer el destino de aquél, lo que en sí mismo representó un acto cruel e inhumano. Posteriormente, fue retenida en un centro clandestino de detención y torturas, a saber, el SID, donde su tratamiento diferenciado

respecto de otras personas detenidas –pues estuvo separada de éstas- no se dio para cumplir una obligación especial de protección a su favor, sino para lograr la finalidad de su retención ilegal, de su traslado al Uruguay y de su eventual desaparición forzada, cual era, la instrumentalización de su cuerpo en función del nacimiento y el período de lactancia de su hija, quien fue entregada a otra familia luego de ser sustraída y sustituida su identidad (...). Los hechos del caso revelan una particular concepción del cuerpo de la mujer que atenta contra su libre maternidad, lo que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Lo anterior es aún más grave si se considera, según fue señalado, que su caso se dio en un contexto de desapariciones de mujeres embarazadas y apropiaciones ilícitas de niños ocurridos en el marco de la Operación Cóndor.

98. Los señalados actos cometidos contra María Claudia García pueden ser calificados como una de las más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer¹¹⁰, que habrían sido perpetrados por agentes estatales argentinos y uruguayos, que afectaron gravemente su integridad personal y estuvieron claramente basados en su género. Los hechos le causaron daños y sufrimientos físicos y psicológicos que, por los sentimientos de grave angustia, desesperación y miedo que pudo experimentar al permanecer con su hija en un centro clandestino de detención, donde usualmente se escuchaban las torturas infligidas a otros detenidos en el SID¹¹¹, y no saber cuál sería el destino de ella cuando fueron separadas¹¹², así como haber podido prever su fatal destino, constituyen una afectación de tal magnitud que debe ser calificada como la más grave forma de vulneración de su integridad psíquica.

110 Cfr., en tal sentido, artículos 1 y 2 de la Convención de Belém do Pará. Como ha sido señalado anteriormente por este Tribunal, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha sostenido que la definición de la discriminación contra la mujer “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer [i] porque es mujer o [ii] porque la afecta en forma desproporcionada”. Asimismo, también ha señalado que “[l]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”. Cfr., *al respecto*, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”)*, *supra* nota 79, párr. 395; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 129, y *Caso Rosendo Cantú y otra supra* nota 9, párr. 120.

111 Testimonio de Sara Méndez. rendida por Juan Gelman durante la audiencia pública.

112 Cfr., *mutatis mutandi*, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 103.

99. Esta desaparición forzada constituye, por la naturaleza de los derechos lesionados, una violación de una norma *jus cogens*, especialmente grave por haber acontecido como parte de una práctica sistemática de “terrorismo de Estado” a nivel inter-estatal¹¹³.

100. La preparación y ejecución de la detención y posterior desaparición forzada de María Claudia García no habrían podido perpetrarse sin el conocimiento u órdenes superiores de las jefaturas militares, de policía e inteligencia de ese entonces, o sin la colaboración, aquiescencia o tolerancia, manifestadas en diversas acciones realizadas en forma coordinada o concatenada, de miembros de los cuerpos de seguridad y servicios de inteligencia (e inclusive diplomáticos) de los Estados involucrados, por lo que los agentes estatales faltaron gravemente a sus deberes de prevención y protección de los derechos de las víctimas, consagrados en el artículo 1.1 de la Convención Americana, y utilizaron la investidura oficial y recursos otorgados por el Estado para cometer las violaciones.

101. En consideración de lo anterior, en virtud de su desaparición forzada, que se mantiene hasta el día de hoy, la Corte concluye que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la libertad personal, la integridad personal, la vida y al reconocimiento a la personalidad jurídica de la señora María Claudia García Iruretagoyena, reconocidos en los artículos 7.1, 5.1 y 5.2, 4.1 y 3, en razón del incumplimiento de sus obligaciones de respetar y garantizar esos derechos, establecidas en el artículo 1.1, todos de la Convención Americana, en relación con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹¹⁴.

[...]

113 Por ende puede ser calificada como un crimen de lesa humanidad.

114 En numerosos casos la Corte ha analizado, o declarado la violación, de las disposiciones de la referida Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada. Al respecto, ver los siguientes casos: *Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela*, arts. I, X y XI; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, arts. I y II; *Caso Tiu Tojín vs. Guatemala*, art. I; *Caso Ticona Estrada vs. Bolivia*, arts. I, III y XI; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, arts. I y II; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, arts. I y II; *Caso Ibsen Cárdenas vs. Bolivia*, arts. I y XI; y *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*.

VIII. PUNTOS RESOLUTIVOS

312. Por tanto,

LA CORTE DECLARA,

por unanimidad, que:

(...)

2. El Estado es responsable por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, por lo cual violó sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, reconocidos en los artículos 3, 4.1, 5.1 y 5.2 y 7.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en los términos de los párrafos 44 a 63 y 79 a 101 de la Sentencia.

(...)

[...].

*Comisión Interamericana
de Derechos Humanos*

*Baby Boy vs.
Estados Unidos de América*

*Caso N° 2141
Resolución N° 23/81
6 de marzo de 1981*



RESUMEN DEL CASO

1. El 19 de enero de 1977, Christian S. White y Gary K. Potter interpusieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición contra los Estados Unidos de América y el Estado de Massachusetts para los fines establecidos en el Estatuto y Reglamento de la Comisión. La petición fue presentada mediante una carta firmada por el Sr. Gary Potter, Presidente de Catholics for Christian Political Action.

2. A continuación se resumen los detalles de la petición:

Nombre de la persona cuyos derechos humanos han sido violados: "Baby Boy" (...).

Dirección: Boston City Hospital, Boston Massachusetts.

Descripción de la violación: la víctima fue muerta por proceso de aborto (histerectomía), ejecutado por el Dr. Kenneth Edelin, M.D., en violación del derecho a la vida reconocido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aclarado por la definición y descripción de "derecho a la vida" que consta en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...).

Lugar y fecha de la violación: Boston City Hospital, Boston Massachusetts. Octubre 3 de 1973. Edificio de la Corte Suprema de Estados Unidos, Washington, D.C., enero 22 de 1973.

Autoridad local que tomó conocimiento del acto y de la fecha en que ocurrió: Oficina del Fiscal de Distrito, Boston, Massachusetts.

Juez o Tribunal que tomó conocimiento del acto y de la fecha en que ocurrió: Corte Superior de Boston, Massachusetts, Juez McGuire, abril 5-11, 1976.

Decisión final de la autoridad que conoció del caso: la Corte Suprema Judicial de Massachusetts, Boston, Massachusetts, absolvió al Dr. Edelin, después de su apelación el 17 de diciembre de 1976.

Si no ha sido posible interponer denuncia ante una autoridad, juez o tribunal local, explique las razones de esa imposibilidad: No hay posibilidad de apelar a la Corte Suprema de Estados Unidos (...).

[...]

Indíquese si el suscrito desea que se mantenga en secreto su identidad: No es necesario.

3. En el Documento Explicativo que se adjunta a la petición, el peticionario añade, *inter alia*, las siguientes informaciones y argumentos:

a) La víctima del presente caso, un niño varón, antes del término normal del embarazo, ha sido identificado desde el comienzo por las autoridades de Massachusetts con la denominación de "Baby Boy", (...).

b) Esta violación de los siguientes derechos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -Capítulo 1, artículo I ("... derecho a la vida..."), artículo II ("Todas las personas son iguales ante la ley... sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna"; aquí, edad), artículo VII ("Todo niño, tiene derecho a protección, cuidado y ayuda") y artículo XI ("Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada...")- empezó el 22 de enero de 1973, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió sus decisiones en los casos judiciales de *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113¹ y *Doe vs. Bolton*, 410 U.S. 179.

c) El efecto de las decisiones *Wade* y *Bolton* (*supra*), al poner fin a la protección jurídica de niños nonatos preparó el camino para privar del derecho a vida a "Baby Boy". Estas decisiones por sí mismas constituyen una violación de su derecho a la vida, y, por tanto, Estados Unidos de América es acusado de violar el artículo I del Capítulo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El Gobierno de Estados Unidos, por su Corte Suprema, es culpable de tal violación.

d) En el proceso, el jurado consideró culpable de homicidio sin premeditación al Dr. Edelin, estableciendo necesariamente el hecho de que se trataba de un niño que reunía las condiciones relativas a la "excepción protegible" (más de seis meses después de la concepción y/o vivo fuera del vientre) señalada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en las causas de *Wade* y *Bolton*. A raíz de la apelación, la Corte Suprema Judicial de Massachusetts la anuló (...).

e) La decisión fue emitida el 17 de diciembre de 1976, y, al impedir que se castigue al Dr. Edelin por sus actos, puso al Estado de Massachusetts en violación del derecho a la vida de "Baby Boy", conforme a la Declaración.

(...)

[...]

1 "410 U.S. 113" significa United States Reports, vol. 410, página 113. Se ofrece esta explicación para personas no familiarizadas con el sistema americano de referencias jurídicas y citación de casos judiciales.

Considerando:

[...]

18. La primera violación denunciada en la petición se refiere al artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: "Todo ser humano tiene derecho a la vida...". Los peticionarios admiten que la Declaración no elabora "cuándo comienza la vida", "cuándo el producto de la concepción se convierte en un ser humano" u otras cuestiones. Sin embargo, tratan de esclarecer en estas cuestiones fundamentales con dos argumentos:

- a) Los trabajos preparatorios, la discusión del Proyecto de la Declaración durante la IX Conferencia Internacional de Estados Americanos en Bogotá en 1948, y el voto final demuestra que la intención de la conferencia fue la de proteger el derecho a la vida "desde el momento de la concepción".
- b) La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, promulgada para impulsar los altos fines de la Declaración y como un corolario de ella, da una definición del derecho a la vida en el artículo 4.1: "Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción".

19. La breve historia legislativa de la Declaración no apoya el argumento de los peticionarios, como puede inferirse de las siguientes informaciones y documentos:

- a) De acuerdo con la resolución XL de la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz (México, 1945), el Comité Jurídico Interamericano, con sede en Río de Janeiro, formuló un Proyecto de una Declaración Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre para que lo estudiara la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos (Bogotá, 1948). Ese texto preliminar sirvió a la Conferencia de base para las discusiones, juntamente con el texto preliminar de una declaración similar preparada por las Naciones Unidas en diciembre de 1947.
- b) El artículo 1, sobre el derecho a la vida, del Proyecto sometido por el Comité Jurídico expresa: "Toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción; al derecho a la vida de los incurables, imbéciles y dementes. La pena capital puede aplicarse únicamente en casos en que se haya prescrito por leyes pre-existentes por delitos de extrema gravedad". (Novena Conferencia Internacional Americana - Actas y Documentos, Vol. V, p. 449).
- c) Se formó un grupo de trabajo para que estudiara las observaciones y enmiendas introducidas por los delegados y preparara un documento aceptable. El grupo

sometió, en efecto, a la sexta comisión, un nuevo texto preliminar con el título de Declaración Americana de los Derechos y Deberes Fundamentales del Hombre, cuyo artículo I decía: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, libertad, seguridad, o integridad de su persona".

d) Este artículo 1, completamente nuevo, y algunos cambios substanciales introducidos por el grupo de trabajo en otros artículos, han sido explicados por el mismo grupo en su informe a la comisión sexta, como un arreglo al que se llegó para resolver los problemas suscitados por las delegaciones de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Perú, Uruguay y Venezuela, principalmente como consecuencia del conflicto entre las leyes de esos Estados y el texto preliminar del Comité Jurídico (Actas y Documentos, Vol. 5, pp. 474-484, 513-514).

e) En relación con el derecho a la vida, la definición dada en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes que rigen la pena capital y aborto en la mayoría de los Estados americanos. En efecto, la aceptación de este concepto absoluto --el derecho a la vida desde el momento de la concepción-- habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países, porque dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto si se lo ejecutaba en uno o más de los siguientes casos: A) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; B) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; C) para proteger el honor de una mujer honrada; B) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, E) por angustia económica.

f) En 1948, los Estados americanos que permitían el aborto en uno de dichos casos y, en consecuencia, hubieran sido afectados por la adopción del artículo I del Comité Jurídico, fueron: Argentina -artículo 86 n.I , 2 (casos A y B); Brasil - artículo 128 n I, II (A y B); Costa Rica - artículo 199 (Caso A); Cuba - artículo 443 (casos A, B. y D); Ecuador - artículo 423 n. 1, 2 (casos A y B); México - Distrito y Territorios Federales -- Artículos 332 e. y 334 (Casos A y B); Nicaragua - artículo 399 /intento frustrado/ (caso C); Paraguay - artículo 352 (caso A); Perú - artículo 163 (caso A, para salvar la vida o la salud de la madre); Uruguay - artículo 328 n. 1-5 (casos A, B, C, y F), el aborto debe ejecutarse en los primeros tres meses de gravidez); Venezuela - artículo 435 (caso A); Estados Unidos de América -véanse las leyes estatales y precedentes;* Puerto Rico S S 266, 267 - caso A (Códigos Penales Iberoamericanos - Luis Jiménez de Asua, Editorial Andrés Bello, Caracas, 1946, Vol. I y II).

* Daniel Callahan -Abortion: Law, Choice and Morality. William A. Nolen -The Baby in the Bottle -Cowarn, Mc Cann Geoghengan, Inc. -New York, 1978; 410 U.S. 113 proporciona una lista de artículos de Código Penal del Estado y leyes similares existentes en la mayoría de los estados en 1973 (pp. 118-119).

g) El 22 de abril de 1948, el nuevo artículo I de la Declaración, preparado por el grupo de trabajo, fue aprobado por la comisión sexta con un pequeño cambio de redacción en el texto español (no hubo texto inglés oficial en esta etapa) (Actas y Documentos, Vol. V, p. 510-516 y 578). Finalmente, el texto definitivo de la Declaración en cuatro lenguas: español, inglés, portugués y francés, fue aprobado en la séptima sesión plenaria de la conferencia, el 30 de abril de 1948, y el Acta Final se firmó el 2 de mayo. La única diferencia en la última versión es la supresión de la palabra "integridad" (Actas y Documentos, Vol. VI, p. 297-298; Vol. I, p. 231, 234, 236, 260 y 261).

h) En consecuencia, Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido ese principio.

20. El segundo argumento de los peticionarios, respecto a encontrar en la Convención elementos para interpretar la Declaración, requiere también un estudio de los motivos que prevalecieron en la Conferencia de San José al adoptarse la definición del derecho a la vida.

21. La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, celebrada en Santiago de Chile en 1959, encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un Proyecto de convención de derechos humanos que los Estados Americanos deseaban suscribir desde la Conferencia de México de 1945.

22. El Proyecto, preparado por ese Consejo en dos semanas, fue origen de la Declaración Americana aprobada en Bogotá, pero también recibió la contribución de otras fuentes, inclusive los trabajos iniciados en las Naciones Unidas. Contiene 88 artículos, empieza con una definición del derecho a la vida (artículo 2), en la cual se volvió a introducir el concepto de que "Este derecho estará protegido por la ley desde el momento de la concepción." Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1968 - Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. 1973, p. 67 y 237).

23. La Segunda Conferencia Especial de Estados Americanos (Río de Janeiro, 1965) consideró el proyecto del Consejo y otros dos textos preliminares presentados por los gobiernos de Chile y Uruguay, respectivamente, y solicitó que el Consejo de la OEA, en cooperación con la CIDH, preparase un Proyecto de Convención para presentarlo a la conferencia diplomática que habría de convocarse con este propósito.

24. El Consejo de la OEA, al considerar la Opinión emitida por la CIDH sobre el Proyecto de Convención preparado por el Consejo de Jurisconsultos, encomendó a la Comisión que estudiara dicho texto y elaborara otro definitivo para transmitirlo como documento de trabajo a la Conferencia de San José (Anuario, 1968, p. 73-93).

25. Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de “desde el momento de la concepción”, con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, *inter alia*, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH, volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras “en general”. Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 “1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, *en general*, desde el momento de la concepción” (Anuario, 1968, p. 321).

26. El relator propuso, en esta segunda oportunidad de discusión de la definición del derecho a la vida, eliminar la frase final entera “...en general, desde el momento de la concepción”. Repitió el razonamiento de su opinión disidente, es decir, que se basaba en las leyes sobre aborto vigentes en la mayoría de los Estados americanos, con la siguiente adición: “para evitar cualquier posibilidad de conflicto con el artículo 6, párrafo 1, del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derecho Cívicos y Políticos, que establece este derecho únicamente de manera general” (Anuario 1968, p. 97).

27. Sin embargo, la mayoría de miembros de la Comisión creyeron que, por razones de principio, era fundamental formular la disposición sobre la protección del derecho a la vida en la forma recomendada al Consejo de la OEA en su Opinión (primera parte). Se decidió, por tanto, mantener el texto del párrafo 1, sin cambios (Anuario, 1968, p. 97).

28. En la conferencia diplomática que aprobó la Convención Americana, las delegaciones del Brasil y de la República Dominicana presentaron enmiendas separadas de eliminación de la frase final del párrafo 1 del artículo 3 (derecho a la vida), o sea: “en general, desde el momento de la concepción”. La delegación de Estados Unidos apoyó la posición del Brasil (*Conferencia Especializada Americana sobre Derechos Humanos -Actas y Documentos-Washington, D.C. 1978, (reimpres), p. 57, 121 y 160*).

29. La delegación del Ecuador apoyó, en cambio, la eliminación de las palabras “en general”. Por fin, por voto de la mayoría, la conferencia adoptó el texto preliminar sometido por la CIDH y aprobado por el Consejo de la OEA el cual continúa hasta el presente como

texto del artículo 4, párrafo 1, de la Convención Americana (*Actas y Documentos*, p. 160 y 481).

30. A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios.

[...]

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,

Resuelve:

1. La decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos y de la Corte Suprema Judicial de Massachusetts, así como los demás hechos establecidos en la petición, no constituyen violación de los artículos I, II, VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

[...].

*Corte Europea
de Derechos Humanos*

*Open Door y Dublin Well Woman
vs. Irlanda*

*Demanda N° 14234/88;
14235/88*

*Sentencia del
29 de octubre de 1992*



[...]

LOS HECHOS

I. INTRODUCCIÓN

Los demandantes

9. Los demandantes en este caso son (a) *Open Door Counselling Ltd* (de aquí en adelante, Open Door), una organización reconocida por la ley irlandesa, que se encargaba, *inter alia*, de asesorar a mujeres embarazadas en Dublín y otras partes de Irlanda; (b) *Dublin Well Woman Centre Ltd* (de aquí en adelante, Dublin Well Woman), una organización también reconocida por la ley irlandesa que proporciona servicios similares en dos clínicas ubicadas en Dublín; (c) Bonnie Maher y Ann Downes, quienes trabajaban como abogadas calificadas para Dublin Well Woman; (d) la señora X, nacida en 1950, y la señora Maeve Geraghty, nacida en 1970, quienes completaron la solicitud de Dublin Well Woman como mujeres en edad fértil. Los demandantes denunciaron una orden judicial impuesta por las cortes irlandesas contra Open Door y Dublin Well Woman, que les impedía proveer, por medio de asesoría no oficial (...) cierto tipo de información a las mujeres embarazadas respecto del aborto fuera de la jurisdicción de Irlanda. Open Door y Dublin Well Woman son dos organizaciones sin fines de lucro. Open Door dejó de funcionar en 1988 (...). Dublin Well Woman se estableció en 1977 y proporciona una gran cantidad de servicios relacionados con el asesoramiento matrimonial, planificación familiar, procreación y asuntos relativos a la salud. Los servicios que ofrece Dublin Well Woman están relacionados con todos los aspectos de la salud de las mujeres, desde examen Papanicolau hasta examen de mamas, infertilidad, inseminación artificial y asesoramiento para mujeres embarazadas.

[...]

III. PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 10

53. Los demandantes alegaron que el mandamiento judicial de la Corte Suprema, que no les permitía ayudar a las mujeres embarazadas a que viajaran al extranjero para hacerse un aborto, violaba los derechos de las organizaciones demandantes y las dos abogadas a dar información, así como los derechos de la señora X y la señora Geraghty a recibirla. Limitaron su acusación a la parte de la orden judicial que trataba sobre la provisión de información a las embarazadas en lugar de la parte que trataba sobre los viajes o las

derivaciones a otras clínicas (...). Invocaron el Artículo 10, que estipula:

“1. Todo el mundo tiene el derecho a la libertad de expresión. Este derecho incluye la libertad de sostener opiniones y de recibir y dar información e ideas sin la interferencia de una autoridad pública y más allá de las fronteras...”

2. El ejercicio de estas libertades, dado que conllevan obligaciones y responsabilidades, puede estar sujeto a dichas formalidades, condiciones, restricciones o castigos como los que están prescriptos por ley y son necesarios en las sociedades democráticas, en pos de la seguridad nacional, la integridad territorial y la seguridad pública, para la prevención de disturbios y crímenes, para la protección de la salud y la moral, en vistas de la protección de la reputación y los derechos de los otros, para la prevención de la revelación de información confidencial y para mantener la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

[...]

A. ¿Se afectaron los derechos de los demandantes?

55. La Corte observa que el gobierno aceptó el hecho de que el mandamiento judicial afectara la libertad de las organizaciones demandantes a dar información. Si se tiene en cuenta el alcance del mandamiento judicial que también impide que los “servidores o agentes” de las organizaciones demandantes ayuden a las “embarazadas”, (...) no caben dudas de que también se vio afectado el derecho a dar información de las abogadas demandantes y el derecho a recibir información de la señora X y la señora Geraghty, en el caso de que estuvieran embarazadas.

Para determinar si dicha interferencia significa una violación del Artículo 10, la Corte debe evaluar si la misma estaba justificada por el hecho de ser una restricción “prescripta por la ley”, necesaria en las sociedades democráticas en alguna de las áreas especificadas en el Artículo 10 párrafo 2.

B. La restricción, ¿estaba “prescripta por la ley”?

[...]

2. La evaluación del problema por parte de la Corte

59. Esta pregunta se debe abordar mediante la consideración no sólo de los términos aislados utilizados en el Artículo 40.3.3º, sino también de la protección que otorga la ley

irlandesa a los derechos de las personas por nacer en el derecho escrito y en la jurisprudencia (...).

Es cierto que no es un delito someterse a un aborto fuera de Irlanda y que la práctica del asesoramiento no oficial a embarazadas no transgredía la ley penal. Además, el lenguaje utilizado en el Artículo 40.3.3º parece imponer sólo al Estado la obligación de proteger el derecho a la vida de los niños que todavía no nacieron y sugiere que en el futuro se introducirá una legislación reguladora. (...).

60. Si se tiene en cuenta el gran umbral de protección de los nonatos que generalmente estipula la ley irlandesa y la manera en que las cortes han interpretado su papel en tanto garantes de los derechos constitucionales, la posibilidad de que se tomaran acciones en contra de las organizaciones demandantes debería haber sido, con el asesoramiento legal apropiado, razonablemente previsible (ver el fallo del caso *Sunday Times v. the United Kingdom* del 26 de abril de 1979, Serie A Nº 30, página 31, párrafo 49). Esta conclusión se ve reforzada por el asesoramiento legal que efectivamente fue otorgado a Dublin Well Woman que informaba que, a la luz del Artículo 40.3.3º, se podía solicitar un mandamiento judicial en contra de sus actividades de asesoramiento (...).

La restricción, consiguientemente, estaba “prescripta por la ley”.

C. La restricción, ¿tenía objetivos que eran legítimos según el Artículo 10 párrafo 2?

61. El gobierno sostuvo que las disposiciones relevantes de la ley irlandesa están pensadas para la protección de los derechos de los demás -en este caso de las personas que todavía no nacieron-, para la protección de la moral y, cuando sea apropiado, para la prevención del crimen.

62. Los demandantes estaban en desacuerdo y sostuvieron, *inter alia*, que en vistas de la utilización del término “todo el mundo” en el Artículo 10 párrafo 1 y en todo el Convenio, sería ilógico interpretar que los “derechos de los demás” en el Artículo 10 párrafo 2 abarcaba a las personas que todavía no nacieron.

63. La Corte no puede aceptar que las restricciones en cuestión buscaran prevenir el crimen dado que, como se observó anteriormente (párrafo 59), ni la proporción de dicha información ni la facilitación de un aborto fuera de la jurisdicción eran un delito penal. Sin embargo, es evidente que la protección que otorga la ley irlandesa al derecho a la vida de

los nonatos se basa en valores morales profundos que tienen que ver con la naturaleza de la vida, que se vieron reflejados en la postura de la mayoría de los irlandeses en contra del aborto, como se expresó en el referéndum de 1983 (...). Por ende, la restricción tenía como objetivo legítimo la protección de la moral, de la cual la protección del derecho a la vida de los nonatos en Irlanda es uno de los aspectos. A la luz de esta conclusión, no es necesario decidir si el término "los demás" en el Artículo 10 párrafo 2 se extiende a los nonatos.

D. La restricción, ¿era necesaria en una sociedad democrática?

[...]

1. Artículo 2

[...]

66. La Corte observa desde el comienzo que en el presente caso no es necesario examinar si el derecho al aborto está garantizado por el Convenio o si el derecho a la vida presente en el Artículo 2 abarca también al feto. Los demandantes no afirmaron que el Convenio contuviera un derecho al aborto, su acusación está limitada a la parte del mandamiento judicial que restringe su libertad de dar y recibir información sobre el aborto en el extranjero (...).

Así, el único tema que queda por tratar es si las restricciones sobre la libertad de dar y recibir información presentes en la parte relevante del mandamiento judicial son necesarias o no en una sociedad democrática para el propósito legítimo de la protección de la moral, como se explica anteriormente (ver el párrafo 63). (...)

2. Proporcionalidad

[...]

68. La Corte no puede aceptar que la discreción del Estado en el área de la protección de la moral no tenga límites ni sea evaluable (ver, *mutatis mutandis*, para analizar un argumento similar, el fallo del caso *Norris v. Ireland* del 26 de octubre de 1988, Serie A Nº 142, página 20, párrafo 45).

Reconoce que las autoridades nacionales gozan de un amplio margen de apreciación en los asuntos relacionados con la moral, en particular, en un área como la del presente

caso que trata de asuntos de creencia relacionados con la naturaleza de la vida humana. Como ya observó la Corte, no es posible encontrar en los órdenes legales y sociales de los Estados Contratantes una concepción europea uniforme de la moral, y las autoridades del Estado están, en principio, en una mejor posición que el juez internacional para dar su opinión sobre el contenido exacto de los requisitos de la moral, así como sobre la "necesidad" de una "restricción" o "castigo" con el fin de cumplirlos (ver, *inter alia*, el fallo del caso *Handyside v. the United Kingdom* del 7 de diciembre de 1976, Serie A N° 24, página 22, párrafo 48 y el fallo del caso *Müller and Others v. Switzerland* del 24 de mayo de 1988, Serie A N° 133, página 22, párrafo 35).

Sin embargo, este poder de apreciación tiene limitaciones. Queda a cargo de la Corte, también en esta área, supervisar si una restricción es compatible con el Convenio.

69. Respecto de la aplicación de la prueba de "proporcionalidad", la consecuencia lógica del argumento del gobierno es que las medidas tomadas por las autoridades nacionales con el fin de proteger el derecho a la vida de los nonatos o de apoyar la garantía constitucional sobre el asunto estarían automáticamente justificados por el Convenio cuando se alegara la violación de un derecho de menor talla. En principio, las autoridades nacionales pueden tomar esas medidas cuando lo consideren necesario para respetar el imperio de la ley o para poner en práctica los derechos constitucionales. Sin embargo, lo deben llevar a cabo de una manera que sea compatible con sus obligaciones en el marco del Convenio y que esté sometida a una evaluación por parte de las instituciones del Convenio. Aceptar el alegato del gobierno sobre este punto sería una abdicación de la responsabilidad de la Corte conforme el Artículo 19 "para asegurar el cumplimiento de los compromisos asumidos por las Altas Partes Contratantes...".

70. Consiguientemente, la Corte debe evaluar la cuestión de "necesidad" a la luz de los principios desarrollados en su jurisprudencia (ver, *inter alia*, el fallo del caso *Observer and Guardian v. the United Kingdom* del 26 de noviembre de 1991, Serie A N° 216, páginas 29-30, párrafo 59). Debe determinar si existía una necesidad social urgente para tomar las medidas en cuestión y, en particular, si la restricción acusada era "proporcional al objetivo legítimo que se buscaba" (ibíd.).

71. En este contexto, es apropiado recordar que la libertad de expresión también se aplica a la "información" y a las "ideas" que ofenden, impactan o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y la aceptación sin las que no existe una "sociedad democrática" (ver, *inter alia*, el ya mencionado fallo de *Handyside*, Serie A N° 24, página 23, párrafo 49).

72. Mientras que la restricción relevante, como observó el gobierno, está limitada a la provisión de información, se recuerda que no se considera un delito penal según la ley irlandesa que una mujer viaje al extranjero para hacerse un aborto. Además, el mandamiento judicial limitó la libertad de dar y recibir información sobre servicios que son legales en otros países que forman parte del Convenio y que pueden ser cruciales para la salud y el bienestar de las mujeres. Las limitaciones con respecto a la información de actividades que, pese a sus implicaciones morales, han sido toleradas y lo continúan siendo por parte de autoridades nacionales requieren un examen riguroso por parte de las instituciones del Convenio con respecto a su conformidad con los principios de las sociedades democráticas.

73. A la Corte le sorprende la naturaleza absoluta de la orden judicial que impuso una restricción “perpetua” a la provisión de información para las embarazadas sobre el aborto en el extranjero, más allá de la edad, el estado de salud y las razones que pudieran tener para buscar asesoramiento sobre la interrupción del embarazo. La naturaleza dramática de esa restricción ya ha sido resaltada en el caso *The Attorney General v. X and Others* y en la concesión que realizó el gobierno en la audiencia de que la orden judicial ya no se aplicaba a las mujeres que, en las circunstancias definidas en el fallo de la Corte Suprema en ese caso, ahora tenían la libertad de realizar un aborto en Irlanda o en el extranjero (...).

74. En esa área solamente la restricción parece ser demasiado amplia y desproporcionada. Además, otros factores confirman esta valoración.

75. En primer lugar, se debe observar que las organizaciones demandantes estaban involucradas en el asesoramiento de mujeres embarazadas y que sus abogadas no recomendaban ni fomentaban el aborto, sino que se limitaban a explicar las opciones disponibles (...). La decisión de actuar en base a la información proporcionada era de las mujeres en cuestión. No hay dudas de que después de ese asesoramiento había pocas mujeres que decidieran estar en contra de la interrupción del embarazo. Por consiguiente, el eslabón entre la provisión de información y la destrucción de la vida de las personas por nacer no es tan definitivo como se arguye. De hecho, las autoridades del Estado habían tolerado dicho asesoramiento incluso después de que se aprobara la Octava Enmienda en 1983 hasta el fallo de la Corte Suprema para el presente caso. Además, la información que proporcionaron los demandantes sobre el aborto en el extranjero no estaba disponible para todo el público.

76. El gobierno no arguyó seriamente que la información sobre el aborto en el extranjero se pudiera obtener de otras fuentes en Irlanda, ya sea en revistas y guías telefónicas,

(...) o de personas que tuvieran contactos en Gran Bretaña. Por ende, la información que la orden judicial quería restringir ya estaba disponible en otros lugares, aunque no estaba supervisada por un personal calificado y, por lo tanto, no protegía tanto la salud de las mujeres. También, la orden judicial, aparentemente, fue bastante ineficaz a la hora de proteger el derecho a la vida de los nonatos, dado que no evitó el hecho de que muchas irlandesas continuaran haciéndose abortos en Gran Bretaña (...).

77. Además, la evidencia disponible, que no fue disputada por el gobierno, sugiere que el mandamiento judicial creó un riesgo para la salud de aquellas mujeres que ahora quieren someterse a un aborto durante los últimos meses del embarazo, debido a la falta de asesoramiento adecuado, y que no aprovechan la supervisión médica habitual que debería realizarse después de un aborto (...). También, la orden judicial puede tener mayores efectos negativos en las mujeres que no tienen los recursos suficientes ni los niveles de educación necesarios para tener acceso a las fuentes de información alternativas (ver el párrafo 76). Ciertamente, estos son factores legítimos para tener en cuenta a la hora de evaluar la proporcionalidad de la restricción.

3. Artículos 17 y 60

78. El gobierno, mediante la invocación de los Artículos 17 y 60 del Convenio, sostuvo que el Artículo 10 no se debía interpretar como algo que limitara, destruyera ni menoscabara el derecho a la vida de los nonatos, que goza de una protección especial bajo la ley irlandesa.

79. Sin poner en tela de juicio bajo el Convenio el régimen de protección de la vida de los nonatos que existe en la ley irlandesa, la Corte recuerda que la orden judicial no evitó que las mujeres irlandesas se sometieran a abortos en el extranjero y que la información que buscaba restringir estaba disponible mediante otras fuentes (ver el párrafo 76). Por consiguiente, no es la interpretación del Artículo 10 sino la posición de Irlanda respecto de la implementación de la ley lo que hace posible que continúen los niveles actuales de abortos en el extranjero por parte de mujeres irlandesas.

4. Conclusión

80. A la luz de lo analizado anteriormente, la Corte llega a la conclusión de que la restricción impuesta a los demandantes para dar y recibir información no era proporcional a los objetivos que se buscaban. Por ende, se violó el Artículo 10.

[...]

POR ESTAS RAZONES, LA CORTE

[...]

3. Sostiene por quince votos a ocho que ha habido una violación del Artículo 10;

[...].

*Corte Europea
de Derechos Humanos*

Tysic vs. Polonia

Demanda N 5410/03

*Sentencia del
20 de marzo de 2007*



[...]

LOS HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

[...]

9. La demandante quedó embarazada en febrero de 2000. Anteriormente tuvo dos hijos, ambos nacidos por cesárea. Preocupada por el posible efecto del parto en su salud, la demandante decidió consultar a sus médicos. Fue examinada por tres especialistas en oftalmología (M. S., N. S. –B, y K. W.). De los documentos presentados por la demandante se desprende que la Dra. M. S. le recomendó que se hiciera revisiones médicas con frecuencia y evitara realizar esfuerzos físicos. Por su parte, N. S. –B. declaró que la demandante debería considerar la esterilización tras el parto. Todos concluyeron que, debido a alteraciones patológicas en la retina de la demandante, el embarazo y el parto constituían un riesgo para su vista. Sin embargo, se negaron a emitir un certificado para solicitar la interrupción del embarazo, a pesar de los pedidos de la demandante, con el fundamento de que la retina podía desprenderse como consecuencia del embarazo pero que no era seguro que eso sucediera.

10. Posteriormente, la demandante buscó asesoramiento médico adicional. El 20 de abril de 2000, la Dra. O. R. G., médica clínica, emitió un certificado en el que dejaba constancia de que el embarazo constituía una amenaza a la salud de la demandante, puesto que había riesgos de ruptura del útero, teniendo en cuenta sus dos partos previos por cesárea. La Dra. también hizo referencia a la miopía de la demandante y a alteraciones patológicas significativas en su retina. Según la médica clínica, teniendo en cuenta esas consideraciones, era necesario, además, que la demandante evitara realizar esfuerzos físicos, lo que de todos modos no sería posible dado que en ese momento la demandante se encontraba criando dos niños pequeños sola. La demandante supuso que a partir de ese certificado podría interrumpir su embarazo legalmente.

11. El 14 de abril de 2000, en el segundo mes de su embarazo, se examinó la vista de la demandante, y se estableció que necesitaba lentes para corregir la visión de ambos ojos en 24 dioptrías.

12. Posteriormente, la demandante se contactó con un hospital estatal, la Clínica de Ginecología y Obstetricia en Varsovia, en el área que se le asignó de acuerdo a su lugar

de residencia, para llevar a cabo la interrupción de su embarazo. El 26 de abril de 2000 tuvo cita con el Dr. R. D., jefe del Departamento de Ginecología y Obstetricia de la clínica.

13. El Dr. R. D. examinó a la demandante visualmente y por un periodo de menos de cinco minutos, pero no revisó su historial médico oftalmológico. Posteriormente, anotó en el reverso del certificado emitido por la Dra. O. R. G. que ni su miopía ni sus dos partos previos por cesárea constituían fundamentos para la interrupción terapéutica del embarazo. Su opinión era que, en esas circunstancias, la demandante debía dar a luz por cesárea. Durante la visita de la demandante, el Dr. R. D. consultó a una endocrinóloga, la Dra. B., y le susurraba a ésta en presencia de la demandante. La endocrinóloga firmó la nota conjuntamente con el D. R. D., pero no le habló a la demandante.

14. El examen se realizó con la puerta abierta, que daba al pasillo, lo que, según el alegato de la demandante, no era un ambiente propicio para llevar a cabo el examen médico. Al finalizar la cita, el Dr. R. D. le dijo a la demandante que incluso podría tener ocho hijos si éstos nacieran por cesárea.

15. En consecuencia, el embarazo de la demandante no fue interrumpido. La demandante dio a luz por cesárea en noviembre de 2000.

16. Después del parto, su visión se deterioró gravemente. El 2 de enero de 2001, aproximadamente seis semanas después del parto, la demandante fue llevada a la Unidad de emergencias de la Clínica Oftalmológica en Varsovia. Cuando se le tomó una prueba para que dijera cuántos dedos veía, sólo pudo ver a una distancia de tres metros con el ojo izquierdo y a cinco metros con el ojo derecho, mientras que antes del embarazo podía ver objetos a una distancia de seis metros. Se le detectó una oclusión vascular en fase de reabsorción en el ojo derecho y una mayor degeneración del punto retiniano en el ojo izquierdo.

17. De acuerdo con un certificado médico emitido el 14 de marzo de 2001 por una oftalmóloga, el deterioro en la visión de la demandante había sido causado por hemorragias recientes en la retina. Como consecuencia, la demandante actualmente corre el riesgo de perder la vista. La Dra. M. S., la oftalmóloga que examinó a la demandante, le sugirió que comenzara a aprender el alfabeto Braille. También le informó a la demandante que, dado que las alteraciones en su retina se encontraban en un estadio muy avanzado, no podría corregirlas por medio de una intervención quirúrgica.

18. El 13 de septiembre de 2001, el Panel de discapacidad declaró que la demandante tenía una discapacidad significativa, mientras que anteriormente se había establecido

que tenía una discapacidad de gravedad media. El Panel también determinó que necesitaba cuidados y ayuda constante en su vida diaria.

19. El 29 de marzo de 2001, la demandante presentó una denuncia penal contra el Dr. R. D., en la que afirmaba que éste le impidió interrumpir su embarazo por motivos médicos, tal como lo recomendó la médica clínica, y como lo permite una de las excepciones a la prohibición general sobre el aborto. Denunció que, tras el embarazo y el parto, sufrió graves daños físicos a causa de la pérdida casi total de su visión. Se basó en el artículo 156 párrafo 1 del Código Penal, que establece la pena por el delito de lesiones corporales graves, y afirmó también que, según las disposiciones aplicables de la ley de seguridad social, no era beneficiaria de una pensión por discapacidad por no haber trabajado la cantidad de años necesaria previamente al desarrollo de su discapacidad, esto debido a que había estado criando a sus hijos.

[...]

29. En un fallo definitivo de fecha 2 de agosto de 2002, que no fue apelado y que constaba de veintitrés líneas, el Tribunal de Distrito confirmó la decisión de suspender el caso. Habiendo tenido en cuenta el informe médico pericial, el Tribunal consideró que la negativa a interrumpir el embarazo no había tenido relación alguna con el deterioro de la vista de la demandante. Además, el Tribunal concluyó que, en todo caso, era probable que la demandante tuviera una hemorragia en sus ojos, dado el grado y la naturaleza de su condición. El Tribunal no trató la denuncia de procedimiento que había presentado la demandante en su apelación contra el fallo del Fiscal de distrito.

30. La demandante también intentó iniciar un procedimiento disciplinario contra el Dr. R. D. y la Dra. B. Sin embargo, ese procedimiento se suspendió finalmente el 19 de junio de 2002, con la conclusión de las autoridades competentes de la Cámara de Médicos de que no se había incurrido en negligencia profesional.

31. Actualmente, la demandante puede ver objetos sólo a una distancia de cerca de 1,5 metros y teme quedar ciega. El 11 de enero de 2001, el Centro de Asistencia Social emitió un certificado en el que se dejaba constancia de que la demandante no estaba en condiciones de cuidar a sus hijos y que no podía ver a una distancia mayor a 1,5 metros. El 28 de mayo de 2001, un panel de especialistas emitió una decisión en la que determinaba que la demandante sufría de una discapacidad significativa. En la actualidad, se encuentra desempleada y percibe una pensión mensual por discapacidad de 560 PLN (divisa polaca). Cría a sus tres hijos sola.

[...]

EL DERECHO

[...]

II. EL FONDO DEL CASO

[...]

B. Presunta violación del artículo 8 del Convenio

67. La demandante denunció que los hechos del caso habían dado lugar a un incumplimiento del artículo 8 del Convenio. El derecho al debido respeto de su vida privada y su integridad física y moral habían sido violados sustantivamente al no facilitar el aborto terapéutico legal, y, en cuanto a las obligaciones positivas del Estado, al no proveer un marco legal amplio que garantizara sus derechos. El artículo 8 del Convenio establece, en lo que nos concierne, lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada (...)
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

[...]

3. Apreciación de la Corte

a. Alcance del caso

103. La Corte señala que en su fallo de 7 de febrero de 2006 sobre la admisibilidad, declaró admisible las denuncias de la demandante según los artículos 3, 8, 13, y 8 en relación con el artículo 14 del Convenio. Por tanto, el alcance del caso ante la Corte está limitado a las denuncias que ya ha declarado admisibles (véase, entre otros, *Sokur v. Ukraine*, Nº 29439/02, párrafo 25, 26 de abril de 2005).

104. En este contexto, la Corte observa que el derecho polaco aplicable, la Ley de 1993, si bien prohíbe el aborto, prevé ciertas excepciones. En particular, bajo la sección 4 (a) 1 (1) de esa Ley, el aborto es legal cuando el embarazo supone una amenaza a la vida o la salud de la mujer y está validado por dos certificados médicos, independientemente del estadio del embarazo. Por lo tanto, en el presente caso no es tarea de la Corte evaluar si el Convenio garantiza el derecho al aborto.

b. Aplicabilidad del artículo 8 del Convenio

105. La Corte observa en primer lugar que no está en disputa entre las partes que el artículo 8 es aplicable a las circunstancias del caso y se relaciona con el derecho de la demandante al respeto por su vida privada.

106. La Corte concuerda. Primero reitera que la legislación que regula la interrupción del embarazo toca el ámbito de la vida privada, dado que cuando una mujer está embarazada su vida privada se vuelve estrechamente ligada al feto en desarrollo (Comisión Europea de Derechos Humanos, *Brüggeman and Scheuten v. Germany*, citado arriba [Informe de 12 de julio de 1977, DR 10]).

107. La Corte también reitera que la "vida privada" es una frase amplia que abarca, *inter alia*, aspectos de la identidad física y social de un individuo, entre ellos el derecho a la autonomía personal, al desarrollo personal, y a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior (véase, entre otros muchos casos, *Pretty v. the United Kingdom*, párrafo 61). Además, si bien el Convenio no garantiza como tal el derecho a un nivel específico de cuidado médico, la Corte previamente ha determinado que la vida privada incluye la integridad física y psicológica de la persona, y que el Estado también tiene la obligación positiva de garantizar a sus ciudadanos el derecho al respecto efectivo de esa integridad (*Glass v. the United Kingdom*, N° 61827/00, párrafos 74-83, ECHR 2004-II; *Sentges v. the Netherlands* (fallo) N° 27677/02, 8 de julio de 2003; *Pentiacova and Others v. Moldova* (fallo), N° 14462/03, ECHR 2005-...; *Nitecki v. Poland* (fallo), N° 65653/01, 21 de marzo de 2002; *Odièvre v. France* [GC], N° 42326/98, ECHR 2003-III; *mutatis mutandis*). La Corte señala que en el caso que ante él se presenta, se trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada. Mientras que las regulaciones del Estado sobre el aborto se relacionan con el equilibrio tradicional entre la privacidad y el interés público, éstas también deben evaluarse en relación con las obligaciones positivas del Estado de garantizar la seguridad física de las futuras madres.

108. La Corte observa finalmente que la demandante sostuvo que la negativa de aborto también había constituido una injerencia a sus derechos garantizados en el artículo 8. Sin embargo, la Corte considera que es más apropiado examinar las circunstancias del caso de la demandante, y en particular la naturaleza de su denuncia, sólo desde el punto de vista de las obligaciones positivas del Estado demandando, antes mencionadas.

c. *Principios generales*

109. El objetivo esencial del artículo 8 es proteger al individuo de la injerencia arbitraria por parte de autoridades públicas. Cualquier injerencia según el primer párrafo del artículo 8 debe estar justificada en términos del segundo párrafo, a saber, por estar “prevista por la ley” y constituir una medida que, “en una sociedad democrática, sea necesaria” por uno o más de los motivos legítimos allí mencionados. De acuerdo con la jurisprudencia establecida, la noción de necesidad implica que la injerencia corresponda a una necesidad social acuciante y, en particular, que sea proporcional a uno de los motivos legítimos perseguidos por las autoridades (véase, p. ej., *Olsson v. Sweden (Nº 1)*), sentencia de 24 de marzo de 1988, Serie A Nº 130, párrafo 67).

110. Asimismo, también pueden existir obligaciones positivas inherentes al “respeto” efectivo por la vida privada. Esas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas pensadas para garantizar el respeto de la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones entre individuos, entre las que se incluye tanto la disposición de un marco regulatorio de mecanismos contenciosos y de aplicación, que protejan los derechos de los individuos, como la implementación, cuando sea apropiado, de medidas específicas (véase, entre otros, *X and Y v. the Netherlands*, sentencia de 26 de marzo de 1985, Serie A Nº 91, p. 11, párrafo 23).

111. Sin embargo, los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado bajo esta disposición no se prestan a definiciones precisas. No obstante, los principios aplicables son similares. Tanto en los contextos negativos como en los positivos, debe tenerse en cuenta el justo equilibrio que ha de lograrse entre los intereses en pugna del individuo y de la comunidad como un todo; asimismo, en ambos contextos el Estado goza de cierto margen de apreciación (véanse, entre otros, *Keegan v. Ireland*, sentencia de 26 de marzo de 1994, Serie A Nº 290, p. 19, párrafo 49; *Róžański v. Poland*, Nº 55339/00, párrafo 61, 18 de mayo de 2006).

112. La Corte observa que la noción de “respeto” no es del todo clara, especialmente en lo que respecta a esas obligaciones positivas; habiendo considerado la diversidad de las

prácticas seguidas y las distintas situaciones en los Estados Contratantes, los requisitos de tal noción pueden variar considerablemente de un caso a otro. No obstante, para la evaluación de las obligaciones positivas del Estado debe tenerse en cuenta que el estado de derecho, uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática, es inherente a todos los artículos del Convenio (véanse *Iatridis v. Greece*, [GC], N° 31107/96, párrafo 58, ECHR 1999-II; *Carbonara and Ventura v. Italy*, N° 24638/94, párrafo 63, ECHR 2000-VI; y *Capital Bank AD v. Bulgaria*, N° 49429/99, párrafo 133, ECHR 2005...). El cumplimiento de los requisitos impuestos por el estado de derecho presupone que las normas del derecho interno deben proveer cierta protección legal contra las injerencias arbitrarias en los derechos garantizados por el Convenio, por parte de autoridades públicas (véanse *Malone v. the United Kingdom*, sentencia de 2 de agosto de 1984, Serie A N° 82, p. 32, párrafo 67 y, más recientemente, *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], N° 30985/96, párrafo 84, ECHR 2000-XI).

113. Finalmente, la Corte reitera que en la evaluación del presente caso debe tenerse en cuenta que el Convenio no fue concebido para garantizar derechos teóricos o ilusorios sino derechos prácticos y efectivos (véase *Airey v. Ireland*, sentencia de 9 de octubre de 1979, Serie A N° 32, p. 12-13, párrafo 24). Si bien el artículo 8 no contiene requisitos explícitos de procedimiento, es importante para el goce efectivo de los derechos garantizados por esta disposición, asegurar que el proceso pertinente de toma de decisiones sea justo y preste el debido respeto a los intereses por él garantizados. Habiendo considerado las circunstancias particulares del caso y, en particular, la naturaleza de las decisiones por tomarse, lo que debe determinarse es si –visto como un todo– un individuo ha sido involucrado en el proceso de toma de decisiones, visto como un todo, a un grado tal que le haya otorgado la protección necesaria de sus derechos (véase, *mutatis mutandis*, *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], N° 36022/97, párrafo 99, ECHR 2003-VIII).

d. Conformidad con el artículo 8 del Convenio

114. Al examinar las circunstancias del presente caso, la Corte debe tener en cuenta el contexto general. Señala que la Ley de 1993 prohíbe el aborto en Polonia, y prevé sólo ciertas excepciones. Un médico que interrumpe un embarazo en infracción a las condiciones especificadas en esa Ley es culpable de un delito penal penado con hasta tres años de prisión (véase párrafo 41). Según la Federación Polaca para la Mujer y la Planificación Familiar, el hecho de que el aborto era esencialmente un delito penal disuadía a los médicos de autorizar un aborto, en particular, en ausencia de procedimientos transparentes y claramente definidos que determinarían si las condiciones legales para realizar un aborto terapéutico están dadas en un caso particular.

115. La Corte también señala que en su quinto informe periódico al Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*ICCPR*, por su sigla en inglés), el Gobierno polaco reconoció, *inter alia*, que habían existido deficiencias en el modo en que se había aplicado la Ley de 1993 en la práctica (véase el párrafo 49). En la opinión de la Corte, esto remarca aún más la importancia de brindar garantías de procedimiento relativas al acceso a un aborto terapéutico como lo establece la Ley de 1993.

116. La necesidad de tales garantías se vuelve tanto más pertinente en una situación en la que se suscitan desacuerdos sobre si las condiciones previas para practicar un aborto legal están dadas en un caso particular, ya sea entre la mujer embarazada y sus doctores, o entre los doctores mismos. En la opinión de la Corte, en tales situaciones las disposiciones legales aplicables deben, primero y principal, asegurar que la posición legal de la mujer embarazada sea clara. La Corte también señala que la prohibición legal sobre el aborto, junto con el riesgo de incurrir en responsabilidad penal según el artículo 156 párrafo 1 del Código Penal, bien pudo haber tenido un efecto intimidante sobre los médicos al momento de decidir si se cumplían los requisitos para el aborto legal en ese caso particular. Las disposiciones que regulan la disponibilidad del aborto legal deberían estar formuladas de manera tal que mitiguen ese efecto. Una vez que la legislatura decide permitir el aborto, no debe estructurar su marco legal de manera que limite las posibilidades reales de llevar a cabo esa práctica.

117. En relación a eso, la Corte reitera que en una sociedad democrática los conceptos de legalidad y estado de derecho requieren que las medidas que afectan los derechos humanos fundamentales estén sujetas, en ciertos casos, a alguna forma de procedimiento ante un organismo independiente para revisar los motivos que llevaron a tomar esas medidas, y las pruebas pertinentes (véase, entre otros, *Rotaru v. Romania* [GC], N° 28341/95, ECHR 2000-V, párrafos 55-63). Al establecer si se satisfizo esa condición, debe adoptarse una perspectiva amplia de los procedimientos aplicables *AGOSI v. the United Kingdom*, sentencia de 24 de octubre de 1986, Serie A N° 108, p. 19, párrafo 55; y *Jokela v. Finland*, N° 28856/95, párrafo 45, ECHR 2002-IV, *mutatis mutandis*). En circunstancias como las que se encuentran en disputa en el presente caso, tal procedimiento debería garantizarle a la mujer embarazada al menos la posibilidad de ser escuchada en persona y que se consideren sus opiniones. El organismo competente también debería emitir fundamentos por escrito sobre su decisión.

118. En relación a esto, la Corte observa que la naturaleza misma de las cuestiones que implica tomar la decisión de interrumpir un embarazo es tal que el factor tiempo es de una importancia crítica. Por tanto, los procedimientos implementados deberían asegurar

que tales decisiones se tomen a tiempo para reducir o evitar daños a la salud de la mujer que podrían ser provocados por un aborto tardío. Los procedimientos en los que las decisiones sobre la disponibilidad del aborto legal son revisados *post factum* no pueden cumplir tal función. En la opinión de la Corte, puede decirse que la ausencia de tales medidas preventivas en el ámbito del derecho interno constituye el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones positivas según el artículo 8 del Convenio.

119. En este contexto general, la Corte observa que no está en disputa que la demandante haya sufrido de miopía grave desde 1977. Incluso antes de su embarazo se había certificado oficialmente que sufría de una discapacidad de gravedad media (véase párrafo 8). Habiendo considerado su condición, durante su tercer embarazo la demandante buscó asistencia médica. La Corte señala que surgió un desacuerdo entre sus médicos sobre cómo el embarazo y el parto afectarían su ya frágil vista. La recomendación de los dos oftalmólogos sobre el posible impacto del embarazo sobre la condición de la demandante no fue concluyente. La Corte también señala que la médica clínica emitió un certificado que determinaba que el embarazo constituía una amenaza para su salud, mientras que un ginecólogo sostuvo la opinión contraria. La Corte enfatiza que su función no es cuestionar el juicio clínico de los médicos en cuanto a la gravedad de la condición de la demandante (*Glass v. the United Kingdom*, 61 N° 827/00, párrafo 87, ECHR 2004-II, *mutatis mutandis*). Tampoco sería apropiado especular, sobre la base de la información presentada ante esta Corte, si las conclusiones de los médicos sobre el impacto del embarazo en el deterioro de la visión de la demandante eran correctas. Basta señalar que la demandante temía que el embarazo y el parto pudieran dañar más aun su visión. Teniendo en cuenta las recomendaciones médicas que recibió durante el embarazo y, significativamente, la condición de la demandante en ese momento, así como también su historial clínico, la Corte considera que sus temores no pueden juzgarse de irracionales.

120. La Corte ha examinado cómo se aplicó en el caso de la demandante el marco legal que regula la disponibilidad del aborto terapéutico en Polonia y de qué manera respondió a sus temores sobre el posible impacto negativo del embarazo y el parto en su salud.

121. La Corte señala que el Gobierno hizo referencia a la Ordenanza del Ministerio de Salud de 22 de enero de 1997 (véase párrafo 71). Sin embargo, la Corte observa que esa Ordenanza solo estipulaba las calificaciones profesionales de los médicos que podían practicar un aborto legal. También estipulaba que era necesario que una mujer que solicitaba un aborto por motivos de salud obtuviera un certificado de una persona “especializada en el campo de la medicina pertinente a [su] condición”. La Corte

señala que la Ordenanza provee un procedimiento relativamente simple para obtener un aborto legal basado en consideraciones de orden médico: dos opiniones concurrentes de especialistas, aparte del médico que lleve a cabo el aborto, son suficientes. Tal procedimiento permite tomar medidas pertinentes con diligencia y no difiere sustancialmente de soluciones adoptadas en otros Estados Miembros. Sin embargo, la Ordenanza no distingue entre situaciones en las que hay un consenso pleno entre la mujer embarazada y los médicos- en las que tal procedimiento es claramente practicable- y situaciones en las que surge un desacuerdo entre la mujer embarazada y sus médicos, o entre los médicos mismos. La Ordenanza no dispone ningún marco de procedimiento particular para abordar y resolver tales controversias. Sólo exige a la mujer obtener un certificado de un especialista, sin especificar qué pasos podría tomar si su opinión y la del especialista divergen.

122. Además debe señalarse que el Gobierno también hizo referencia al artículo 37 de la Ley de la Profesión Médica de 1996 (...). Esta disposición permite que un médico, en el caso de cualquier duda de diagnóstico o terapéutica, o por pedido de un paciente, solicite una segunda opinión de un colega. Sin embargo, la Corte señala que esta disposición va dirigida a los profesionales de la medicina. Sólo especifica las condiciones en las que pueden obtener una segunda opinión de un colega sobre un diagnóstico o sobre el tratamiento que debe seguirse en un caso particular. La Corte hace hincapié en que esta disposición no crea ninguna garantía de procedimiento para que un paciente obtenga tal opinión o la objete si está en desacuerdo. Tampoco trata específicamente la situación de una mujer embarazada que busca un aborto legal.

123. En relación a esto, la Corte señala que en ciertos Estados Miembro se han formulado varios mecanismos institucionales y de procedimiento relativos a la implementación de leyes que especifiquen las condiciones que rigen el acceso a un aborto legal (...).

124. La Corte concluye que no se ha demostrado que el derecho polaco en lo concerniente al caso de la demandante contenga algún mecanismo efectivo capaz de determinar si en su caso estaban dadas las condiciones para practicar un aborto legal. Esto creó para la demandante una situación de incertidumbre prolongada. Como consecuencia, la demandante sufrió angustia y malestar graves al considerar las posibles consecuencias negativas que el embarazo y el parto inminente podrían tener en su salud.

125. La Corte considera además que las disposiciones del derecho civil sobre el agravio según se aplican en los tribunales polacos no le proveían a la demandante un instrumento de procedimiento con el que podría haber reivindicado su derecho al respeto por la

vida privada. El recurso del derecho civil fue sólo de carácter retroactivo y compensatorio. Únicamente podría haber ocasionado, si la demandante hubiera tenido éxito, que los tribunales reconocieran los daños ocasionados para cubrir el daño irreparable a su salud, que habían salido a la luz tras el parto.

126. La Corte señala además que la demandante solicitó que se iniciaran procedimientos penales contra el Dr. R. D., y alegó que éste la había expuesto a lesiones corporales graves al negarse a interrumpir su embarazo. La Corte observa en primer lugar que a los efectos de establecer una responsabilidad penal, era necesario establecer un vínculo causal directo entre los actos denunciados -en el presente caso, la denegación del aborto- y el deterioro grave de la salud de la demandante. En consecuencia, en la evaluación sobre si existió un vínculo causal entre la negativa a conceder autorización para practicar un aborto y el posterior deterioro de la vista de la demandante no se abordó la cuestión de si el embarazo había constituido una "amenaza" a su salud dentro de lo establecido en la sección 4 de la Ley de 1993. Es de crucial importancia señalar que la evaluación de las circunstancias del caso en el marco de las investigaciones penales no podría haber evitado que ocurriera el perjuicio a la salud de la demandante. Lo mismo sucede con los procedimientos disciplinarios ante los organismos de la Cámara de Médicos.

127. La Corte concluye que tales medidas retrospectivas no son suficientes por sí solas para proveer la protección apropiada a la integridad física de los individuos que se encuentran en una situación tan vulnerable como la de la demandante (*Storck v. Germany*, Nº 61603/00, párrafo 150, ECHR 2005...).

128. Por lo tanto, habiendo considerado las circunstancias del caso en su totalidad, no puede afirmarse que, mediante la implementación de recursos médicos que posibilitan establecer la responsabilidad del personal médico, el Estado polaco haya cumplido con las obligaciones positivas de garantizar el respeto a la vida privada de la demandante en el marco de una controversia sobre su derecho a un aborto terapéutico.

129. La Corte por lo tanto no hace lugar a la objeción preliminar del Gobierno y concluye que las autoridades no cumplieron con sus obligaciones positivas de garantizar a la demandante el respeto efectivo de su vida privada.

130. La Corte concluye que ha habido una infracción al artículo 8 del Convenio.

[...]

POR ESTAS RAZONES, LA CORTE

[...]

3. Sostiene por seis votos a uno que ha habido una violación del Artículo 8 del Convenio en cuanto a que el Estado no cumplió con sus obligaciones positivas de garantizar a la demandante el respeto efectivo de su vida privada;

[...].

*Corte Europea
de Derechos Humanos*

Evans vs. el Reino Unido

Demanda N° 6339/05

*Sentencia del
10 de abril de 2007*



[...]

PROCEDIMIENTO

1. El caso comenzó con la demanda (N° 6339/05) presentada contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ante la Corte al amparo del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante “en Convenio”) por una ciudadana británica, Srta. Natallie Evans (en adelante “la demandante”), el 11 de febrero de 2005.

[...]

LOS HECHOS

LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

[...]

A. El tratamiento de FIV

13. El 12 de julio de 2000, la demandante y su pareja, J (nacido en noviembre de 1976), comenzaron el tratamiento en la Clínica de Concepción Asistida de Bath (en adelante “la clínica”). La demandante había sido derivada a la clínica para recibir tratamiento cinco años antes, cuando estaba casada, pero no realizó el tratamiento debido a la disolución de su matrimonio.

14. El 10 de octubre de 2000, se les informó a la demandante y a J, durante una consulta en la clínica, que los exámenes preliminares habían revelado que la demandante tenía tumores pre-cancerosos graves en ambos ovarios y que debían extirpárselos. Se les informó que, dado el lento crecimiento de los tumores, sería posible extraer algunos óvulos para utilizarlos *en una fertilización in vitro* (en adelante “FIV”), pero que debían proceder rápidamente.

15. La consulta del 10 de octubre de 2000 duró aproximadamente una hora. Una enfermera les explicó a la demandante y a J que cada uno debería firmar un formulario dando su consentimiento para el tratamiento de FIV y que, de conformidad con la Ley sobre Fertilización y Embriología Humana de 1990 (en adelante “la Ley de 1990”), cada uno podría retirar su consentimiento en cualquier momento antes de que los embriones se

implantasen en el útero de la demandante (...). La demandante le preguntó a la enfermera si se podían congelar óvulos sin fertilizar, pero se le informó que la clínica no realizaba ese procedimiento, cuya tasa de éxito era mucho menor. En ese momento, J le aseguró a la demandante que no iban a separarse, que no tenía necesidad de congelar sus óvulos, que no debía ser negativa y que quería ser el padre de sus hijos.

16. A partir de entonces, la pareja dio los consentimientos necesarios al firmar los formularios estipulados por la Ley de 1990 (...).

Inmediatamente debajo del título del formulario aparecía la siguiente leyenda:

“NB - no firme este formulario a menos que haya sido informado acerca del mismo y se le haya ofrecido asesoramiento al respecto. Usted puede modificar los términos de este consentimiento en cualquier momento excepto en lo que respecta al esperma o los embriones que ya se hayan utilizado. Por favor, ingrese los números o marque los casilleros, según corresponda.”

J marcó los casilleros que indicaban su consentimiento para que se utilice su esperma para fecundar *in vitro* los óvulos de la demandante y utilizar los embriones resultantes en el tratamiento conjunto de él y la demandante. Luego marcó el casillero denominado “Almacenamiento”, autorizando así a que se almacenen los embriones fecundados con su esperma *in vitro* por hasta un máximo de 10 años y también autorizó a que se sigan almacenando el esperma y los embriones en caso de que fallezca o quede discapacitado mentalmente durante ese período. La demandante firmó un formulario que, si bien se refería a óvulos en vez de esperma, era esencialmente una copia del que firmó J. Al igual que J, marcó los casilleros autorizando su propio tratamiento y el tratamiento de “mí misma con un compañero identificado”.

17. El 12 de noviembre de 2001 la pareja se presentó en la clínica y se extrajeron y fecundaron once óvulos. Se crearon seis embriones y se los consignó para que se los almacene. El 26 de noviembre, la demandante se sometió a una cirugía en la que se le extirparon los ovarios. Se le dijo que debía esperar dos años antes de que se implanten los embriones en su útero.

B. Procedimiento del Tribunal Superior

18. En mayo de 2002, la pareja se separó. Las partes hablaron sobre el futuro de los embriones. El 4 de julio de 2002, J escribió a la clínica para informarles sobre la separación y para indicar que los embriones debían ser destruidos.

19. La clínica notificó a la demandante el retiro del consentimiento por parte de J para que se utilicen los embriones y le informó que estaban legalmente obligados a destruirlos, en cumplimiento del párrafo 8 (2) del Anexo 3 de la Ley de 1990 (...).

[...]

EL DERECHO

[...]

*II. PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO**

[...]

B. Hallazgos de la Corte

1. La naturaleza de los derechos en cuestión bajo el artículo 8

71. Las partes no cuestionan la aplicabilidad del artículo 8 ni que el caso concierne al derecho de la demandante al respeto de su vida privada. La Cámara Alta coincide con la Cámara en que la noción "vida privada" es un concepto muy amplio que abarca, *inter alia*, diferentes aspectos de la identidad social y física de un individuo, incluyendo el derecho a la autonomía personal, el desarrollo personal y a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior (ver *Pretty*, párrafo 61), incorpora el derecho al respeto tanto por la decisión de ser padres como la de no serlo.

72. Cabe mencionar, sin embargo, que la demandante no denuncia que se le impida en forma alguna convertirse en madre desde el punto de vista social, legal o, incluso, físico, ya que no existe ninguna ley o norma jurídica que le impida adoptar un niño o dar a luz a

* *N.d.E:* El artículo 8 establece que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar...
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando este injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros.

un niño creado *in vitro* a partir de gametos donadas. La queja de la demandante consiste en que, más precisamente, las disposiciones sobre el consentimiento de la Ley de 1990 le impiden utilizar los embriones que ella y J crearon en conjunto, impidiéndole, así, dadas las circunstancias especiales en las que se encuentra, tener un hijo genéticamente relacionado con ella. La Cámara Alta considera que esta cuestión más restringida, con respecto al derecho a que se respete la decisión de ser padre en el sentido genético, también están dentro del alcance del Artículo 8.

73. El dilema central del presente caso es que involucra un conflicto entre los derechos al amparo del artículo 8 de dos individuos privados: la demandante y J. Por otra parte, el interés de cada uno de ellos es completamente irreconciliable con el interés del otro, ya que, si se le permite a la demandante utilizar los embriones, se estaría obligando a J a ser padre, mientras que si se ratifica la negativa o el retiro del consentimiento de J, se estaría privando a la demandante de la posibilidad de convertirse en padre genético. Dadas las difíciles circunstancias del caso, cualquiera sea la decisión de las autoridades nacionales, el interés de una de las partes sobre el tratamiento de FIV quedaría enteramente frustrado (cf. *Odièvre*, citado arriba, párrafo 44).

[...]

2. Sobre si el caso supone una obligación positiva o una interferencia

75. Aunque el objetivo del artículo 8 es, esencialmente, proteger a los individuos contra la interferencia arbitraria de la autoridad pública, no obliga al Estado a abstenerse de ejercer tal interferencia: además de esa estipulación principalmente negativa, puede que haya obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada. Tales obligaciones pueden suponer la adopción de medidas diseñadas para garantizar el respeto a la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones entre individuos. Los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado al amparo del artículo 8 no se prestan a definiciones exactas. Sin embargo, los principios aplicables son similares. En especial, en ambas instancias se debe prestar particular atención al equilibrio que se debe alcanzar entre intereses opuestos; y en ambos contextos, el Estado goza de cierto margen de apreciación (*Odièvre*, citado arriba, párrafo 40).

76. En los procedimientos internos, las partes y los jueces trataron el caso como concerniente a la interferencia del Estado en el derecho de la demandante al respeto de su vida privada porque las disposiciones de la Ley de 1990 le impedían a la Clínica realizar el tratamiento una vez que J les informó que retiraba su consentimiento. Sin embargo, la

Cámara Alta, al igual que la Cámara, considera que es más apropiado tratar el caso como concerniente a las obligaciones positivas, la cuestión principal, como en el caso *Odièvre* citado arriba, sobre si las disposiciones legislativas aplicadas al presente caso logran un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados opuestos del caso. Al respecto, la Cámara Alta acepta las consideraciones de los tribunales internos de que J nunca dio su consentimiento para que la demandante utilizase sola los embriones creados en conjunto; el consentimiento de J se limitaba a realizar el tratamiento “en conjunto” con la demandante (...). La Corte no considera importante a la hora de determinar la cuestión de la Convención si, dadas las circunstancias, se debe considerar que J “denegó” en vez de “retiró” su consentimiento para que se implanten los embriones como arguye el Gobierno (...).

3. El margen de apreciación

77. Se debe tener en cuenta una cierta cantidad de factores a la hora de determinar el margen de apreciación del que gozará el Estado al tratar cualquier caso al amparo del artículo 8. Cuando está en juego una parte importante de la identidad o de la existencia de un individuo, el margen del que goza el Estado se restringirá (ver, por ejemplo, *X. and Y. v. the Netherlands*, sentencia del 26 de marzo de 1985, Serie A, N° 91, párrafos 24 y 27; *Dudgeon v. the United Kingdom*, sentencia del 22 de octubre de 1981, Serie A, N° 45; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], N° 28957/95, párrafo 90, CEDJ 2002-VI; cf. *Pretty*, citado arriba, párrafo 71). Sin embargo, cuando no hay consenso entre los Estados Miembro del Consejo Europeo, ya sea sobre la importancia relativa del interés en pugna o sobre la mejor forma de protegerlo, especialmente cuando el caso trata cuestiones éticas o morales delicadas, el margen debe ser más amplio (*X., Y. and Z. v. the United Kingdom*, sentencia del 22 de abril de 1997, *Repertorio de Sentencias y Decisiones* 1997-II, párrafo 44; *Frette v. France*, N° 36515/97, párrafo 41, CEDH 2002-I; *Christine Goodwin*, citado arriba, párrafo 85; ver también, *mutatis mutandis*, *Vo*, citado arriba, párrafo 82). También se otorgará un margen más amplio si el Estado debe lograr un equilibrio entre intereses públicos y privados en pugna o los derechos del Convenio (ver *Odièvre*, párrafos 44-49 y *Frette* párrafo 42).

[...]

79. Además, mientras la Corte es consciente de la sumisión de la demandante a que se traten los datos del derecho comparativo con precaución, al menos queda claro, y la demandante no arguye lo contrario, que no existe un enfoque europeo uniforme en este campo. Algunos Estados han promulgado leyes primarias o secundarias para controlar el

uso de los tratamientos de FIV, mientras que en otros, este tipo de tratamientos queda en manos de la práctica y los lineamientos médicos. Si bien el Reino Unido no es el único país donde se permite el almacenamiento de embriones y donde ambos donantes de gametos tienen el poder, libre y real, de retirar su consentimiento hasta el momento de la implantación, en otros países de Europa se aplican reglas y prácticas diferentes. No es posible afirmar que exista consenso alguno sobre la etapa del tratamiento de FIV en la que el consentimiento de los donantes es irrevocable (...).

80. Si bien la demandante arguye que el hecho de haber afrontado mayores costos físicos y emocionales durante el tratamiento de FIV, junto con su subsiguiente infertilidad, implica que sus derechos al amparo del artículo 8 deberían tener precedencia por sobre los de J, la Corte considera que tampoco existe un claro consenso al respecto. El Tribunal de Apelaciones comentó sobre la dificultad de comparar el efecto que tendría sobre J obligarlo a ser el padre del hijo de la demandante con el efecto que tendría sobre la demandante negarle la posibilidad de tener un hijo biológico (...), la variedad de opiniones expresadas por los dos paneles de la Corte Suprema de Israel en *Nachmani* y la jurisprudencia de los Estados Unidos también reflejan esta dificultad (...).

81. En conclusión, dado que el uso de tratamientos de FIV genera cuestionamientos morales y éticos delicados frente a los rápidos avances científicos y médicos, y dada la falta de consenso entre los Estados Miembro sobre los interrogantes generados por este caso, la Corte considera que el margen de apreciación que se le deba otorgar al Estado demandado debe ser amplio (ver *X., Y. and Z.*, citado arriba, párrafo 44).

82. La Cámara Alta, al igual que la Cámara, que el margen arriba mencionado debe, de principio, abarcar tanto la decisión del Estado en cuanto aprobar o no leyes que regulen el uso de tratamientos de FIV como, luego de haber intervenido, la creación de reglas a fin de equilibrar intereses públicos y privados opuestos.

4. Cumplimiento del Artículo 8

[...]

84. El hecho de que sea tecnológicamente posible almacenar embriones humanos congelados da lugar a una diferencia fundamental entre la fecundación por FIV y la fecundación a través del coito, a saber, la posibilidad de que exista un período de tiempo, que puede llegar a ser significativo, entre el momento de la creación del embrión y su implantación en el útero. La Corte considera legítimo -y hasta deseable- que un Estado

establezca un marco legal que tome en consideración esa posibilidad. En el Reino Unido, la Ley de 1990 estableció la posibilidad de almacenar los embriones por hasta un máximo de cinco años. En 1996, leyes secundarias extendieron ese período a diez años o más siempre que uno de los donantes de gametos o la madre potencial fuese prematuramente estéril, o estuviese en gran riesgo de serlo, aunque los embriones no podrán seguir almacenándose una vez que la mujer en cuestión cumpla los 55 años de edad (...).

85. A estas disposiciones se suma la obligación de la clínica donde se realice el tratamiento de obtener el consentimiento previo de cada uno de los donantes de gametos, especificando, *inter alia*, el tipo de tratamiento para el que se van a utilizar los embriones (Anexo 3, párrafo 2(1) de la Ley de 1990), el período máximo durante el cual se van a almacenar y qué deberá hacerse en caso de fallecimiento o incapacidad de uno de los donantes de gametos (Anexo 3, párrafo 2(2)). Por otra parte, el párrafo 4 del Anexo 3 dispone que “los términos de cualquier consentimiento bajo este Anexo pueden variar y que dicho consentimiento se puede retirar vía notificación escrita de la persona que dio el consentimiento a la persona que está almacenando las gametos o los embriones...” hasta el momento en que el embrión se “utilice” (es decir, se implante en el útero;...). Otros Estados, de diferente religión y cultura social y política, adoptaron distintas soluciones ante la posibilidad técnica de demorar el período de tiempo que transcurre entre la fecundación y la implantación (...). Por los motivos arriba mencionados (párrafos 77-82), la decisión en cuanto a los principios y políticas a aplicar en este campo tan delicado debe recaer principalmente en cada Estado.

[...]

88. El Anexo obliga legalmente a toda clínica que realice tratamientos de FIV a explicar las disposiciones del consentimiento a cada persona que se embarque en dicho tratamiento y a obtener su consentimiento por escrito (...). Es incuestionable que así sucedió en el presente caso, y que, tanto la demandante como J, firmaron los formularios requeridos por la ley. Si bien la naturaleza apremiante del condición médica de la demandante hizo que tuviese que tomar una decisión rápidamente y bajo estrés extremo, sabía, al dar su consentimiento para que todos sus óvulos se fecundasen con el esperma de J, que esos serían sus últimos óvulos, que transcurriría un tiempo antes de que terminase el tratamiento contra el cáncer y que, por una cuestión de derecho, J tendría la libertad de retirar cuando lo deseara su consentimiento para que se realice la implantación.

89. Si bien la demandante criticó las leyes nacionales sobre el consentimiento porque no podían dejar de aplicarse bajo ninguna circunstancia, la Corte no considera que la

naturaleza absoluta de la ley sea, en sí misma, necesariamente contradictoria con el artículo 8 (ver también los casos *Pretty* y *Odièvre*...). El respeto por la dignidad humana y el libre albedrío, así como el deseo de garantizar un equilibrio justo entre las partes involucradas en un tratamiento FIV, subyace la decisión de la legislatura de promulgar disposiciones que no permitan excepciones a fin de garantizar que cada persona que done gametos para un tratamiento de FIV sepa de antemano que no se podrá utilizar su material genético sin su continuo consentimiento. Además del principio en cuestión, la naturaleza absoluta de la ley sirvió para promover la certeza legal y evitar los problemas de arbitrariedad y falta de congruencia inherentes a la consideración, caso por caso, de lo que el Tribunal de Apelaciones calificó como intereses “completamente inconmensurables” (...). En opinión de la Corte, los intereses generales reivindicados por la legislación son legítimos y congruentes con el artículo 8.

90. Con respecto al equilibrio entre los derechos en pugna de las partes al amparo del artículo 8 en relación con el tratamiento FIV, la Cámara Alta, al igual que todos los demás tribunales que analizaron el caso, siente gran compasión por la demandante, quien claramente desea tener un hijo genético por sobre todas las cosas. Sin embargo, dadas las consideraciones arriba mencionadas, incluida la falta de un consenso europeo al respecto (*supra* párr. 79), no considera que el derecho de la demandante a que se respete su decisión de convertirse en madre genética tenga más peso que el derecho de J a que se respete su decisión de no tener un hijo genéticamente relacionado con ella.

91. La Corte acepta que el Parlamento podría haber regulado la situación de otra forma. Sin embargo, tal como observó la Cámara, la cuestión central al amparo del artículo 8 no es si la legislatura debería haber adoptado una regulación diferente, sino si, al alcanzar un punto de equilibrio, el Parlamento se excedió en el margen de apreciación del que goza al amparo de dicho artículo.

92. La Cámara Alta considera que, dada la falta de consenso europeo al respecto, el hecho de que las reglas internas fuesen claras, que la demandante tenía conocimiento de las mismas y que equilibraban intereses opuestos, no existió violación del artículo 8 del Convenio.

[...]

POR ESTAS RAZONES, LA CORTE

[...]

2. Sostiene por trece votos a cuatro que no ha habido una violación del Artículo 8 del Convenio;

[...].

VOTO DISIDENTE CONJUNTO DE LOS JUECES TÜRMEŒ, TSATSA-NIKOLOVSKA, SPIELMANN Y ZIEMELE

[...]

5. Nos resulta imposible suscribir a la decisi3n de la Corte de que es m1s apropiado analizar el caso como si concerniese a obligaciones positivas.

6. Consideramos al caso como un caso de interferencia con el derecho de la demandante a que se respete su decisi3n de convertirse en madre gen6tica. Podemos aceptar que la interferencia estaba prescrita por la ley y que tena un fin legtimo en cuanto a la protecci3n del orden y la moral p1blica y los derechos de los dem1s. Sin embargo, 2 fue dicha interferencia necesaria y proporcional dadas las circunstancias especiales del caso? Consideramos que el derecho de la demandante a elegir convertirse en madre gen6tica pesa m1s que el derecho de J a elegir no convertirse en padre en el caso en cuesti3n. Nuestras razones son las siguientes:

i) La Ley de 1990 no provee estipulaciones para que se puedan tener en consideraci3n el estado de salud especial de la demandante. Podemos concordar con la mayorfa que, especialmente cuando se trata de cuestiones moral y 6ticamente delicadas, optar por un criterio admitido puede satisfacer mejor los diferentes, y generalmente opuestos, intereses en pugna. Se ha dicho que la "ventaja de contar con una ley clara es que nos brinda certeza". Pero tambi6n se ha admitido que "la desventaja es que si es demasiado clara -categ3rica- nos brinda demasiada certeza y poca flexibilidad"¹. Por lo tanto, dada las circunstancias especiales del caso, el problema principal yace en la naturaleza absoluta del "criterio absoluto".
(...)

7. Por lo tanto, consideramos que la aplicaci3n de la Ley de 1990 a las circunstancias de la demandante es desproporcionada. Debido a su naturaleza absoluta, en este caso

1 Ver M.-B. Dembour, *Who believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press, 2006, p. 93.

en particular, la legislación impide equilibrar los intereses opuestos. De hecho, a pesar de que la mayoría acepta que se debe alcanzar un equilibrio entre los derechos en pugna al amparo del artículo 8 de las partes involucradas en el tratamiento de FIV (párrafo 90), no es posible hacerlo dadas las circunstancias del presente caso, ya que la decisión de J de no convertirse en padre implica la anulación absoluta y definitiva de la decisión de la demandante. Considerar la decisión de una de las partes como vacía o carente de sentido no es forma de equilibrar los intereses. Cabe destacar que el caso no se trata de la posibilidad de adoptar un niño o utilizar un embrión donado (ver párrafo 72). Por cierto, J todavía tiene la capacidad de elegir convertirse en padre biológico, mientras que para la demandante ésta era su última oportunidad.

8. La demandante se sometió a una cirugía en la que se le extirparon los ovarios (26 de noviembre de 2001). De manera que los óvulos que se le extrajeron durante el tratamiento de FIV representan su última oportunidad de tener un hijo genético. J no sólo conocía muy bien la situación, sino que también le aseguró que quería tener hijos con ella. Sin dicha promesa, la demandante podría haber buscado otros medios para tener un hijo biológico. En el párrafo 90 de la sentencia, en el que la mayoría trata de equilibrar los derechos e intereses de J y la demandante, no se toma en cuenta el peso esa “promesa”, es decir, que la demandante actuó de buena fe, confiada en la aseveración de J. La fecha decisiva fue el 12 de noviembre de 2001, fecha en la que se fecundaron los óvulos y se crearon seis embriones. A partir de ese momento, J perdió el control sobre su espermatozoides. Un embrión es el resultado de la unión de dos personas que, una vez implantado en el útero, se convertirá en un bebé. Destruir un embrión implica destruir también el óvulo de la demandante. En este sentido, la legislación británica fracasó en su intención de lograr el equilibrio justo.

9. Las circunstancias especiales del caso nos llevan a pensar que los intereses de la demandante tienen más peso que los intereses de J y que el hecho que las autoridades del Reino Unido no lo hayan tenido en cuenta constituye una violación del artículo 8.

10. Una vez más, nos gustaría resaltar que concordamos con la mayoría en que la Ley de 1990 *per se* no es contraria al artículo 8 y que la norma sobre el consentimiento es importante para los tratamientos de FIV. Entendemos que, en vista de la legislación pertinente de otros Estados, existen diferentes enfoques y que la Corte tiene motivos al opinar que no existe un consenso europeo sobre los pormenores de las reglamentaciones que controlan los tratamientos de FIV. Sin embargo, como hemos mencionado, consideramos que el presente caso es diferente, ya que sus particularidades nos obligan a ver más allá de la cuestión del consentimiento en un sentido contractual. Los valores involucrados y

las cuestiones en pugna en cuanto la situación de la demandante pesan fuertemente frente al enfoque contractual formal con el que se abordó el presente caso.

[...]

12. No se puede decidir sobre un caso delicado como el presente en forma simplista o mecánica, a saber, que ante la falta de consenso europeo, el Gobierno tiene un margen amplio de apreciación; (...).

Ciertamente, los Estados tienen un amplio margen de apreciación a la hora de promulgar leyes que regulen el uso de los tratamientos de FIV. Sin embargo, dicho margen de apreciación no debe impedirle a la Corte el ejercicio del control, especialmente cuando se trate de alcanzar un equilibrio justo entre intereses opuestos a nivel doméstico². La

2 Nos gustaría mencionar que en la sentencia reciente *Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen (ASLEF) v. the United Kingdom*, N° 11002/05, párrafo 46, 27 de febrero de 2007, el Tribunal reafirmó con claridad el papel de dicho margen: “Finalmente, al lograr un equilibrio justo entre intereses opuestos, el Estado goza de cierto margen de apreciación a la hora de determinar los pasos a seguir con el fin de actuar en cumplimiento con el Convenio (entre varias autoridades, *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC] N° 36022/37, párrafo 98, CEDH 2033-VIII). Sin embargo, dado que no existe una política general al respecto, pueden existir opiniones razonablemente divergentes dentro de una sociedad democrática en la el papel que quienes promulguen las regulaciones internas deberá gozar de cierta importancia (ver *James and Others v. the United Kingdom*, sentencia del 21 de febrero de 1986, Serie A N° 98, p. 32, párrafo 46, en la que el Tribunal consideró natural que el margen de apreciación “del que goza la legislatura para implementar políticas sociales y económicas debe ser amplio”), tenga solo un papel limitado”.

El enfoque adoptado en *ASLEF* toma en consideración la opinión de los parlamentos nacionales hasta un punto “saludable” (al darle una importancia especial) al momento de delinear una política general sobre la cual contrastar las decisiones que se tomen sobre los derechos básicos de los individuos (en el marco de las aplicaciones individuales) que, según lo expuesto arriba, requerirá un marco de apreciación más limitado. En el caso *Evans*, la mayoría otorga un marco de apreciación amplio, apoyándose fuertemente sobre cuestiones relacionadas con las políticas generales, y extiende dicho marco de apreciación a las regulaciones específicas dictaminadas por el Estado con el fin de lograr un equilibrio entre los intereses privados y públicos en pugna (ver párrafos 81-82 de la sentencia y el párrafo 4 *in fine* del voto disidente en conjunto). Tal como en la mayoría de los casos presentados ante el Tribunal, el caso *Evans* no se trata solamente de políticas generales; sino que trata intereses individuales importantes. En nuestra opinión, la mayoría le dio una importancia excesiva a las cuestiones de política general que no son más que una cuestión de fondo en este caso en particular (ver sección 3 (El margen de apreciación), especialmente el párrafo 81) y no le dio suficiente importancia *ad hoc* en la sección 4 (Cumplimiento del artículo 8, párrafos 83-92).

Corte no debe usar el principio del margen de apreciación como un simple sustituto pragmático de un enfoque meditado sobre el problema del alcance debido de revisión³.

[...]

14. En relación con el artículo 14 del Convenio nos gustaría destacar lo siguiente:

Es posible que, a los efectos del artículo 14, el comparativo más cercano sea un hombre estéril, tal como en el ejemplo utilizado por el juez en primera instancia, Wall J (párrafo 23). Sin embargo, ni siquiera esa comparación logra ilustrar acabadamente la complejidad del presente caso. Las instituciones internacionales cuyo mandato específico se centra en los derechos de la mujer admiten que es fundado y necesario considerar “los derechos de salud de las mujeres desde una perspectiva que tome en cuenta sus intereses y sus necesidades en vista de los factores y los rasgos distintivos que las diferencian de los hombres, a saber: (a) factores biológicos..., tales como... su función reproductiva... (CEDAW Recomendación General N°. 24 (20° sesión, 1999))”. La situación de la mujer en lo que respecta a la procreación es diferente, incluso cuando la legislación permite los métodos de fertilización asistida. Creemos, entonces, que el enfoque correcto para el presente caso hubiese sido el adoptado bajo el artículo 14 en el caso *Thlimmenos v. Greece*, que admite que situaciones diferentes requieren tratamientos diferentes⁴. Es bajo esta luz que consideramos las circunstancias de la demandante, especialmente a causa de la carga y los efectos emocionales y físicos⁵ excesivos de su estado de salud, es sobre estas bases que votamos en favor de la violación del artículo 14 en conjunto con el artículo 8.

3 R. St. J. Macdonald, “The Margin of Appreciation”, en *The European System for the Protection of Human Rights*, (R. St. J. Macdonald et al. [eds.], 1993), 83, en págs. 84 y 124, citado en E. Brems, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, en pág. 313. Ver también la evaluación crítica de la teoría del “margen de apreciación” de M. R. Hutchinson, “The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, 638-50.

4 *Thlimmenos v. Greece* [GC], N° 34369/97, CEDH 2000-IV.

5 C. Packer, “Defining and Delineating the Right to Reproductive Choice”, *Nordic Journal of International Law*, 1998, pp. 77-95, at p. 95.

*Corte Europea
de Derechos Humanos*

*Women on Waves y otros
vs. Portugal*

Demanda N° 31276/05

*Sentencia del
3 de febrero de 2009*



[...]

PROCEDIMIENTO

1. En el origen del asunto se encuentra una demanda (Nº 31276/05) dirigida contra la República de Portugal en la que una fundación neerlandesa, Women On Waves, y dos asociaciones portuguesas, *Clube Safo* y *Não te Prives*, *Grupo de Defesa dos Direitos Sexuais* (“las demandantes”), se dirigieron al Tribunal el 18 de agosto de 2005 en virtud del artículo 34 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (“el Convenio”).

[...]

3. Las demandantes alegaron, especialmente, que la prohibición de entrada en aguas territoriales de Portugal al buque fletado por la primera demandante atentaba contra sus libertades de asociación y de expresión.

[...]

LOS HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

[...]

7. Las tres asociaciones demandantes tienen, entre otros, la finalidad de promover el debate sobre los derechos reproductivos. En este contexto, la segunda y la tercera demandante invitaron a la primera demandante a Portugal para actuar a favor de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en el país. A tal efecto, la primera demandante fletó un buque, el *Borndiep*, que salió de Amsterdam con destino al puerto portugués de Figueira da Foz. Una vez arribado, el objetivo de las demandantes era organizar a bordo del *Borndiep* reuniones, seminarios y talleres sobre prevención de enfermedades de transmisión sexual, planificación familiar y despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo.

8. El 27 de agosto de 2004, mientras que el *Borndiep* se acercaba a las aguas territoriales portuguesas, el Secretario de Estado del Mar emitió un decreto ministerial prohibiendo la entrada del buque a las mismas. (...)

9. Tal decisión fue inmediatamente puesta en conocimiento del capitán del *Borndiep* por fax. El mismo día, un buque de guerra de la marina portuguesa se posicionó cerca del *Borndiep* para impedirle la entrada en aguas territoriales portuguesas.

10. El 1 de septiembre de 2004, las tres demandantes –así como algunas personas físicas– hicieron una presentación (*intimação*) ante el tribunal administrativo de Coimbra a fin de garantizar la protección de sus derechos fundamentales. (...) Las demandantes veían en dicha prohibición una violación de sus derechos a la libertad de expresión, de reunión y de manifestación, así como una violación del principio de derecho comunitario de libre circulación de las personas.

11. Mediante una decisión del 6 de septiembre de 2004, el tribunal administrativo rechazó la petición. (...) Para el tribunal administrativo, la entrada del buque en las aguas territoriales portuguesas no era indispensable para la protección de los derechos a la libertad de expresión y de reunión de las demandantes, las cuales parecían más bien querer brindar a las mujeres portuguesas la posibilidad de tener acceso a procedimientos abortivos prohibidos por la ley portuguesa.

[...]

EL DERECHO

I. SOBRE LA VIOLACIÓN ALEGADA DE LOS ARTÍCULOS 10 Y 11 DEL CONVENIO

20. Las demandantes alegan que la prohibición de entrada al *Borndiep* en las aguas territoriales portuguesas viola los derechos garantizados en los artículos 10 y 11 del Convenio, así formulados:

Artículo 10

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas (...)

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para (...) la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, (...)”

Artículo 11

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación (...)

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para (...) la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral (...)”

[...]

B. Sobre el fondo

[...]

2. *La apreciación de la Corte*

a) Sobre el artículo aplicable al asunto en cuestión

28. La Corte observa, en primer término, que la cuestión de la libertad de expresión difícilmente puede ser separada de la libertad de reunión. Las partes han sometido argumentos basándose en los dos artículos. De hecho, la protección de las opiniones personales, garantizada por el artículo 10, se encuentra dentro de los fines de la libertad de reunión pacífica tal como la consagra el artículo 11 del Convenio (*Ezelin v. France*, Sentencia del 26 de abril de 1991, párrafo 37, Serie A Nº 202). Tomando en cuenta las circunstancias particulares del asunto, y en especial el hecho de que las quejas de las demandantes se refieren principalmente a la negativa a su derecho de informar al público su posición respecto a la interrupción del embarazo y a los derechos de las mujeres en general, La Corte considera más adecuado analizar la situación litigiosa únicamente desde el punto de vista del artículo 10. (...)

b) Sobre la alegada violación del artículo 10 del Convenio

29. La Corte recuerda la importancia crucial de la libertad de expresión, la que constituye una de las condiciones previas para el buen funcionamiento de la democracia. También es válida y particularmente valiosa cuando se trata de la comunicación de “ideas” o “informaciones” que tropiezan, chocan o inquietan al Estado o a cualquier fracción de la población. Así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los

cuales no existe "sociedad democrática" (*Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, Sentencia de 29 de octubre de 1992, párrafo 71, Serie A N° 246-A).

30. La Corte considera en primer lugar que ha habido una injerencia en los derechos de las demandantes en virtud del Convenio. Efectivamente, la prohibición de ingreso del buque en las aguas territoriales portuguesas impidió a las interesadas transmitir información y llevar a cabo las reuniones y manifestaciones programadas -que se supone se desarrollarían a bordo del barco- de la manera que ellas consideraban la más eficaz. Conviene recordar, a tal efecto, que el artículo 10 protege igualmente al modo de difusión de las ideas y opiniones en cuestión (*Thoma v. Luxembourg*, N° 38432/97, párrafo 45, CEDH 2001-III).

31. Falta determinar si tal injerencia estaba "prevista por la ley", inspirada por uno o varios fines legítimos según el párrafo 2 de los artículos en cuestión y "necesaria en una sociedad democrática".

i. "Previstas por la ley"

32. No es controversial entre las partes que la injerencia en cuestión estaba prevista por la ley, a saber el artículo 19 -especialmente al inciso g) de su párrafo 2- y el artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

[...]

ii. "Fines legítimos"

[...]

35. La Corte acepta que la injerencia controvertida perseguía los fines legítimos de defensa del orden y de protección de la salud, invocados tanto por el Secretario de Estado del Mar como por las jurisdicciones administrativas.

iii. "Necesaria en una sociedad democrática"

[...]

39. A este respecto, la Corte reconoce primero que las demandantes no han podido comunicar sus ideas e informaciones de la manera que consideraban la más adecuada,

debido a la prohibición de entrada del *Borndiep* en el mar territorial portugués. (...) Sin embargo, la Corte considera que en ciertas situaciones, el modo de difusión de información e ideas que se quieren comunicar reviste una importancia tal que restricciones como las que fueron impuestas en este caso pueden comprometer de manera esencial la sustancia de las ideas e informaciones en cuestión. Tal es especialmente el caso en que los interesados tienen la intención de llevar a cabo actividades simbólicas protesta contra una legislación que consideran injusta o perjudicial a los derechos y las libertades fundamentales. En este caso, no estaba en cuestión solo el contenido de las ideas defendidas por las demandantes, sino también el hecho de que las actividades elegidas a fin de comunicar tales ideas -como los seminarios y talleres sobre prevención de enfermedades de transmisión sexual, planificación familiar y despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo- se llevarían a cabo dentro del buque en cuestión, lo que reviste una importancia crucial para las demandantes y correspondía con una actividad dirigida por la primera demandante en otros Estados europeos desde hace tiempo.

[...]

41. En la medida en que el Gobierno alegó que la entrada del buque en cuestión en las aguas territoriales portuguesas podría haber dado lugar a infracciones en virtud de la legislación portuguesa vigente a la época en materia de aborto, la Corte no identifica en los hechos del caso indicios suficientemente graves que permitan pensar que las demandantes tenían la intención de violar tal legislación de manera deliberada. (...) En todo caso, la Corte observa que las autoridades portuguesas tenían, para este punto en particular, otros modos menos perjudiciales a los derechos de las demandantes que la prohibición total de entrada al buque: así, por ejemplo, podrían haber embargado los medicamentos en cuestión. La Corte recuerda a ese efecto, que la libertad de expresar opiniones durante una reunión pacífica tiene una importancia tal que no puede sufrir limitación alguna en la medida en que el interesado no cometa él mismo, por la misma ocasión, un acto condenable (*Ezelin*, citado arriba párrafo 53).

[...]

43. (...) En este caso, el Estado seguramente disponía de otras medidas para alcanzar los legítimos fines de la defensa del orden y la protección de la salud distintas a la prohibición total de entrada al *Borndiep* en sus aguas territoriales, más aún mediante el envío de un navío de guerra contra un buque civil. Una medida tan radical produce inevitablemente un efecto disuasivo no sólo respecto a las demandantes sino también respecto a otras personas que quieren comunicar informaciones e ideas que cuestionan el orden

establecido (*Baczowski and Others v. Poland*, Nº 1543/06, párrafo 67, CEDH 2007-...). La injerencia en este caso no respondía a una “necesidad social imperiosa” y no podría interpretarse como “necesaria en una sociedad democrática”.

44. A la luz de lo que precede, la injerencia en este caso resulta desproporcionada con los fines perseguidos. Por tanto, ha habido violación del artículo 10 del Convenio.

[...]

POR ESTAS RAZONES, LA CORTE, POR UNANIMIDAD

[...]

2. Dice que ha habido una violación del Artículo 10 del Convenio;

[...].

*Corte Europea
de Derechos Humanos*

K.H. y otras vs. Eslovaquia

Demanda N° 32881/04

*Sentencia del
28 de abril de 2009*



[...]

PROCEDIMIENTO

1. El caso se originó en una demanda (N° 32881/04) contra la República Eslovaca presentada a la Corte conforme al artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”) por ocho ciudadanas eslovacas, K.H., J.H., A.Č., J.Čo., J.Če., V.D., H.M. y V.Ž., el 30 de agosto de 2004. El presidente de la Sala accedió al pedido de las demandantes de que no se revelaran sus nombres (Regla 47 párrafo 3 de las Reglas de la Corte).

[...]

3. En particular, las demandantes alegaron que se habían violado sus derechos conforme a los artículos 6 párrafo 1, 8 y 13 del Convenio como resultado de que las autoridades internas no habían puesto a disposición de las demandantes fotocopias de sus historias clínicas.

[...]

LOS HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

6. Las demandantes son ocho ciudadanas eslovacas de sexo femenino, de origen étnico romaní.

A. Antecedentes del caso

7. Durante sus embarazos y partos, las demandantes fueron tratadas en departamentos de ginecología y obstetricia de dos hospitales ubicados al Este de Eslovaquia. A pesar de que continuaron intentando concebir, ninguna de las demandantes quedó embarazada desde su última estadía en el hospital, cuando dieron a luz por cesárea. Las demandantes sospechaban que la razón de su infertilidad podía ser que personal médico de los hospitales en cuestión les hubiera realizado una cirugía de esterilización durante sus partos por cesárea. A varias demandantes se les había pedido que firmaran documentos antes de sus partos o cuando fueron dadas de alta del hospital, pero ellas no estaban seguras del contenido de esos documentos.

8. Las demandantes, junto con varias otras mujeres romaníes, otorgaron poder a abogadas del Centro de Derechos Civiles y Humanos, organización no gubernamental con sede en la ciudad de Košice. Se autorizó a las abogadas a revisar y fotocopiar las historias clínicas de las mujeres para obtener una evaluación clínica de las razones de su infertilidad y el posible tratamiento. Las demandantes también autorizaron a las abogadas a hacer fotocopias de sus historias clínicas completas como evidencia potencial de un futuro proceso civil por daños y perjuicios, y para garantizar que esos documentos y evidencia no se destruyeran ni se perdieran. Las fotocopias serían hechas por las abogadas con una fotocopidora portátil, por cuenta del Centro de Derechos Civiles y Humanos.

9. Las demandantes intentaron obtener acceso a sus historias clínicas en los respectivos hospitales a través de su representante autorizada en agosto y septiembre de 2002. La abogada pidió a la dirección de los hospitales que le permitieran consultar y fotocopiar las historias clínicas de las personas que la habían autorizado a hacerlo, pero eso no le fue concedido.

10. El 11 de octubre de 2002, representantes del Ministerio de Salud expresaron la opinión de que la sección 16(6) de la Ley de Asistencia Sanitaria de 1994 no permitía que un paciente autorizara a otra persona a consultar la historia clínica del o la paciente. Esa disposición debía interpretarse de manera restrictiva y el término “representante legal” se refería exclusivamente a los padres de un menor de edad o al tutor designado para representar a una persona que hubiera sido privada de su capacidad jurídica o cuya capacidad jurídica hubiera sido restringida.

B. Proceso civil

11. Las demandantes demandaron a los hospitales en cuestión. Reclamaron que los demandados debían ser obligados a ceder sus historias clínicas a su representante legal autorizada y a permitirles obtener una fotocopia de los documentos que incluían las historias.

1. Acción contra el Hospital de la Universidad J. A. Reiman de Presov

12. Seis demandantes iniciaron una acción contra el Hospital de la Universidad J. A. Reiman (*Fakultná nemocnica J. A. Reimana*) de la ciudad de Prešov (“el Hospital de Prešov”) el 13 de enero de 2003.

13. El 18 de junio de 2003, el Tribunal de Distrito de Prešov dictó una sentencia por la

cual ordenó que el hospital permitiera a las demandantes y a su representante autorizada a consultar sus historias clínicas y a extraer fragmentos manuscritos de las mismas. La parte pertinente de la sentencia se hizo definitiva el 15 de agosto de 2003 y ejecutoria el 19 de agosto de 2003.

14. En relación con la sección 16(6) de la Ley de Asistencia Sanitaria de 1994, el Tribunal de Distrito desestimó el pedido de fotocopiar los documentos médicos. El tribunal observó que las historias eran propiedad de las instituciones médicas en cuestión y que tal restricción estaba justificada con el fin de prevenir que se abusara de las mismas. No iba en contra de los derechos y libertades de las demandantes que garantiza el Convenio. Las demandantes apelaron contra esa parte de la sentencia.

15. El 17 de febrero de 2004, el Tribunal Regional de Prešov ratificó la decisión de primera instancia, según la cual las demandantes no tenían derecho a hacer fotocopias de sus historias clínicas. No había indicios de que se hubiera puesto en peligro el derecho de las demandantes a que se determinara cualquier futuro reclamo por daños y perjuicios de acuerdo con los requisitos del artículo 6 párrafo 1 del Convenio. En particular, conforme a la ley pertinente, las instituciones médicas estaban obligadas a presentar la información requerida a, *inter alia*, los tribunales, por ejemplo en el contexto de un proceso civil sobre el reclamo por daños y perjuicios de un paciente.

2. *Acción contra el Centro de Salud de Krompachy*

16. H.M. y V.Ž., las otras dos demandantes, iniciaron una acción idéntica contra el Centro de Salud (*Nemocnica s poliklinikou*) de la ciudad de Krompachy ("el Hospital de Krompachy") el 13 de enero de 2003.

[...]

19. El 24 de marzo de 2004, el Tribunal Regional de Košice ratificó la decisión de primera instancia de rechazar el reclamo sobre el fotocopiado de las historias clínicas.

C. Proceso constitucional

1. *Denuncia del 24 de mayo de 2004*

[...]

23. El 8 de diciembre de 2004, el Tribunal Constitucional (Tercera Sala) rechazó la denuncia. No encontró nada que indicara que el proceso que llevó a la sentencia del Tribunal Regional del 17 de febrero de 2004 hubiera violado el artículo 6 párrafo 1 del Convenio. Con respecto a la presunta violación del artículo 8 del Convenio, el Tribunal Constitucional sostuvo que el Tribunal Regional había aplicado correctamente la sección 16(6) de la Ley de Asistencia Sanitaria de 1994 y que se había logrado un justo equilibrio entre los intereses en pugna. Se hizo referencia al informe explicativo de esa Ley. Además, el artículo 8 del Convenio no abarcaba el derecho a hacer fotocopias de documentos médicos.

2. Denuncia del 25 de junio de 2004

24. El 25 de junio de 2004, las otras dos demandantes presentaron una denuncia similar conforme al artículo 127 de la Constitución, alegando una violación de, *inter alia*, los artículos 6 párrafo 1 y 8 del Convenio como consecuencia del modo de proceder de los representantes del Hospital de Krompachy y en el proceso que llevó a la sentencia del Tribunal Regional de Košice del 24 de marzo de 2004.

25. El 27 de octubre de 2004, el Tribunal Constitucional (Segunda Sala) rechazó la denuncia como prematura. La decisión mencionaba que las demandantes habían presentado una apelación sobre cuestiones de Derecho contra la parte de la sentencia del Tribunal Regional por la que se había anulado la decisión de primera instancia de aprobar el reclamo por el acceso a las historias clínicas.

D. Acontecimientos posteriores

26. Posteriormente, siete demandantes pudieron acceder a sus historias y hacer fotocopias de las mismas conforme a la Ley de Asistencia Sanitaria de 2004, recién introducida (...) en circunstancias que se detallan en la decisión sobre la admisibilidad de la presente demanda.

27. Con respecto a la octava demandante, la señora J. H., el Hospital de Prešov solo le proporcionó un único registro de una intervención quirúrgica que indicaba que se le había realizado una operación y que se la había esterilizado durante la intervención. El 22 de mayo de 2006, el director del Hospital de Prešov informó a la demandante que su historia clínica completa no había sido localizada y que era dada por perdida. El 31 de mayo de 2007, el Ministerio de Salud admitió que el Hospital de Prešov había violado la Ley de Asistencia Sanitaria de 2004 en cuanto a que no había garantizado la conservación adecuada de la historia clínica de la señora J. H.

[...]

EL DERECHO

I. PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO

[...]

B. La evaluación de la Corte

44. La denuncia en cuestión hace referencia al ejercicio por parte de las demandantes de su derecho al acceso efectivo a la información relacionada con su salud y estado reproductivo. Como tal, está vinculada a sus vidas privadas y familiares en el marco del artículo 8 (ver, *mutatis mutandis*, *Roche v. the United Kingdom* [GC], N° 32555/96, párrafo 155, ECHR 2005-X, con referencias adicionales).

45. La Corte reitera que, además de las obligaciones principalmente negativas del artículo 8 del Convenio, puede haber obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada de una persona. Para determinar si tal obligación positiva existe o no, tendrá en consideración el justo equilibrio que debe lograrse entre el interés general de la comunidad y los intereses en pugna del individuo en cuestión, acerca de lo cual los objetivos del segundo párrafo del artículo 8 tienen una cierta pertinencia (ver, por ejemplo, *Gaskin v. the United Kingdom*, 7 de julio de 1989, párrafo 42, Serie A N° 160).

[...]

47. Teniendo en cuenta que el ejercicio del derecho, conforme al artículo 8, al respeto de la vida privada y familiar de una persona debe ser práctico y efectivo (ver, por ejemplo, *Phinikaridou v. Cyprus*, N° 23890/02, párrafo 64, ECHR 2007-... (fragmentos), con referencias adicionales), la Corte opina que tales obligaciones positivas deberían extenderse, en particular en casos como el presente, en los que hay datos personales en cuestión, a poner a disposición del sujeto de esos datos copias de los archivos con sus datos.

48. Puede aceptarse que corresponde al propietario del archivo determinar cómo se llevará a cabo el copiado de los archivos de datos personales y si el mismo debería ser costado por el sujeto de los datos. Sin embargo, la Corte no considera que los sujetos de los datos debieran estar obligados a justificar específicamente el pedido de que se les

proporcione una copia de los archivos de sus datos personales. Más bien corresponde a las autoridades demostrar que hay motivos contundentes para denegar ese recurso.

49. Las demandantes del presente caso obtuvieron órdenes judiciales que les permitían consultar sus historias clínicas completas, pero no se les permitió hacerles copias conforme a la Ley de Asistencia Sanitaria de 1994. El punto que la Corte debe determinar es si, en ese sentido, las autoridades del Estado demandado cumplieron con su obligación positiva y, en particular, si los motivos invocados para tal denegación tenían la contundencia suficiente para pesar más que el derecho del artículo 8 a que las demandantes obtuvieran copias de sus historias clínicas.

[...]

52. Los tribunales nacionales justificaron la prohibición de hacer copias de las historias clínicas principalmente en la necesidad de proteger de los abusos la información pertinente. El Gobierno se basó en el margen de apreciación de los Estados Contratantes en cuestiones similares y consideró que las autoridades eslovacas habían cumplido con sus obligaciones conforme al artículo 8 mediante el permiso a que las demandantes o sus representantes examinaran todas las historias y extrajeran fragmentos manuscritos de las mismas.

53. Los argumentos que expusieron los tribunales internos y el Gobierno no tienen la contundencia suficiente, teniendo debida cuenta de los objetivos detallados en el segundo párrafo del artículo 8, para pesar más que el derecho de las demandantes a obtener copias de sus historias clínicas.

54. En particular, la Corte no ve cómo las demandantes, a las que en cualquier caso ya se les había dado acceso a la totalidad de sus historias clínicas, podían abusar de información sobre sus propias personas mediante el fotocopiado de los documentos pertinentes.

55. Con respecto al argumento relacionado con el posible abuso de la información por parte de terceros, en ocasiones previas la Corte observó que la protección de los datos clínicos es de una importancia fundamental para que una persona goce de su derecho al respeto de la vida privada y familiar según garantiza el artículo 8 del Convenio, y que respetar la confidencialidad de los datos sanitarios es un principio vital de los sistemas jurídicos de todas las Partes Contratantes del Convenio (ver *I. v. Finland*, N° 20511/03, párrafo 38, 17 de julio de 2008).

[...]

57. El hecho de que en la Ley de Asistencia Sanitaria de 2004 se haya revocado la disposición pertinente de la Ley de Asistencia Sanitaria de 1994 y se estipule de forma explícita la posibilidad de que los pacientes o las personas autorizadas por ellos hagan copias de las historias clínicas concuerda con la conclusión ya mencionada. Ese cambio legislativo, aunque bienvenido, no puede afectar la situación del caso que se está considerando.

58. Por lo tanto, no se cumplió con la obligación positiva de garantizar el respeto efectivo de las vidas privadas y familiares de las demandantes, lo cual viola el artículo 8 del Convenio.

II. PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 6 DEL CONVENIO

59. Las demandantes denunciaron que se había violado su derecho de acceso a un tribunal como resultado de la negativa a proporcionarles copias de sus historias clínicas. Se basaron en el artículo 6 párrafo 1 del Convenio, cuya parte pertinente estipula:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un Tribunal (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)”

60. Las demandantes alegaron que se les había impedido el acceso efectivo a sus historias clínicas y la obtención por medio de fotocopias de la evidencia incluida en esas historias. Era importante tener copias de las historias para futuros litigios civiles sobre cualquier posible reclamo por daños y perjuicios por parte de las demandantes y para cumplir con la carga de la prueba, que incumbiría a las demandantes como tales.

[...]

65. La Corte acepta el alegato de las demandantes de que ellas habían estado en una situación de incertidumbre con respecto a su salud y estado reproductivo después de su tratamiento en los dos hospitales en cuestión, y de que obtener la evidencia pertinente, en particular en forma de fotocopias, era imprescindible para evaluar la situación de sus casos desde el punto de vista de reclamar efectivamente ante las cortes reparaciones por cualquier deficiencia que hubiera habido en los tratamientos médicos de las demandantes.

66. Según la Corte, la protección de los derechos de una persona conforme al artículo 6 requiere que las garantías de esa disposición se extiendan a una situación en la que, como las demandantes en el presente caso, una persona tiene, en principio, un reclamo

civil pero considera que la situación probatoria que resulta de las disposiciones jurídicas vigentes le impide reclamar efectivamente reparaciones ante un tribunal o hace que reclamar tal protección judicial sea difícil sin la justificación apropiada.

67. Es cierto que, en su momento, el impedimento reglamentario relacionado con la disponibilidad de las copias de las historias no impidió por completo que las demandantes iniciaran una acción civil con base en información obtenida en el curso de las consultas de sus historias. Sin embargo, la Corte considera que la sección 16(6) de la Ley de Asistencia Sanitaria de 1994 impuso una limitación desproporcionada a la posibilidad de que las demandantes presentaran sus casos a un tribunal de manera eficaz. En ese sentido, cabe mencionar que las demandantes consideraron que los originales de las historias, que no podían reproducirse de forma manuscrita y que, de acuerdo con la disposición ya citada, no podían ponerse a disposición de las demandantes ni de los tribunales (en relación con esto, comparar con el caso *McGinley and Egan [v. the United Kingdom]*, 9 de junio de 1998, *Reports of Judgments and Decisions 1998-III*) párrafo 90), eran decisivos para la determinación de sus casos.

68. Al examinar los hechos del caso conforme al artículo 8 del Convenio, la Corte no encontró ninguna justificación que tuviera la fuerza suficiente para prevenir que las demandantes obtuvieran copias de sus historias clínicas. Por motivos similares, esa restricción no puede considerarse compatible con un ejercicio efectivo por parte de las demandantes de su derecho de acceso a un tribunal.

69. Por lo tanto, hubo una violación del artículo 6 párrafo 1 del Convenio.

[...]

POR ESTAS RAZONES, LA CORTE

1. Sostiene unánimemente que hubo una violación del artículo 8 del Convenio;
2. Sostiene por mayoría que hubo una violación del artículo 6 párrafo 1 del Convenio;

[...].

*Corte Europea
de Derechos Humanos*

A, B y C vs. Irlanda

Demanda N° 25579/05

*Sentencia del
16 de diciembre de 2010*



[...]

PROCEDIMIENTO

1. El caso se originó en una demanda (N° 25579/05) contra Irlanda presentada el 15 de julio de 2005 por dos ciudadanas irlandesas, Sra. A y Sra. B, y por una ciudadana lituana, Sra. C, (“las demandantes”) ante la Corte conforme el artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”). El Presidente de la Sala accedió al pedido de las demandantes de no divulgar sus nombres (Regla 47, párrafo 3 de las Reglas de la Corte).

[...]

3. Las primeras dos demandantes se quejaron principalmente conforme al artículo 8 sobre, *inter alia*, la prohibición del aborto por razones de salud y bienestar en Irlanda y la queja principal de la tercera demandante involucraba el mismo artículo y el presunto incumplimiento de la implementación del derecho constitucional a realizarse un aborto en Irlanda en caso de un riesgo para la vida de la mujer.

[...]

LOS HECHOS

11. Las demandantes residen en Irlanda y son mujeres mayores de 18 años de edad.

[...]

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

A. La primera demandante (A)

13. El 28 de febrero de 2005, la primera demandante viajó a Inglaterra para practicarse un aborto porque creía que no tenía derecho a uno en Irlanda. Tenía nueve semanas y medio de embarazo.

14. Había quedado embarazada involuntariamente, creyendo que su compañero era infértil. En ese momento, estaba soltera, desempleada y vivía en la pobreza. Tenía 4 hijos menores de edad. El más joven era discapacitado y todos los chicos estaban en hoga-

res adoptivos como resultado de los problemas que ella había experimentado por ser alcohólica. Había sufrido de depresión durante sus primeros cuatro embarazos y estaba luchando contra la misma situación en el momento de su quinto embarazo. Durante el año anterior a su quinto embarazo, se mantuvo sobria y había estado en contacto permanente con los trabajadores sociales con la idea de recuperar la custodia de sus hijos. Consideraba que un quinto hijo en ese momento de su vida (con el peligro de sufrir depresión postparto y una recaída en su adicción al alcohol debido a los riesgos que supone un embarazo) pondría en peligro su salud y la reunificación de su familia. Decidió viajar a Inglaterra para realizarse un aborto.

15. Al atrasar el aborto por tres semanas, la demandante pudo pedir prestada la cantidad mínima de dinero de una entidad crediticia (650 euros, "EUR") a una tasa alta de interés que le permitió pagar el tratamiento en una clínica privada y el viaje. Sintió que tenía que viajar a Inglaterra sola y en secreto, sin avisar a los trabajadores sociales y sin perderse una visita de contacto con sus hijos.

16. El día siguiente a haberse practicado el aborto, viajó de regreso a Irlanda en avión para la visita de contacto con su hijo más joven. Mientras que al principio sostuvo que tuvo miedo de buscar asesoramiento médico al volver a Irlanda, subsecuentemente aclaró que, en el tren de regreso a Irlanda, comenzó a sangrar profusamente, y una ambulancia la recogió en la estación. En un hospital cercano, sufrió una dilatación y la sometieron a un raspado. Declaró que experimentó dolor, náuseas y sangrado durante semanas a partir de ese momento pero no buscó asesoramiento médico adicional.

17. Siguiendo la introducción de la presente demanda, la primera demandante quedó embarazada nuevamente y dio a luz a su quinto hijo. En la actualidad, lucha contra la depresión, tiene custodia de tres de sus hijos mientras que dos (incluyendo el chico con discapacidad) permanecen bajo la custodia de asistencia social. Mantuvo su opinión de que un aborto fue la decisión correcta para ella en 2005.

B. La segunda demandante (B)

18. El 17 de enero de 2006, la segunda demandante viajó a Inglaterra para practicarse un aborto creyendo que no tenía derecho a hacerlo en Irlanda. Tenía 7 semanas de embarazo.

19. Había quedado embarazada involuntariamente. Había tomado la pastilla del día después y dos médicos diferentes le habían informado que había un riesgo substancial de

tener un embarazo ectópico (una condición que no puede diagnosticarse hasta la 6-10 semana del embarazo). Estaba segura de su decisión de viajar a Inglaterra para practicarse un aborto ya que, en ese momento de su vida, ella sola no podía encargarse de un chico. Esperó varias semanas hasta que el centro de asesoramiento en Dublín abriera después de Navidad. Tuvo dificultades para pagar los costos del viaje y, al no tener una tarjeta de crédito, tuvo que usar la tarjeta de crédito de un amigo para reservar los pasajes en avión. Reconoció que, para el momento en que ella viajó a Inglaterra, ya se había confirmado que el suyo no era un embarazo ectópico.

20. Una vez en Inglaterra, no dio nombres de ningún familiar ni una dirección irlandesa para asegurarse de que su familia no se enterara que se había practicado un aborto. Viajó sola y se quedó en Londres la noche anterior al procedimiento para no perder el turno y también se quedó allí la noche después de haberse sometido al procedimiento porque hubiese llegado a Dublín demasiado tarde para tomar un transporte público y la medicación la incapacitaría para manejar desde el aeropuerto de Dublín hasta su casa. La clínica le recomendó que informara a los doctores que había tenido un aborto espontáneo.

21. Al regresar a Irlanda, la demandante expulsó coágulos de sangre y dos semanas después, al no estar segura de la legalidad de haber viajado fuera de Irlanda para practicarse un aborto, buscó seguimiento médico en una clínica de Dublín que estaba afiliada a la clínica en Inglaterra en la que ella se había realizado el procedimiento.

C. La tercera demandante (C)

22. El 3 de marzo de 2005, la tercera demandante se practicó un aborto en Inglaterra, creyendo que no podía hacer valer su derecho a realizarse uno en Irlanda. En ese momento, estaba en el primer trimestre de su embarazo.

23. Anterior a su embarazo, había sido sometida a un tratamiento con quimioterapia durante tres años debido a una forma rara de cáncer. Antes de realizarse el tratamiento, había consultado a su médico sobre las consecuencias que tenía esa enfermedad sobre su deseo de tener hijos y el médico le informó que no era posible predecir los efectos que un embarazo podía producir en el cáncer que ella padecía y que, si llegaba a quedar embarazada, sería peligroso para el feto si ella tuviese que someterse a quimioterapia durante el primer trimestre.

24. El cáncer entró en remisión y la demandante quedó embarazada involuntariamente. Desconocía su estado en el momento en que se sometió a una serie de estudios relacio-

nados con el cáncer, contraindicados durante el embarazo. Cuando descubrió que estaba embarazada, la tercera demandante consultó a su médico clínico (“MC”) y también a varios consultores médicos. Alegó que, como resultado del efecto intimidante del marco legal irlandés, recibió información insuficiente con respecto al impacto que el embarazo podía causar en su salud y en su vida, y que los estudios previos relacionados con el cáncer podían causar en el feto.

25. Por lo tanto, la tercera demandante investigó los peligros en internet. Debido a la incertidumbre sobre los riesgos involucrados, viajó a Inglaterra para practicarse un aborto. Sostuvo que quería un aborto médico (drogas para provocar un aborto espontáneo) dado que su embarazo estaba en una etapa temprana pero no pudo encontrar una clínica que le proporcionara ese tratamiento ya que ella no era residente y era obligatorio someterse a un seguimiento médico después del procedimiento. Por lo tanto, alegó que tuvo que esperar ocho semanas más para que un aborto quirúrgico fuese posible.

26. Al regresar a Irlanda después del aborto, la tercera demandante experimentó las complicaciones de un aborto incompleto, que incluían sangrado prolongado e infección. Alegó que los médicos le suministraron atención médica inadecuada. Varios meses después del aborto, consultó a su propio MC, que no hizo referencia alguna al hecho de que ella ya no estaba embarazada.

[...]

EL DERECHO

113. Las primeras dos demandantes basaron sus denuncias conforme a los artículos 3, 8, 13 y 14 del Convenio con respecto a la prohibición de practicarse un aborto en Irlanda por motivos de salud y bienestar.

La tercera demandante basó su denuncia conforme a los artículos 2, 3, 8, 13 y 14 del Convenio* con respecto a la ausencia de implementación legislativa del artículo 40.3.3 de la Constitución que, según sostuvo, significaba que ella no tenía forma de establecer su derecho a practicarse un aborto legal por razones de riesgo a su vida en Irlanda.

* *N.d.E.* En dichos artículos se establece el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, el derecho a un recurso efectivo y la prohibición de discriminación respectivamente.

I. ADMISIBILIDAD

A. Los hechos relevantes y el alcance del caso

[...]

3. La evaluación de la Corte

[...]

125. (...) Al respecto, la Corte concluye que la primera demandante viajó para practicarse un aborto por razones de salud y bienestar; la segunda demandante, por razones de bienestar y la tercera demandante, porque temía principalmente que el embarazo constituyera un riesgo para su vida. Mientras que se destaca el uso del término “razones sociales” por parte del Gobierno, la Corte considera útil distinguir entre salud (física y mental) y otras razones relacionadas con el bienestar para describir por qué las demandantes eligieron practicarse un aborto.

[...]

B. Agotamiento de los recursos internos

[...]

3. La evaluación de la Corte

[...]

a. La primera y segunda demandante

[...]

147. (...) La Corte Suprema dejó en claro, en el *leading case X*, que los estudios apropiados para practicarse un aborto legal en Irlanda prevén lo siguiente: si se estableciese como un asunto de probabilidad que hubiese “un riesgo substancial y real a la vida, muy distinto de la salud, de la madre” (énfasis añadido) que sólo podría evitarse con la interrupción del embarazo, la interrupción del embarazo sería lícita en Irlanda. La Corte

Suprema aceptó que una amenaza de suicidio comprobada constituía un “riesgo real y substancial” a la vida de la madre.

[...]

152. Por esas razones, la Corte considera que no ha se ha demostrado que la primera y segunda demandante tuviesen un recurso interno efectivo que estuviese a su disposición con respecto a su denuncia sobre la falta de legislación en Irlanda relacionada con el aborto por razones de salud y/o bienestar. Por consiguiente, la Corte no está exigida a tratar los alegatos adicionales de las demandantes concernientes al tiempo, velocidad, costos y confidencialidad de tales medidas internas.

[...]

b. La tercera demandante

154. La tercera demandante temió que su embarazo constituyera un riesgo para su salud y basó su denuncia conforme al artículo 8 en relación con la falta de legislación que implementara el derecho constitucional de realizarse un aborto en el caso de un riesgo semejante. Arguyó que, por consiguiente, ella no contaba con ningún procedimiento efectivo mediante el cual pudiese establecer su derecho a realizarse legalmente un aborto en Irlanda y que no debería exigirsele litigar para acceder a ese derecho.

155. En esas circunstancias, la Corte considera que la cuestión de la necesidad de la tercera demandante de agotar todos los recursos judiciales está inexorablemente vinculada, y por consiguiente, es apropiado agregarla al fondo de su denuncia conforme al artículo 8 del Convenio (*Tysiāc v. Poland*, N° 5410/03 (dec.) 7 de febrero de 2006).

[...]

E. La conclusión de la Corte sobre la admisibilidad de las demandas

166. Por consiguiente, sin haberse establecido ninguna base para declarar inadmisibles las denuncias de las demandantes conformes al artículo 8 o las denuncias asociadas conformes a los artículos 13 y 14 del Convenio, la Corte declara esas denuncias admisibles y el resto de la demanda, inadmisibles.

II. SUPUESTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO

167. La primera y segunda demandante basaron su denuncia conforme al artículo 8 con respecto a las restricciones de realizarse legalmente un aborto en Irlanda, las cuales les impedían practicarse un aborto por razones de salud y/o bienestar en Irlanda, y la demandante C basó su denuncia conforme al mismo artículo con respecto a la ausencia de alguna implementación legislativa del artículo 40.3.3 del Convenio.

[...]

E. La evaluación de la Corte

1. Establecer si el artículo 8 aplicaba a las denuncias de las demandantes

212. La Corte recuerda que la noción de “vida privada” que se encuentra dentro del marco del artículo 8 del Convenio incluye un concepto que engloba, *inter alia*, el derecho a la autonomía personal y al desarrollo personal (véase *Pretty v. the United Kingdom*, (...), párrafo 61). Dicha noción concierne a cuestiones como las de la identidad de género, orientación sexual y vida sexual (por ejemplo, *Dudgeon v. the United Kingdom*, sentencia del 22 de octubre de 1981, Serie A N° 45, pp. 18-19, párrafo 41; y *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, sentencia del 17 de febrero de 1997, *Reports of Judgement and Decisions* 1997-I, p. 131, párrafo 36), la integridad física y fisiológica de una persona (sentencia de *Tysiāc v. Poland*, (...), párrafo 107), así como también la decisión de tener o no un hijo o de convertirse en padres genéticos (*Evans v. the United Kingdom* [GC], (...), párrafo 71).

213. Previamente, la Corte también había constatado, citando con aprobación la jurisprudencia de la antigua Comisión, que la legislación que regula la interrupción del embarazo toca el ámbito de la vida privada de la mujer; la Corte hace hincapié en que no puede interpretarse el artículo 8 en el marco de que el embarazo y su terminación conciernen únicamente la vida privada de la mujer dado que, cuando una mujer está embarazada, su vida privada se vuelve estrechamente ligada al feto en desarrollo. El derecho de la mujer al respeto de su vida privada debe ser sopesado en relación con otros derechos en pugna y libertades involucrados, incluyendo aquellos de la persona nonata (*Tysiāc v. Poland*, (...), párrafo 106; y *VO v. France* [GC], (...), párrafos 76, 80 y 82).

214. Mientras que, por consiguiente, no puede interpretarse que el artículo 8 confiere el derecho a realizarse un aborto, la Corte determina que la prohibición en Irlanda de la práctica del aborto cuando es solicitado por razones de salud y/o bienestar sobre las

cuales basaron su denuncia la primera y segunda demandante, y la supuesta incapacidad de la tercera demandante de establecer su calificación para acceder a un aborto legal en Irlanda, entran dentro del alcance de su derecho a que se respete su vida privada y, por consiguiente, dentro del artículo 8. La diferencia en las denuncias fundamentales de la primera y segunda demandante, por un lado, y las de la tercera demandante, por otro, exige determinar separadamente si ha existido una violación del artículo 8 del Convenio.

[...]

2. *La primera y segunda demandante*

a) ¿Obligaciones positivas o negativas impuestas por el artículo 8 del Convenio?

216. Mientras que existen obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo por la vida privada (véase párrafos 244-246 más abajo), la Corte determina que es apropiado analizar las denuncias de la primera y segunda demandante como concernientes a las obligaciones negativas impuestas por el artículo, dado que su argumento principal estaba relacionado con el hecho de que la prohibición de practicarse un aborto en Irlanda por razones de salud y/o bienestar restringía desproporcionalmente su derecho al respeto por su vida privada. Previamente, la Corte ha señalado, citando con aprobación la jurisprudencia de la antigua Comisión en *Bruggemann y Scheuten v. Germany*, que no toda regulación concerniente a la terminación de un embarazo constituye una interferencia con el derecho al respeto por la vida privada de la madre (*Vo v. France* [GC], (...), párrafo 76). Sin embargo, al tener en cuenta el amplio concepto de vida privada dentro del marco del artículo 8, que incluye el derecho a la autonomía personal y a la integridad física y fisiológica (véase párrafos 212-214 arriba), la Corte señala que la prohibición de terminar el embarazo de la primera y segunda demandante por razones de salud y/o bienestar constituía una interferencia con su derecho al respeto de sus vidas privadas. La cuestión esencial que debe ser determinada es si la prohibición constituye una interferencia injustificada con sus derechos conformes al artículo 8 del Convenio.

[...]

218. Para determinar si esa interferencia constituyó una violación del artículo 8, la Corte debe examinar si fue justificada en el marco del segundo párrafo del artículo, a saber, si la interferencia estaba “en conformidad con la ley” y si podía considerarse “necesario en una sociedad democrática” por uno de los “objetivos legítimos” estipulados en el artículo 8 del Convenio.

b) ¿La interferencia estaba “en conformidad con la ley”?

[...]

220. La Corte recuerda que una interferencia impugnada debe tener alguna base en la ley interna, que debe ser adecuadamente accesible y estar formulada con la suficiente precisión para permitirle al ciudadano regular su conducta, para que él o ella sean capaces –si es necesario, con asesoramiento apropiado- de prever, a un grado que sea razonable dadas las circunstancias, las consecuencias que produciría una determinada acción (por ejemplo, *Silver and Others v. the United Kingdom*, 25 de marzo de 1983, párrafos 86-88, Serie A N° 61).

221. La Corte determina que las disposiciones legales internas que constituían la interferencia eran claramente accesibles. Al tener en cuenta los párrafos 147-149 *supra*, la Corte también considera que era claramente previsible que la primera y segunda demandante no tenían derecho a un aborto en Irlanda por razones de salud y/o bienestar.

c) ¿La interferencia tenía un objetivo legítimo?

[...]

226. En vista de lo considerado anteriormente, la Corte no considera que las encuestas restringidas en las que se basaron la primera y segunda demandante (...) sean lo suficientemente indicativas de un cambio en la mirada de los irlandeses, en lo que concierne al marco legal del aborto en Irlanda, como para desplazar hacia la Corte la postura del Estado con respecto al contenido exacto de los requisitos de la moral en Irlanda (*Handyside v. the United Kingdom* sentencia y referencias adicionales citadas arriba en 221). Por consiguiente, la Corte determina que las restricciones impugnadas en el presente caso, aunque diferente de aquellas tratadas en el caso *Open Door*, estaban basadas en valores morales profundos concernientes a la naturaleza de la vida que fueron reflejados en la posición que la mayoría de los irlandeses expresó contra el aborto durante el referéndum de 1983 y que no se ha demostrado que hayan cambiado de forma relevante desde entonces.

227. La Corte concluye que la restricción impugnada en ese momento buscaba el objetivo legítimo de proteger los valores morales, de los cuales la protección en Irlanda del derecho a la vida de la persona nonata constituía un aspecto.

228. Por consiguiente, la Corte no considera que sea necesario determinar si esas son posiciones morales que provienen de creencias religiosas o de otra índole o si el término “otro” en el párrafo 2 del artículo 8 se extiende a la persona nonata (*Open Door*, (...), párrafo 63; y *Vo v. France* [GC], (...), párrafo 85). Los alegatos de la primera y segunda demandante sobre las restricciones del aborto en busca de ese objetivo son inefectivas y su dependencia en el punto de vista moral corresponde ser examinada más abajo conforme a la necesidad de interferencia (*Open Door*, (...), párrafo 76).

d) *¿La interferencia fue “una medida necesaria en una sociedad democrática”?*

229. En este sentido, la Corte debe determinar si existió una necesidad social urgente para tomar la medida en cuestión y, en particular, si la restricción era proporcional al objetivo legítimo que se perseguía, teniendo en cuenta el justo equilibrio que ha de lograrse entre los intereses relevantes en pugna, respecto a los cuales el Estado goza de un margen de apreciación (*Open Door*, párrafo 70; *Odievre v. France* [GC], N° 42326/98, párrafo 40, ECHR 2003-III; y *Evans v. the United Kingdom* [GC], párrafo 75).

230. Consiguientemente, y como se remarca en el párrafo 213 *supra*, en los presentes casos, la Corte debe determinar si la prohibición de realizarse un aborto en Irlanda por razones de salud y/o bienestar logra un equilibrio justo entre, por un lado, el derecho al respeto por la vida privada de la primera y segunda demandante conforme al artículo 8 y, por otro, los valores morales profundos de los irlandeses con respecto a la naturaleza de la vida y consecuentemente a la necesidad de proteger la vida de la persona nonata.

[...]

233. No puede existir duda alguna sobre la profunda sensibilidad de las cuestiones morales y éticas a las que puede dar lugar la cuestión del aborto o sobre la importancia del interés público que está en juego. Consiguientemente, debe concedérsele al Estado de Irlanda, en principio, un amplio margen de apreciación para determinar la cuestión de si se logró un equilibrio justo entre la protección de ese interés público, en particular, la protección que se le concede bajo ley irlandesa al derecho a la vida de la persona nonata, y el derecho en pugna de la primera y segunda demandante al respeto de su vida privada conforme el artículo 8 del Convenio.

234. Sin embargo, todavía sigue vigente la cuestión sobre si ese amplio margen de apreciación es limitado por la existencia de un consenso relevante.

Durante años, la existencia de un consenso ha jugado un papel en el desarrollo y la evolución de las protecciones del Convenio empezando con *Tyrer v. the United Kingdom* (24 de abril de 1978, serie A N° 26, párrafo 31), siendo el Convenio un “instrumento vivo” que se debe interpretar a la luz de las condiciones de hoy en día. Por consiguiente, se ha invocado el consenso para justificar una interpretación dinámica del Convenio (*Marckx v. Belgium*, sentencia del 13 junio de 1979, Serie A N° 31, párrafo 41; *Dudgeon v. the United Kingdom*, sentencia del 22 octubre de 1981, Serie A N° 45, párrafo 60; *Soering v. the United Kingdom*, sentencia del 7 de julio de 1989, Serie A N° 161, párrafo 102; *L. and V. v. Austria*, N° 39392/98 y 39829/98, párrafo 50, ECHR 2003-I y *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], (...), párrafo 85).

235. En el presente caso, y contrario al alegato del Gobierno, la Corte considera que hay, en efecto, un consenso entre una mayoría substancial de los Estados Contratantes del Consejo de Europa con respecto a permitir la práctica del aborto en bases más amplias que aquellas acordadas conforme a la ley irlandesa. En particular, la Corte señala que la primera y segunda demandante pudieron haber obtenido un aborto a pedido (conforme a cierto criterio que incluye límites de gestación) en alguno de esos 30 Estados. La primera demandante podría haber obtenido un aborto justificado debido a razones de salud y bienestar en aproximadamente 40 de los Estados Contratantes y la segunda demandante podría haber obtenido un aborto justificado debido a razones de bienestar en alrededor de 35 de los Estados Contratantes. Solamente 3 Estados tienen un acceso más restrictivo a los servicios de aborto que Irlanda, a saber, una prohibición a la práctica del aborto a pesar de los riesgos a la vida de la mujer. En años recientes, algunos Estados han extendido las bases sobre las que puede obtenerse el aborto (...). Irlanda es el único Estado que permite la práctica del aborto únicamente en casos donde hay un riesgo a la vida (incluida la autodestrucción) de la futura mamá. Dado ese consenso entre la mayoría substancial de los Estados Contratantes, no es necesario seguir observando las decisiones y tendencias internacionales que la primera y segunda demandante y algunos terceros alegaban que se inclinaban a favor de un acceso más amplio al aborto.

236. Sin embargo, la Corte no considera que ese consenso restrinja decisivamente el amplio margen de apreciación del Estado.

237. Es de vital importancia el hallazgo que se hizo en el caso *Vo* citado arriba, al que se hace referencia más arriba, con respecto a la pregunta de cuándo comienza el derecho a la vida, que entró en el margen de apreciación de los Estados porque no había consenso europeo sobre la definición científica y legal del comienzo de la vida, por consiguiente,

era imposible responder la pregunta de si la persona nonata era una persona que debía ser protegida conforme a los efectos del artículo 2. Dado que los derechos demandados en nombre del feto y los derechos de la madre están inextricablemente interconectados (ver la revisión de la jurisprudencia del Convenio en los párrafos 75-80 en la sentencia arriba citada de *Vo v. France* [GC]), el margen de apreciación concedido a la protección de la persona nonata por parte del Estado se traduce necesariamente en un margen de apreciación según el cual cada Estado equilibra los derechos contradictorios de la madre. Se sigue que, a pesar de que gracias a las leyes nacionales a las que hemos hecho referencia parezca que la mayoría de los Estados Contratantes hayan resuelto en sus legislaciones esos derechos e intereses contradictorios en favor de un mayor acceso legal al aborto, ese consenso no puede ser un factor decisivo en la evaluación de la Corte con respecto a la cuestión de si la prohibición impugnada del aborto en Irlanda por razones de salud y bienestar llegó a un equilibrio justo entre los derechos e intereses contradictorios, a pesar de una interpretación evolutiva del Convenio (*Tyrer v. the United Kingdom*, párrafo 31; y *Vo v. France* [GC], párrafo 82, (...)).

238. En efecto, es el caso de que ese margen de apreciación no es ilimitado. La prohibición cuestionada por la primera y segunda demandante tiene que ser compatible con las obligaciones del Convenio del Estado y, dada la responsabilidad de la Corte conforme al artículo 19 del Convenio, la Corte tiene que supervisar si la interferencia constituye un equilibrio justo de los intereses contradictorios involucrados (*Open Door*, párrafo 68). Por consiguiente, la prohibición de un aborto para proteger la vida de la persona nonata no se justifica automáticamente en virtud del Convenio sobre la base de deferencia sin restricciones a la protección de la vida prenatal o sobre la base de que el derecho de la futura mamá al respeto de su vida privada es de menor talla. La regulación de los derechos al aborto tampoco constituye únicamente una cuestión para los Estados Contratantes, como sostuvo el Estado basándose en ciertas declaraciones internacionales (...). Sin embargo, y como se explicó arriba, la Corte tiene que decidir sobre la compatibilidad del artículo 8 del Convenio con la prohibición del Estado de Irlanda en relación al aborto por razones de salud y bienestar sobre la base de la prueba del equilibrio justo descrito arriba, a la que se aplica un amplio margen de apreciación.

239. Del debate prolongado, complejo y delicado en Irlanda (...) con respecto al contenido de las leyes del aborto, emergió una decisión. La ley irlandesa prohíbe en Irlanda el aborto por razones de salud y bienestar pero permite a aquellas mujeres en la misma situación que la primera y segunda demandante que deseen practicarse un aborto por esas razones (...), la opción de viajar legalmente a otro Estado para realizárselo.

Por un lado, la decimotercera y decimocuarta enmiendas de la Constitución removieron cualquier impedimento legal a mujeres adultas que desearan viajar al exterior para practicarse un aborto y a la obtención de información en Irlanda con respecto a ese tema. Luego, se adoptaron medidas legislativas para asegurar el suministro de información y orientación sobre, *inter alia*, las opciones disponibles, incluidos los servicios de aborto en el exterior, y para asegurar cualquier tratamiento médico antes y, más particularmente, después del aborto. En los trabajos y documentos de los contadores públicos y en las pautas médicas profesionales se enfatiza la importancia de que los médicos provean información sobre todas las opciones disponibles, incluida la posibilidad de practicarse un aborto en el exterior, y también la obligación de que los profesionales de la salud suministren todo el tratamiento médico correspondiente, en particular después del aborto (...). La Corte determinó que las primeras dos demandantes no demostraron que les faltaba información relevante o tratamiento médico necesario con respecto a sus abortos (...).

Por otro lado, es cierto que el proceso de viajar al exterior para practicarse un aborto fue fisiológica y físicamente arduo para la primera y segunda demandante, aún más para la primera demandante dadas sus circunstancias empobrecidas (...). Aunque esa situación no hubiese equivalido al tratamiento que entra dentro del alcance del artículo 3 del Convenio (...), la Corte no menosprecia el grave impacto que la restricción impugnada ocasionó en la primera y segunda demandante. Tal vez, incluso éste sea el caso, como las primeras dos demandantes alegaron, de que la prohibición impugnada sobre el aborto es, en gran medida, ineficaz al proteger a la persona nonata en el sentido de que un número sustancial de mujeres eligen la opción que la ley les provee de viajar al exterior para practicarse un aborto que no está disponible en Irlanda: no es posible ser más concluyente, dada la naturaleza polémica de las estadísticas relevantes suministradas a la Corte (...).

[...]

241. Por consiguiente, al tener en consideración el derecho a viajar legalmente al exterior para practicarse un aborto con acceso a información y tratamiento médico apropiados en Irlanda, la Corte no considera que la prohibición en Irlanda de realizar un aborto por razones de salud y bienestar, basada como está en la profunda opinión moral de los irlandeses con respecto a la naturaleza de la vida (párrafos 222-227 *supra*) y a la protección consecuente que se le debe conferir al derecho a la vida de la persona nonata, exceda el margen de apreciación concedido en ese respecto al Estado de Irlanda. En tales circunstancias, la Corte determina que la prohibición impugnada en Irlanda llegó a un equilibrio justo entre el derecho de la primera y segunda demandante al respeto por su vida privada y los derechos invocados en nombre de la persona no nata.

e) *La conclusión de la Corte con respecto a la primera y segunda demandante*

242. La Corte concluye que no ha habido violación alguna del artículo 8 del Convenio con respecto a la primera y segunda demandante.

3. *La tercera demandante*

[...]

a) *¿Corresponde que se examine su denuncia dentro de las obligaciones positivas o negativas del artículo 8 del Convenio?*

[...]

245. Previamente, la Corte ha encontrado Estados que estaban bajo la obligación positiva de asegurar a sus ciudadanos el derecho a que efectivamente respeten su integridad física y fisiológica (*Glass v. the United Kingdom*, N° 61827/00, párrafos 74-83, ECHR 2004-II; *Sentges v. the Netherlands* (dec.) N° 27677/02, 8 de julio de 2003; *Pentiacova and Others v. Moldova* (dec.), N° 14462/03, ECHR 2005-...; *Nitecki v. Poland* (dec.), N° 65653/01, 21 de marzo de 2002; *Odièvre v. France* [GC], (...), párrafo 42). Asimismo, esas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas, que incluyen el suministro de medios efectivos y accesibles pensados para garantizar el respeto de la vida privada (*Airey v. Ireland*, 9 de octubre de 1979, párrafo 33, Serie A N° 32; *McGinley and Egan v. the United Kingdom*, 9 de junio de 1998, párrafo 101, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III; y *Roche v. the United Kingdom* [GC], N° 32555/96, párrafo 162, ECHR 2005-X), entre las que se incluye tanto la disposición de un marco regulatorio de mecanismos contenciosos y de aplicación, que protejan los derechos de los individuos, como la implementación, cuando sea apropiado, de medidas específicas en el marco de un aborto (sentencia de *Tysiąg v. Poland*, (...), párrafo 110).

246. Por consiguiente, la Corte determina que corresponde examinar el reclamo de la tercera demandante dentro de los aspectos positivos del artículo 8. En particular, la cuestión a determinar por la Corte es si existe una obligación positiva del Estado de proveer un procedimiento efectivo y accesible que permita a la tercera demandante establecer su derecho a un aborto legal en Irlanda y que de ese modo se preste debido respeto a los intereses garantizados por el artículo 8 del Convenio.

b) Principios generales aplicables a la hora de evaluar las obligaciones positivas de un Estado

247. Los principios aplicables a la hora de evaluar las obligaciones positivas y negativas de un Estado bajo el Convenio son similares. Debe tenerse consideración hacia el equilibrio justo al que debe llegarse entre los derechos contradictorios del individuo y los de la sociedad en su conjunto, teniendo cierta relevancia los objetivos en el segundo párrafo del artículo 8 (*Gaskin v. the United Kingdom*, 7 de julio de 1989, párrafo 42, Serie A N° 160; y *Roche v. the United Kingdom* [GC], (...), párrafo 157).

248. La noción de “respeto” no es del todo clara, especialmente en lo que respecta a esas obligaciones positivas; habiendo considerado la diversidad de las prácticas seguidas y las distintas situaciones en los Estados Contratantes, los requisitos de tal noción pueden variar considerablemente de un caso a otro (*Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], (...), párrafo 72).

Sin embargo, se han considerado relevantes algunos factores para la evaluación del contenido de esas obligaciones positivas de los Estados. Algunos factores conciernen al demandante: la importancia del interés en riesgo y si los “valores fundamentales” o los “aspectos esenciales” de la vida privada se ven amenazados (*X and Y v. the Netherlands*, 26 de marzo de 1985, Serie A N° 91, párrafo 27; y *Gaskin v. the United Kingdom*, 7 de julio de 1989, Serie A N° 160, párrafo 49); y el impacto en un demandante de la discordancia entre la realidad social y la ley, la coherencia de las prácticas administrativas y legales dentro del sistema interno siendo considerado un factor importante en la evaluación llevada a cabo conforme al artículo 8 (*B. v. France*, 25 de marzo 1992, Serie A N° 232-C, párrafo 63; y *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], (...), párrafos 77-78). Algunos factores conciernen a la posición del Estado: si la presunta obligación es limitada y definida o amplia e indeterminada (*Botta v. Italy*, 24 de febrero de 1998, párrafo 35, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I); y la extensión de cualquier carga que la obligación pudiera imponer sobre el Estado (*Rees v. the United Kingdom*, 17 de octubre de 1986, Serie A N° 106, párrafos 43-44; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], (...), párrafos 86-88).

249. Dentro de un contexto de obligación negativa, el Estado disfruta de un cierto margen de apreciación (ver, entre otras autoridades, *Keegan v. Ireland*, sentencia del 26 de mayo de 1994, Serie A N° 290, párrafo 49). Mientras que al Estado se le concede un amplio margen de apreciación con respecto a la decisión relacionada con las circunstancias en que un aborto será permitido dentro de un Estado (párrafos 231-238 *supra*), una

vez que se toma la decisión, el marco legal diseñado para ese propósito debería ser “determinado en una manera coherente que permita que se tengan en cuenta los distintos intereses legítimos involucrados de forma adecuada y de acuerdo con las obligaciones que se derivan del Convenio” (*S.H. and Others v. Austria*, N° 57813/00, sentencia del 1 de abril de 2010, párrafo 74).

c) Aplicación de los principios generales al caso de la tercera demandante

250. La tercera demandante padecía una forma rara de cáncer. Cuando descubrió que estaba embarazada, temió por su vida porque creía que el embarazo aumentaba el riesgo de que el cáncer regresara y que en Irlanda no tratarían el cáncer mientras ella estuviese embarazada (ver párrafo 125 *supra*). La Corte determina que el establecimiento de cualquier riesgo relevante a su vida causado por el embarazo concierne claramente a valores fundamentales y aspectos esenciales de su derecho al respeto por su vida privada (*X and Y v. the Netherlands*, 26 de marzo de 1985, (...), párrafo 27 y párrafo 248 *supra*). Contrario a los alegatos del Gobierno, no es necesario que la demandante corrobore el presunto riesgo médico, ya que su denuncia concernía a la falta de cualquier procedimiento interno efectivo que estableciera ese riesgo.

[...]

252. En primer lugar, la Corte ha examinado los únicos medios no judiciales en los que el Gobierno se apoyó, en particular, el procedimiento ordinario de asesoramiento médico entre una mujer y su médico.

253. Sin embargo, la Corte tiene un número de preocupaciones relacionadas con la efectividad de ese procedimiento de asesoramiento como medio de establecer la calificación de la tercera demandante para obtener un aborto legal en Irlanda.

Se nota primero que la base sobre la cual una mujer puede buscar practicarse un aborto legal en Irlanda se expresa en términos amplios: el artículo 40.3.3, como lo interpreta la Corte Suprema en el Caso X, establece que en Irlanda, un aborto está disponible si logra establecerse como un asunto de probabilidad que hay un riesgo real y sustancial, diferente de la salud, de la madre, incluyendo un riesgo de autolesión, que puede evitarse solamente con la terminación del embarazo (el caso X, (...)). Mientras que una disposición constitucional de ese alcance no es inusual, ningún criterio ni procedimiento ha sido establecido en la ley irlandesa, ya sea en legislación, jurisprudencia u otro, por el cual ese riesgo debe medirse o determinarse, lo que lleva a una situación de incertidumbre con

respecto a su aplicación precisa. En efecto, mientras que esa disposición constitucional (de la forma en que la interpreta la Corte Suprema en el Caso *X*) califica las secciones 58 y 59 de la anterior Ley de 1861 (...), nunca se han hecho enmiendas a esas secciones por lo que, aparentemente, permanecen vigentes con la prohibición absoluta sobre el aborto y los delitos serios asociados que, por lo tanto, contribuyen a la falta de certeza de una mujer que busca realizarse un aborto legal en Irlanda.

Es más, ya sea que el amplio derecho a un aborto legal en Irlanda, que el artículo 40.3.3 prevé, puede o no aclararse según pautas médicas profesionales irlandesas como sugiere el Gobierno (ver la sentencia del Tribunal Superior en *MR v. TR and Others*, (...)), esas pautas no suministran, en ningún caso, ninguna precisión relevante en lo que respecta al criterio por el cual un médico debe evaluar ese riesgo. La Corte no puede aceptar el argumento del Gobierno según el cual los alegatos al Comité Constitucional, y aún menos las pautas de obstetricia sobre embarazos ectópicos pertenecientes a otro Estado, pueden constituir una clarificación relevante de la ley irlandesa. En cualquier caso, las tres condiciones observadas en esos alegatos orales como condiciones aceptadas que requieren intervención médica para salvar la vida de una mujer (preeclampsia, cáncer de cuello uterino y embarazos ectópicos) no eran pertinentes al caso de la tercera demandante.

Además, no hay ningún marco por medio del cual cualquier diferencia de opinión entre la mujer y su médico o entre diferentes médicos consultados, o una indecisión comprensible por parte de la mujer o el doctor, pueda ser examinada y resuelta a través de una decisión que estableciera como un asunto de ley si un caso en particular presentaba un riesgo a la vida de una mujer de forma tal que se realice un aborto legal.

254. Contra ese antecedente de incertidumbre sustancial, la Corte considera evidente que las disposiciones criminales de la Ley de 1861 podrían constituir un factor intimidante significativo para mujeres y médicos en el proceso de asesoramiento médico, sin importar si se habían llevado o no a cabo juicios conforme a esa Ley. Tanto la tercera demandante como cualquier médico corrían el riesgo de una condena criminal seria y encarcelamiento en el caso de que más tarde se descubriera que una decisión tomada en la consulta médica, que la mujer tenía derecho a practicarse un aborto legal en Irlanda dado el riesgo a su vida, no estaba de acuerdo con el artículo 40.3.3 de la Constitución. Los médicos también corrían el riesgo de tener que atravesar medidas disciplinarias profesionales y sanciones serias. El Gobierno no indicó si alguna vez se habían tomado acciones disciplinarias contra un médico en ese aspecto. Tanto el Informe de 1996 del Grupo de Revisión, como el Libro Verde de 1999 y el Quinto Informe de Situación sobre el Aborto del 2000 expresan preocupaciones sobre la falta de protección legal para el

personal médico. En cuanto a la confianza del Gobierno en el caso C, los doctores que fueron consultados por una mujer como la tercera demandante no estaban en la misma situación legal que aquellos del caso C que suministraron opiniones sobre una víctima de violación que presentaba riesgo de suicidio, una situación que estaba claramente dentro del ámbito del caso X.

255. Por consiguiente, y refiriéndonos también a la sentencia de McCarthy J. en el caso X (...), la Corte no considera que el proceso normal de asesoramiento médico pueda considerarse un medio efectivo de determinar si puede o no realizarse un aborto legal en Irlanda basado en un riesgo a la vida.

[...]

258. La Corte no considera que los tribunales constitucionales sean la *fora* apropiada para determinar si una mujer califica para un aborto que está disponible legalmente en un Estado. En particular, ese proceso requeriría que los tribunales constitucionales establecieran en base a cada caso particular el criterio legal por el cual se mediría el riesgo relevante a la vida de una mujer y, es más, resolvieran a través de evidencia, en gran medida de naturaleza médica, si esa mujer constituye ese riesgo. Sin embargo, los tribunales constitucionales han destacado que ése no debería ser su papel. Contrario al alegato del Gobierno, en el caso X, McCarthy J. se refirió claramente a expresiones judiciales anteriores de arrepentimiento porque no se había implementado el artículo 40.3.3 por legislación y afirmó que, mientras el deseo por esa legislación no impidiera que los tribunales realizaran sus funciones, era razonable encontrar que, cuando se aprobara esa Enmienda, las personas tendrían derecho a creer que se introduciría esa legislación con el objetivo de regular la manera en que pudiesen reconciliarse el derecho a la vida de la persona nonata y el derecho a la vida de la madre. Según McCarthy J., el fracaso de legislar ya no era simplemente desafortunado sino “inexcusable” (...). El Tribunal Superior en el caso “C” (...) se refirió al mismo tema más sucintamente, encontrando que sería incorrecto transformar al Tribunal Superior en una “autoridad reguladora” de abortos.

259. Además, sería igualmente inapropiado exigir que las mujeres recurrieran a procedimientos constitucionales tan complejos cuando su derecho constitucional subyacente a practicarse un aborto en el caso de un riesgo estipulado a la vida no era discutible (el Libro Verde de 1999, (...)). La decisión de *D v. Ireland* es reconocible por las razones estipuladas en el párrafo 148 *supra* y, en particular, porque el derecho constitucional de *D* a practicarse un aborto en Irlanda en el caso de una anomalía fatal en el feto era una pregunta abierta.

260. Asimismo, no está claro cómo los tribunales harían cumplir una orden obligatoria que exigiera a los médicos que llevaran a cabo un aborto. El material estadístico que el Gobierno suministró en respuesta a la pregunta de la Corte (...) incluía solamente hospitales públicos serios y embarazos ectópicos y, por lo tanto, reveló una falta de conocimiento por parte del Estado en lo que respecta, *inter alia*, a quiénes realizan abortos legales en Irlanda y en dónde. Tampoco queda claro sobre qué bases se podría haber hecho una declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones de la Ley de 1861 dado que ya se habían calificado esas disposiciones por el artículo 40.3.3 y que la tercera demandante no buscó un derecho al aborto que se extendiera más allá de los parámetros de ese artículo.

261. Asimismo, las conclusiones de la Corte en lo que respecta a la Ley de 2003 explicadas resumidamente en el párrafo 150 *supra* son igualmente aplicables a la tercera demandante. Además, dado que su denuncia no concierne a la falta de información sino más bien la falta de un proceso de toma de decisiones, no es necesario examinar si ella tenía algún recurso para agotar en ese aspecto, en particular, con respecto a la Ley de 1995.

[...]

263. Consecuentemente, la Corte determina que ni la opción de asesoramiento médico ni la de litigación con las que el Gobierno contaba constituían procedimientos efectivos y accesibles que permitieran a la tercera demandante hacer valer su derecho a un aborto en Irlanda. Por lo tanto, la Corte no está obligado a tratar los alegatos adicionales de la tercera demandante concernientes al tiempo, la velocidad, los costos y la confidencialidad de tales procedimientos internos.

264. La Corte considera que la incertidumbre generada por la falta de implementación legislativa del artículo 40.3.3, y más particularmente por la falta de procedimientos efectivos y accesibles para establecer el derecho al aborto bajo esa disposición, ha resultado en una discordancia sorprendente entre el derecho teórico a un aborto legal en Irlanda sobre las bases de un riesgo relevante a la vida de la mujer y la realidad de su implementación práctica (*Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], (...), en párrafos 77-78; y *S. H. and Others v. Austria*, (...), párrafo 74. Ver además Comisionada para los Derechos Humanos, párrafo 110 *supra*).

[...]

d) La conclusión de la Corte con respecto a la tercera demandante

267. Dadas las circunstancias, la Corte rechaza el argumento del Gobierno que asegura que la tercera demandante no logró agotar los recursos internos. También concluye que las autoridades no cumplieron con su obligación positiva de garantizar a la tercera demandante el respeto efectivo de su vida privada debido a la ausencia de regímenes legislativos o regulatorios puestos en práctica que suministraran un procedimiento accesible y efectivo mediante el cual la tercera demandante podría haber determinado si estaba habilitada o no a realizarse un aborto legal en Irlanda de acuerdo con el artículo 40.3.3 de la Constitución.

268. Consiguientemente, la Corte determina que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio.

[...]

POR ESTAS RAZONES, LA CORTE

4. Sostiene por once votos a seis que no hubo una violación del artículo 8 del Convenio, (...) con respecto a la primera y segunda demandantes;

5. Sostiene unánimemente que hubo una violación del artículo 8 del Convenio, (...) con respecto a la tercera demandante;

[...].

VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DE LOS JUECES ROZAKIS, TULKENS, FURA, HIRVELÄ, MALINVERNI Y POALELUNGI

[...]

2. Aclaremos desde el principio que no se apeló a la Corte en este caso para responder la difícil pregunta de “cuándo comienza la vida”. Ése no fue el asunto que se presentó ante la Corte y, sin duda, la Corte no está equipada correctamente para ocuparse efectivamente de eso. El asunto presentado ante la Corte fue si el derecho del feto a la vida, sin tener en cuenta la cuestión de cuándo comienza la vida –antes del nacimiento o no-, puede equilibrarse con el derecho de la madre a la vida, o su derecho a la autonomía y desarrollo personal, y posiblemente se encuentre que era menos importante que los de-

rechos o intereses recién mencionados. Y la respuesta parece ser clara: innegablemente, hay un fuerte consenso entre los Estados Europeos –y volveremos sobre este tema más abajo– con respecto a, sin tener en cuenta la respuesta a la pregunta científica, religiosa y filosófica de cuándo comienza la vida, el derecho a la vida de la madre, y, en la mayoría de las legislaciones de los países, su bienestar y salud, se consideran más importantes que el derecho del feto a la vida.

Ésta nos parece una postura razonable para adoptar para la legislación y práctica europea, dado que los valores protegidos –los derechos del feto y los derechos de una persona viva– son, por su naturaleza, desiguales: por un lado, están los derechos de una persona que ya participa, de forma activa, en la interacción social, y, por el otro, están los derechos del feto, que vive dentro del cuerpo de la madre, cuya vida aún no ha sido determinada definitivamente hasta que el proceso que lleva al nacimiento no se haya completado, y cuya participación en la interacción social aún no ha comenzado. En términos del Convenio, también se puede alegar que los derechos consagrados en ese texto están diseñados principalmente para proteger a los individuos contra actos u omisiones del Estado, mientras éste participa activamente en la vida diaria normal de una sociedad democrática.

Consecuentemente, creemos que la mayoría se equivocó cuando el Estado combinó inapropiadamente en el párrafo 237 del fallo la cuestión del comienzo de la vida (y, como consecuencia, el derecho a la vida), y el margen de apreciación de los Estados con respecto a este asunto, con el margen de apreciación que los Estados tienen a la hora de sopesar el derecho del feto a la vida contra el derecho de la madre a la vida o su derecho a la salud y el bienestar.

3. Cuando llegamos al estudio de proporcionalidad que la Corte tendría que aplicar correctamente en las circunstancias del caso, hay dos elementos que deberían tenerse en consideración y que son muy importantes a la hora de determinar si la interferencia en la vida privada de las dos demandantes estuvo justificada o no: el primero es la existencia de un consenso europeo a favor de permitir el aborto; el segundo son las sanciones suministradas por la ley irlandesa en casos de abortos realizados por razones de salud o bienestar en infracción de la prohibición del aborto en el territorio de Irlanda.

[...]

6. Sin embargo, en este caso, existe un consenso europeo (y, de hecho, uno fuerte). Creemos que ésta será una de las raras veces en la jurisprudencia de la Corte en que

Estrasburgo considere que tal consenso no restringe el amplio margen de apreciación del Estado concerniente; el argumento utilizado es que el hecho de que las demandantes tenían el derecho a “viajar legalmente al exterior para realizarse un aborto con acceso a información y cuidados médicos apropiados en Irlanda” es suficiente para justificar la prohibición al aborto en el país por razones de salud y bienestar, “basado en las profundas posturas morales de los irlandeses en lo concerniente a la naturaleza de la vida” (párrafo 241 *in limine*).

7. Estamos en total desacuerdo con esta conclusión. Aparte del hecho, como enfatizamos arriba, de que tal acercamiento desvía el foco del caso de su asunto central, que es lograr el equilibrio entre el derecho del feto a la vida y el derecho de la madre a la salud y el bienestar, y no la cuestión de cuándo comienza la vida o el margen de apreciación concedido a los Estados con respecto a ese asunto, la mayoría basa su razonamiento en dos premisas disputables: primero, que el hecho de que la ley irlandesa permita el aborto a aquellos que pueden viajar al exterior es suficiente para satisfacer los requerimientos del Convenio que conciernen el derecho de las demandantes al respeto de su vida privada; y, segundo, que el hecho de que los irlandeses tengan profundas posturas morales en lo que respecta a la naturaleza de la vida tiene un impacto en el consenso europeo y lo anula, permitiéndole al Estado disfrutar un amplio margen de apreciación.

8. Con respecto a la primera premisa, el argumento de la Corte parece ser circular. Las denuncias de las demandantes conciernen a su incapacidad para practicarse un aborto en su país de residencia y consideran, correctamente, que viajar al exterior para realizarse un aborto es un proceso que no solo es costoso sino que también conlleva un número de dificultades prácticas muy bien ilustradas en sus observaciones. Por lo tanto, la postura tomada por la Corte sobre el tema no encara el verdadero asunto de interferencia injustificada en la vida privada de las demandantes como resultado de la prohibición del aborto en Irlanda.

9. En cuanto a la segunda premisa, es la primera vez que la Corte ha desconsiderado la existencia de un consenso europeo sobre las bases de “profundas posturas morales”. Incluso si asumimos que estas profundas posturas morales están muy arraigadas en la conciencia de la mayoría de los irlandeses, considerar que eso puede anular el consenso europeo, que se inclina en una dirección completamente diferente, es una nueva desviación real y peligrosa en la jurisprudencia de la Corte. Una jurisprudencia que hasta la fecha no ha distinguido entre creencias morales y de otra índole al determinar el margen de apreciación que puede concedérsele a los Estados en situaciones en las que un consenso europeo está disponible.

[...]

11. Con fundamento en el análisis expuesto anteriormente, queda claro que en las circunstancias del caso ha habido una violación al artículo 8 con respecto a las primeras dos demandantes.

*Corte Europea
de Derechos Humanos*

R.R. vs. Polonia

Demanda N° 27617/04

*Sentencia del
26 de mayo de 2011*



[...]

PROCEDIMIENTO

1. El caso se originó en una demanda (N° 27617/04) contra la República de Polonia presentada el 30 de julio de 2004 ante la Corte bajo el artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (“el Convenio”) por la Sra. R.R, una ciudadana polaca (“la demandante”). El Presidente de la Sala accedió al pedido de la demandante de no divulgar su nombre (Regla 47, párrafo 3 de las Reglas de la Corte).

[...]

3. La demandante alegó que las circunstancias de su caso dieron lugar a violaciones del artículo 8 del Convenio. También invocó el artículo 3 del Convenio. Además, la demandante se quejó conforme el artículo 13 sobre la inexistencia de un recurso efectivo que estuviera a su disposición.

[...]

LOS HECHOS

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

6. La demandante nació en 1973.

7. A principios de diciembre de 2001, la demandante visitó al Dr. S. B. en un hospital en T., en la región que en ese momento estaba cubierta por la Obra Social Regional de Malopolska (que más tarde fue reemplazada por la Obra Social Nacional). Al realizar un ultrasonido, el Dr. S. B. calculó que la demandante se encontraba en su sexta o séptima semana de embarazo.

8. El 2 de enero de 2002, durante la onceava semana de embarazo, la demandante -que en ese momento tenía 29 años, estaba casada y tenía dos hijos- fue internada como paciente embarazada en la clínica local.

9. El 23 de enero y el 20 de febrero de 2002, se realizaron más ecografías, durante las semanas decimocuarta y decimoctava del embarazo de la demandante. Durante la última

cita, el Dr. S. B. descubrió que no podía descartarse la posibilidad de que el feto estuviese afectado por alguna malformación y le informó a la demandante de la situación. La demandante le dijo que deseaba realizarse un aborto en caso de que la sospecha resultara cierta.

[...]

28. El 26 de marzo de 2002, durante la vigésima tercera semana de embarazo, se realizaron estudios genéticos (amniocentesis) y le dijeron a la demandante que tenía que esperar dos semanas los resultados.

[...]

30. El 28 de marzo de 2002, dieron de alta del hospital Łódź a la demandante. El 29 de marzo, antes de que llegaran los resultados, la demandante, desesperada ya que para entonces tenía mucho miedo de que el feto sufriera anomalías genéticas graves, denunció al hospital T., donde presentó un pedido de aborto por escrito. El Dr. G. S. le dijo que no podía tomar una decisión de esa índole por sí mismo. Tenía que hablar con el especialista.

31. El 29 de marzo de 2002, a través de una carta, la demandante pidió al hospital T. que interrumpiera el embarazo, refiriéndose a las provisiones de la Ley de 1993. Pidió que en caso de una respuesta negativa, se hiciera por escrito "lo más rápido posible".

32. El 3 de abril de 2002, la demandante fue al hospital otra vez y le dijeron que el especialista no podía verla porque estaba enfermo. La cita se reprogramó para el 10 de abril de 2002. Ese mismo día, ella escribió una carta de queja al director del hospital T., alegando que no había recibido el tratamiento adecuado y que sentía que los doctores pospusieron intencionalmente las decisiones concernientes a su caso para que ella no pudiera realizarse un aborto dentro del marco temporal suministrado por la ley.

33. El 9 de abril de 2002, pidió nuevamente a los doctores del hospital T. que le realizaran un aborto. Se refirió a los resultados de los estudios genéticos que había recibido ese día. El certificado, establecido por el Profesor K. Sz., confirmaba que el cariotipo indicaba la presencia del síndrome de Turner. El certificado leía:

Con una ecografía se estableció la existencia de una anomalía cromosómica, indicando la presencia de defectos congénitos que pueden tener un serio impacto en el desarrollo normal del niño. Puede concebirse el manejo del caso conforme las provisiones de la Ley de 1993 concernientes a la terminación del embarazo. Una decisión relevante debe tomarse con la debida atención a la opinión de los padres.

Los doctores del hospital T. se rehusaron a realizar el aborto; el Dr. G. S. alegó que era demasiado tarde dado que para esa instancia el feto era capaz de sobrevivir fuera del cuerpo de la madre.

[...]

37. El 11 de julio de 2002, la demandante dio a luz a una beba afectada por el síndrome de Turner.

38. El 31 de julio de 2002, la demandante pidió a las autoridades querellantes que iniciaran procesos penales contra las personas involucradas en el manejo de su caso. Alegó fracaso serio por parte de los doctores, que actuaban como agentes públicos, al momento de salvaguardar sus intereses protegidos por la ley, por no haber realizado estudios prenatales oportunos. Como resultado, a la demandante se le negó información sobre la condición del feto y, consecuentemente, le quitaron la posibilidad de decidir por sí misma si quería o no terminar su embarazo en las condiciones suministradas por la ley, y fue obligada a llevarlo a cabo.

[...]

41. La demandante apeló, quejándose, *inter alia*, de que las autoridades querellantes habían fallado en encarar el problema crítico de si, dadas las circunstancias del caso, se debería haber realizado estudios genéticos para obtener un diagnóstico de la condición del feto. En cambio, la investigación se centró en si la demandante tenía derecho a realizarse un aborto conforme a la ley aplicable.

42. En última instancia, el 2 de febrero de 2004, el tribunal competente confirmó la decisión de las autoridades querellantes. El tribunal sostuvo que los doctores que trabajan en hospitales públicos no tienen la calidad de "servidores públicos", que, en las circunstancias del caso, era un elemento necesario para el cargo de delito de incumplimiento del deber de un servidor público.

43. El 11 de mayo de 2004, la demandante presentó una demanda civil con el Tribunal Regional de Cracovia contra los doctores D. B., G. S. y K. R. y contra los hospitales de Cracovia y T. Alegó que los doctores que manejaron su caso demoraron las decisiones sobre su acceso a los estudios genéticos sin razón alguna y, por lo tanto, habían fracasado en suministrarle información confiable y oportuna con respecto a la condición del feto. También fracasaron en establecer la condición del feto a tiempo para tomar una decisión

informada sobre si debía o no terminar el embarazo. Como resultado de un atraso injustificado en la obtención de información relevante, la demandante había sido despojada de la posibilidad de ejercer una decisión autónoma con respecto a su maternidad.

Además, la demandante sostuvo que las leyes vigentes autorizaban el aborto en situaciones específicas. Sin embargo, ese derecho le había sido negado como resultado de las dificultades en la obtención de acceso oportuno a los estudios genéticos y al atraso prolongado al que fue sometida antes de obtener tal acceso en última instancia.

(...)

La demandante arguyó que las circunstancias en las que la determinación de su acceso a los estudios genéticos había sido decidida habían violado sus derechos personales y dignidad y la habían humillado profundamente. No se había prestado atención alguna a sus opiniones y sentimientos.

También pidió compensaciones por parte del Dr. S. B. por afirmaciones hostiles y despreciativas sobre su persona y conducta realizadas en una entrevista sobre su caso hecha por la prensa. El Dr. S. B. reveló al público detalles concernientes a la salud del feto y de la madre que estaban protegidos por el derecho profesional y le dijo al periodista que la demandante y su esposo eran padres malos e irresponsables.

[...]

46. El 19 de octubre de 2005 el Tribunal Regional de Cracovia recompensó a la demandante con PLN 10,000 contra S. B., al encontrar que en la entrevista publicada en noviembre de 2003, él había revelado información concerniente a la salud y la vida privada de la demandante en relación con su embarazo. También había realizado comentarios irrespetuosos e hirientes con respecto a la conducta y personalidad de la demandante.

47. El Tribunal rechazó los otros cargos que la demandante había presentado contra los doctores G. S. y K. R. y contra los hospitales. (...)

48. El 12 de diciembre de 2005, la demandante apeló. Alegó que (...) en su caso, los doctores S. B., K. R. y G. S. habían opinado que los estudios genéticos eran relevantes para establecer la condición del feto pero no le habían dado la derivación necesaria. (...) Los doctores intentaron pasar a la demandante la responsabilidad por la manera en que se manejó su caso, a pesar del hecho obvio de que la responsabilidad fundamental por el

manejo apropiado de un caso médico recae en ellos como profesionales de la salud. Los doctores también estaban al tanto, como muestra la evidencia que ellos proporcionaron, de que la demandante estaba desesperada, en respuesta a la información de que el feto podía sufrir un desorden genético.

49. La demandante alegó que la conducta de los doctores había violado la ley, en particular la sección 2 (a) de la Ley de 1993 en la medida en que se impone a la autoridades la obligación de asegurar un acceso libre de obstáculos a la información y estudios prenatales, particularmente en casos de riesgo o sospecha de un desorden genético o problema de desarrollo, o de una enfermedad incurable que ponga en riesgo la vida. Por lo tanto, la demandante tenía ese derecho, suministrado claramente por la ley aplicable, pero los acusados no le habían permitido disfrutarlo.

50. El 28 de julio de 2006, la Corte de Apelaciones de Cracovia desechó la apelación de la demandante y mantuvo la sentencia de la primera instancia, aprobando las conclusiones del tribunal inferior.

51. El 11 de julio de 2008 la Corte Suprema le permitió presentar un recurso de casación (...).

La Corte Suprema observó que el reclamo de la demandante se basaba en dos aspectos: primero, en el fracaso de derivarla para que le realizaran los estudios genéticos y, segundo, en la violación de su derecho a tomar una decisión informada, que resultó de ese fracaso.

[...]

54. Por lo tanto, la Corte Suprema consideró que hubo buenas razones para aceptar el hecho de que los doctores que manejaron el caso de la demandante habían violado sus derechos personales conforme el artículo 24 del Código Civil y sus derechos como paciente, que estaban garantizados por la Ley de Instituciones Médicas. Habían estado al tanto de que sólo los estudios genéticos eran capaces de determinar la situación genética del feto, pero de todas formas se rehusaron a derivar a la demandante; en cambio, la mandaron a un hospital a realizarse varios estudios que no eran relevantes para un diagnóstico de esa índole.

Es más, los tribunales inferiores cometieron un error al encontrar que la demandante no había sufrido daño pecuniario como resultado de las acciones de los doctores. Daño de

esa envergadura había sido causado por la angustia, la ansiedad y la humillación que ella había sufrido como resultado de la manera en que se había manejado su caso.

55. (...) Los tribunales inferiores cometieron un error al encontrar que no había una conexión causal entre la conducta de los doctores en el caso de la demandante y el hecho de que ella no había tenido acceso a realizarse un aborto legal. Con respecto a eso, el Tribunal observó que había habido suficiente tiempo para realizar estudios genéticos entre la decimoctava semana del embarazo, momento en el cual surgieron las sospechas, y la vigésimo segunda, cuando el marco temporal para realizar un aborto legal había expirado. Cuando los estudios se llevaron a cabo finalmente, la demandante recibió los resultados dos semanas más tarde. Por lo tanto, los estudios deberían haberse realizado inmediatamente después de que surgieran las sospechas, pero, en cambio, como resultado de que los doctores S. B., G. S. y K. R. no actuaron de inmediato, los estudios se realizaron mucho más tarde.

[...]

57. Por consiguiente, la sentencia tenía que ser anulada y el caso remitido para ser re-examinado completamente.

58. El 30 de octubre de 2008, la Corte de Apelaciones de Cracovia dictó una sentencia (...).

[...]

61. (...) Los acusados eran conscientes de que el tiempo era de fundamental importancia en la disponibilidad de abortos legales, pero fracasaron en la toma de decisiones. Los hospitales son responsables por los actos negligentes de sus empleados en la medida en que era su deber suministrar a la demandante información completa sobre cualquier desorden genético del feto y la manera en que podría afectar su desarrollo y también debían hacerlo a tiempo para que ella se preparara para la posibilidad de dar a luz a un bebé con una afección genética. (...)

[...]

63. Teniendo en cuenta el fracaso de los acusados en respetar los derechos de la demandante, el tribunal recompensó a la demandante con PLN 5.000 contra el hospital T. de St. Lazarus y con PLN 10.000 contra el Hospital Universitario de Cracovia, y desechó el resto de su apelación.

[...]

EL DERECHO

90. La demandante alegó que los hechos de su caso dieron lugar a una violación del artículo 3 del Convenio que, en la medida en que es relevante, establece lo siguiente:

“Nadie debe ser sometido a... tratos inhumanos o degradantes...”

91. La demandante, además, alegó que los hechos de su caso dieron lugar a un incumplimiento del artículo 8 del Convenio. Su derecho a que respeten su vida privada y su integridad psicológica y moral había sido violado por el fracaso de las autoridades de suministrarle acceso a estudios genéticos en el contexto de su incertidumbre con respecto a la posibilidad de que el feto tuviese una afección genética y también por la falta de un marco legal exhaustivo que garantizara sus derechos.

El artículo 8 del Convenio, en la medida en que es relevante, establece lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada (...)”

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

[...]

II. EL FONDO DEL ASUNTO

[...]

A. Alegatos de terceros

1. *Relator Especial sobre el derecho de todas las personas a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.*

122. Dado que la decisión de continuar o interrumpir un embarazo tiene un efecto profundo en la vida privada de una mujer, incluso en su integridad física y moral, cualquier

interferencia con esa decisión debe analizarse a la luz del derecho de la mujer a la privacidad. Eso es cierto, sin importar si la interferencia afecta directa o indirectamente el acceso de la mujer a un aborto legal, al negarle la asistencia médica *sine qua non* que ella necesitaba para ser capaz de tomar una decisión con respecto a la continuación o interrupción de su embarazo. Muchas convenciones internacionales reconocen ampliamente el derecho de la mujer a disfrutar el más alto nivel posible de salud, que incluye el acceso a cuidados reproductivos apropiados. La privacidad era particularmente importante en el caso de la asistencia sexual y reproductiva, que debe suministrarse de manera consistente con el derecho de la mujer a la autonomía personal.

123. El acceso a estudios genéticos prenatales tocó aspectos del derecho a la privacidad relacionados con la salud reproductiva. El acceso a la información fue particularmente importante en el contexto de la salud, dado que los individuos no pueden tomar decisiones coherentes relacionadas con la salud si no tienen acceso a información concerniente a temas de salud. Conocimiento preciso sobre el estado de salud de un individuo era necesario para permitirle a ese individuo entender qué opciones tiene y proteger su integridad corporal al decidir qué tratamiento quiere recibir.

124. Ese derecho a la información se aplica con consideración al estado reproductivo de una mujer, y ese conocimiento es particularmente importante si las mujeres desean empoderarse para preservar su integridad corporal a través de la toma de decisiones sobre su salud reproductiva. Las mujeres embarazadas podrían necesitar acceso a estudios prenatales para obtener información precisa sobre su propia salud y la salud del feto, particularmente en aquellos casos en los que existen otros indicadores de malformación genética. Generalmente, los estudios genéticos constituyen el método más efectivo para detectar defectos genéticos en el feto.

125. Los Estados deben permitirles a los individuos tomar decisiones con respecto a su salud de forma activa e informada. Los estudios genéticos son una fuente importante de información en lo que concierne a la salud del feto. Obstruir el acceso a los estudios necesarios para la toma de decisiones con respecto a la salud reproductiva interfiere con la toma de decisiones de las mujeres que concierne a la salud reproductiva. Sin información sobre la posibilidad de que el feto estuviese saludable o severamente malformado, una mujer no puede tomar decisiones cruciales con respecto al tratamiento prenatal o la continuación del embarazo. Cuando un país permite la realización de un aborto en casos en los que el feto sufre un defecto genético, las mujeres deben tener acceso a los estudios genéticos prenatales para poder ejercer su derecho a tener un aborto legal.

126. Una manera en que los Estados interfieren con el derecho de la mujer a decidir si someterse a un aborto legal es hacer que esos abortos no estén disponibles en la práctica. El Comité de los Derechos Humanos expresó su preocupación con respecto a los Estados que manifiestan su acuerdo a otorgar acceso a las mujeres al aborto legal pero que permiten prácticas que continúan interfiriendo con el verdadero acceso al servicio de aborto.

127. Donde un Estado permite a los proveedores oponerse conscientemente a suministrar servicios de salud, debe asegurar que existan otros procedimientos adecuados que protejan la capacidad de las mujeres de ejercer efectivamente sus derechos conforme el Artículo 8 del Convenio, incluyendo el derecho a realizarse un aborto donde exista la posibilidad de hacerlo legalmente y el derecho a acceder a la información con respecto a su estado de salud.

[...]

B. Supuesta violación del artículo 3 del Convenio

[...]

2. La evaluación de la Corte

a) Principios generales

148. Según la bien establecida jurisprudencia de la Corte, los maltratos tienen que alcanzar un nivel mínimo de gravedad para caer dentro del alcance del artículo 3. La evaluación de este mínimo es relativa; depende de las circunstancias del caso, como la duración del tratamiento, los efectos físicos y psicológicos que provoca y, en algunas instancias, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima (ver, entre otras autoridades, *Price v. the United Kingdom*, N° 33394/96, párrafo 24, ECHR 2001-VII; *Kupczak v. Poland*, N° 2627/09, párrafo 58, 25 de enero de 2011; *Jalloh v. Germany* [GC], N° 54810/00, párrafo ..., ECHR 2006-IX).

149. La Corte ha considerado "inhumano" el trato porque, *inter alia*, fue premeditado, aplicado durante períodos extendidos de tiempo y causó ya sea heridas corporales o sufrimiento físico y mental intenso (ver *Labita, Labita v. Italy* [GC], N° 26772/95, párrafo 120, ECHR 2000-IV).

150. Se considera “degradante” el trato cuando es tan degradante que genera en las víctimas sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarlas y degradarlas (véase, entre otras varias autoridades, *Iwańczuk v. Poland*, N° 25196/94, párrafo 51, 15 de noviembre de 2001; *Wiktorko v. Poland*, N° 14612/02, párrafo 45, 31 de marzo de 2009).

151. Aunque el propósito de tales tratos es un factor para tener en cuenta, particularmente cuando su intención es humillar o degradar a la víctima, la ausencia de ese propósito no lleva inevitablemente a encontrar que ha habido un incumplimiento del artículo 3. Por ejemplo, la Corte encontró violaciones de esa provisión en muchos casos en los que las autoridades encararon pedidos de información de crucial importancia para los demandantes, por ejemplo sobre el paradero y el destino de parientes perdidos, revelando una cruel indiferencia por su vulnerabilidad y angustia (ver, entre otras autoridades, *Kukayev v. Russia*, N° 29361/02, párrafos 102-106; 15 de noviembre de 2007; *Takhayeva and Others v. Russia*, N° 23286/04, párrafos 102-104, 18 de septiembre de 2008).

152. Además, no puede excluirse el hecho de que los actos y omisiones de las autoridades en el campo de la política de salud podrían en algunas circunstancias comprometer su responsabilidad conforme el artículo 3 debido a su fracaso en suministrar tratamiento médico apropiado (ver, por ejemplo, *Powell v. the United Kingdom* (dec.), N° 45305/99, ECHR 2000-V).

b) Aplicación de los principios a las circunstancias del caso

153. Con respecto a las circunstancias del caso, la Corte observa que los resultados de la ecografía realizada durante la decimoctava semana de embarazo de la demandante confirmaron la posibilidad de que el feto estuviese afectado por una malformación no identificada (véase párrafo 9 arriba). Después de esa ecografía, la demandante temió que el feto estuviese afectado por una afección genética: a la luz de los resultados de los estudios, no se puede decir que sus temores no tenían fundamento. La demandante trató en vano, repetidas veces y con perseverancia, a través de numerosas visitas a doctores y de pedidos y quejas hechos por escrito, de obtener acceso a estudios genéticos que le habrían suministrado la información que confirmaría o disiparía sus miedos. Durante semanas le hicieron creer que le realizarían los estudios necesarios. La mandaron varias veces a distintos doctores, clínicas y hospitales lejos de su casa e incluso la internaron durante varios días sin una razón clínica clara (...). La Corte encuentra que la determinación de que la demandante accediera a los estudios genéticos, recomendados por los doctores a la luz de los resultados de la segunda ecografía, fue estropeada por la falta de decisión, confusión y la falta de orientación adecuada e información dada a la demandante.

En última instancia, fue gracias al consejo del Profesor K.Sz, el único doctor que fue comprensivo durante su situación, que la demandante logró ser internada en un hospital en Łódź a través de un subterfugio. Se presentó en ese hospital como una paciente de emergencia y finalmente le realizaron los estudios durante la vigésimo tercera semana de embarazo, el 26 de marzo de 2002. La demandante recibió los resultados el 9 de abril de 2002, dos semanas más tarde.

[...]

156. En ese sentido, la Corte no puede sino notar que la Ley de 1993 que determina las condiciones que permiten la terminación del embarazo prevé expresa y inequívocamente, en el momento oportuno, la obligación del Estado de garantizar el acceso sin trabas a la información y los estudios prenatales. La sección 2 (a) de esa Ley impone esa obligación al Estado y la administración local, particularmente en aquellos casos donde existe la sospecha de afecciones genéticas o desarrollo de problemas. Dicha obligación incluye todos los casos en los que exista una sospecha de esa envergadura con respecto al embarazo, sin que se realice distinción alguna en la Ley basada en la severidad del presunto problema (...).

157. Además, la Corte observa que la Ley de Trabajo Médico prevé claramente y previó en todo momento una obligación general de que los doctores suministren a los pacientes información comprensible sobre su condición, el diagnóstico, los métodos terapéuticos y de diagnóstico propuestos y posibles, las consecuencias previsibles de una decisión a la que tienen derecho, los resultados posibles de la terapia y los pronósticos. De la misma forma, la Ley de Instituciones Médicas, aplicable en todo momento, prevé el derecho de los pacientes a obtener información comprensible sobre su salud (...). Por lo tanto, hubo una serie de provisiones legales inequívocas vigentes en ese momento que especificaban las obligaciones positivas del Estado hacia las mujeres embarazadas con respecto a su acceso a la información sobre la salud de ellas y del feto.

[...]

159. La Corte nota que la demandante se encontraba en una situación de gran vulnerabilidad. Como cualquier otra mujer embarazada en su situación, estaba muy angustiada por la información que indicaba que el feto podía estar afectado por alguna malformación. Por lo tanto, es natural que haya querido obtener tanta información como le fuese posible con el objetivo de averiguar si el diagnóstico inicial era correcto y, de serlo, cuál era la naturaleza exacta del problema. También quería averiguar cuáles eran las opciones que estaban a su disposición. Como resultado de la falta de decisión de los profesionales

de la salud que se describió arriba, la demandante tuvo que soportar semanas de dolorosa incertidumbre con respecto a la salud del feto, de la suya propia y del futuro de su familia y la posibilidad de criar a un hijo que sufre de una enfermedad incurable. Sufrió angustia aguda por pensar en cómo ella y su familia serían capaces de asegurar el bienestar, la felicidad y el cuidado médico apropiado a largo plazo a su hijo. Sus preocupaciones no fueron reconocidas ni encaradas por los profesionales de la salud que manejaban su caso. La Corte enfatiza que pasaron seis semanas entre el 20 de febrero de 2002, cuando la primera ecografía trajo, por primera vez, la sospecha sobre la condición del feto, y el 9 de abril de 2002, cuando la demandante obtuvo finalmente la información que había estado buscando, confirmada gracias a los estudios genéticos. No se le dio ninguna importancia al aspecto temporal del predicamento de la demandante. Ella obtuvo los resultados de los estudios cuando ya era demasiado tarde para tomar una decisión informada con respecto a continuar el embarazo o ejercer su derecho a un aborto legal dado que el límite de tiempo suministrado por la sección 4 (a) del párrafo 2 ya había expirado.

160. La Corte también opina que puede decirse que el sufrimiento de la demandante, antes de conocer los resultados de los estudios y después de ese momento, fue agravado por el hecho de que los servicios de diagnóstico que ella había pedido al principio estuvieron siempre disponibles y que ella tenía derecho a utilizarlos como cuestión de derecho interno.

Es de lamentar que los doctores a cargo de su caso hayan tratado tan pobremente a la demandante. La Corte sólo puede concordar con la opinión de la Corte Suprema polaca en que la demandante fue humillada (ver párrafo 54 arriba).

161. La Corte opina que el sufrimiento de la demandante alcanzó el umbral mínimo de severidad conforme el artículo 3 del Convenio.

[...]

C. Supuesta violación del artículo 8 del Convenio

[...]

3. La evaluación de la Corte

a) Aplicabilidad del artículo 8 del Convenio

[...]

180. La Corte recuerda que la noción de “vida privada” es un concepto muy amplio, que engloba, *inter alia*, el derecho a la autonomía personal y al desarrollo personal (véase ente otras autoridades *Bensaid v. the United Kingdom*, N° 44599/98, párrafo 47, ECHR 2001-I). El Tribunal sostiene que la noción de autonomía personal es un principio importante que subyace la interpretación de sus garantías (véase *Pretty v. the United Kingdom*, N° 2346/02, párrafo 61, ECHR 2002-III). La noción de vida privada concierne los temas de identificación de género, orientación sexual y vida sexual (*Dudgeon v. the United Kingdom*, sentencia del 22 de octubre de 1981, Serie A N° 45, pp. 18-19, párrafo 41, y *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, sentencia del 19 de febrero de 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, p. 131, párrafo 36), integridad física y psicológica de una persona (*Tysiāc v. Poland*, citado arriba, párrafo 107, ECHR 2007-IV). La Corte también sostiene que la noción de vida privada se aplica a las decisiones de tener un hijo o no así como también a la decisión de transformarse en padres (*Evans v. the United Kingdom* [GC], N° 6339/05, párrafo 71, ECHR 2007-IV).

181. Previamente, la Corte encontró, citando con aprobación la jurisprudencia de la anterior Comisión, que la decisión de una mujer embarazada de continuar su embarazo o no pertenece a la esfera de la vida privada y la autonomía. Consecuentemente, la legislación que regula la interrupción del embarazo menciona la esfera de la vida privada, dado que cuando una mujer está embarazada, su vida privada se conecta estrechamente con el feto en desarrollo (Eur.Comm. HR, *Bruggeman and Scheuten v. Germany*, citado arriba; *Boso v. Italy* (dec.), N° 50490/99, ECHR 2002-VII; *Vo v. France* [GC], N° 53924/00, párrafo 76, ECHR 2004-VIII; *Tysiāc*, citado arriba, párrafos 106-107; *A, B and C v. Ireland* [GC], N° 25579/05, párrafo 212, 16 de diciembre de 2010). Queda claro a partir del examen de esos casos que el problema siempre ha sido determinado sopesando varios, y a veces conflictivos, derechos o libertades reclamados por la madre o el padre que actúan conjuntamente o *vis-à-vis* el feto (*Vo v. France*, citado arriba, párrafo 82).

182. La Corte concluye que el artículo 8 del Convenio se aplica a las circunstancias del caso.

b) Principios generales

183. El objetivo esencial del artículo 8 es proteger al individuo de la injerencia arbitraria por parte de autoridades públicas. Cualquier injerencia según el primer párrafo del artículo 8 debe estar justificada en términos del segundo párrafo, a saber, por estar “prevista por la ley” y constituir una medida que, “en una sociedad democrática, sea necesaria” por uno o más de los motivos legítimos allí mencionados. De acuerdo con la jurisprudencia

dencia establecida, la noción de necesidad implica que la injerencia corresponda a una necesidad social acuciante y, en particular, que sea proporcional a uno de los motivos legítimos perseguidos por las autoridades (véase, entre otros, *Olsson v. Sweden* (Nº 1), sentencia de 24 de marzo de 1988, Serie A Nº 130, párrafo 67).

184. Asimismo, también pueden existir obligaciones positivas inherentes al “respeto” efectivo por la vida privada. Esas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas pensadas para garantizar el respeto de la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones entre individuos, entre las que se incluye tanto la disposición de un marco regulatorio de mecanismos contenciosos y de aplicación, que protejan los derechos de los individuos, como la implementación, cuando sea apropiado, de medidas específicas (véase, entre otros, *X and Y v. the Netherlands*, sentencia de 26 de marzo de 1985, Serie A Nº 91, p. 11, párrafo 23).

185. Previamente, la Corte había decretado que los Estados se encontraban bajo la obligación positiva de garantizarles a sus ciudadanos el derecho a un respeto efectivo por su integridad física y fisiológica (*Glass v. the United Kingdom*, Nº 61827/00, párrafos 74-83, ECHR 2004-II; *Sentges v. the Netherlands* (dec.) Nº 27677/02, 8 de julio de 2003; *Pentiacova and Others v. Moldova* (dec.), Nº 14462/03, ECHR 2005-...; *Nitecki v. Poland* (dec.), Nº 65653/01, 21 de marzo de 2002; *Odièvre v. France* [GC], citado arriba, párrafo 42). Asimismo, esas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas, incluyendo la provisión de un método accesible y efectivo de proteger el derecho a una vida privada (*Airey v. Ireland*, 9 de octubre de 1979, párrafo 33, Series A Nº 32; *McGinley and Egan v. the United Kingdom*, 9 de junio de 1998, párrafo 101, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III; y *Roche v. the United Kingdom* [GC], Nº 32555/96, párrafo 162, ECHR 2005-X) entre las que se incluye tanto la disposición de un marco regulatorio de mecanismos contenciosos y de aplicación, que protejan los derechos de los individuos, como la implementación, cuando sea apropiado, de medidas específicas en el marco del aborto (*Tysiāc v. Poland*, citado arriba, párrafo 110; *A, B and C v. Ireland* [GC], citado arriba, párrafo 245).

186. La Corte ya sostuvo que la cuestión de cuándo comienza el derecho a la vida entra dentro del margen de apreciación del cual, generalmente, la Corte considera que los Estados deberían gozar en ese ámbito, pese a la interpretación evolutiva del Convenio, siendo un “instrumento vivo que se debe interpretar a la luz de las condiciones de hoy en día” (ver, entre otros, *E.B. v. France* [GC], Nº 43546/02, párrafo 92, ECHR 2008-...). Las razones por las cuales se alcanzó esa decisión incluyen la cuestión de que una protección de esa envergadura aún no se ha resuelto en la mayoría de los Estados Contratantes y de

que no hay un consenso europeo en la definición científica y legal sobre el comienzo de la vida (*Vo v. France*, citado arriba, párrafo 82). Sin embargo, la Corte considera que de hecho existe un consenso entre una mayoría substancial de los Estados Contratantes del Consejo Europeo que se inclina hacia la opción de permitir el aborto y que la mayoría de las Partes Contratantes han resuelto en sus legislaciones los derechos contradictorios del feto y de la madre en favor de un mayor acceso al aborto (ver *(A, B and C v. Ireland* [GC], citado arriba, 16 de diciembre de 2010, párrafos 235 y 237).

Dado que los derechos reclamados en nombre del feto y aquellos de la madre están conectados inextricablemente, el margen de apreciación asignado a la protección de la persona nonata otorgada por el Estado se traduce necesariamente a un margen de apreciación para ese Estado sobre cómo debe equilibrar los derechos contradictorios de la madre. En ausencia de un enfoque común de esa índole concerniente al comienzo de la vida, la revisión de soluciones nacionales legales según se aplicaron a las circunstancias de casos individuales es de particular importancia también para la evaluación de si se ha mantenido un equilibrio justo entre los derechos del individuo y el interés público (ver también, para un enfoque de ese tipo, *A, B, and C* citado arriba, párrafo 214).

187. Además, como en el marco de la obligación negativa, el Estado goza de un cierto margen de apreciación (ver, entre otros, *Keegan v. Ireland*, sentencia del 26 de mayo de 1994, Series A N° 290, párrafo 49). Mientras que se le asigna un amplio margen de apreciación al Estado con respecto a las circunstancias en las que se permitirá el aborto en un Estado, una vez que se toma esa decisión, el marco legal diseñado para ese propósito debe ser “desarrollado de una manera coherente que permita tener en cuenta los distintos intereses legítimos implicados adecuadamente y en conformidad con las obligaciones derivadas del Convenio” (*A, B and C v. Ireland* [GC], citado arriba, párrafo 249).

188. La Corte observa el alegato de la demandante según el cual el no permitirle acceso oportuno a los estudios genéticos prenatales se considera una interferencia con sus derechos garantizados por el artículo 8. Además, la Corte encuentra que la prohibición de terminar embarazos por razones de salud y/o bienestar se considera una interferencia con el derecho de las demandantes al respeto por sus vidas privadas (ver *A., B., and C. v. Ireland*, citado arriba, párrafo 216).

Sin embargo, en el presente caso, la Corte se enfrenta con una combinación particular de un derecho general de acceso a la información sobre la salud propia de un individuo con el derecho a decidir sobre la continuación de un embarazo. La conformidad con la obligación positiva del estado de asegurarles a sus ciudadanos su derecho a un respeto

efectivo por su integridad física y psicológica podría necesitar, a su vez, la adopción de regulaciones concernientes al acceso a la información sobre la salud de un individuo (*Guerra and Others v. Italy*, 19 de febrero de 1998, párrafo 60, *Reports* 1998-I; *Roche v. the United Kingdom* [GC], N° 32555/96, párrafo 155, ECHR 2005-X; *K.H. and Others v. Slovakia*, N° 32881/04, párrafos 50-56, ECHR 2009-... (extractos)). Por lo tanto, y dado que la naturaleza del derecho a decidir sobre la continuación del embarazo no es absoluta, la Corte considera que es más apropiado examinar las circunstancias del caso de la demandante desde el punto de vista de las obligaciones positivas del Estado demandando que surgen conforme esa provisión del Convenio. (ver, *mutatis mutandis*, *Tysiąg v. Poland*, citado arriba, párrafo 108).

189. Los límites entre las obligaciones positivas y negativas del Estado bajo esta disposición no se prestan a definiciones precisas. Sin embargo, los principios aplicables son similares. Tanto en los contextos negativos como en los positivos, debe tenerse en cuenta el justo equilibrio que ha de lograrse entre los intereses en pugna del individuo y de la comunidad como un todo; asimismo, en ambos contextos el Estado goza de cierto margen de apreciación (véanse, entre otros, *Keegan v. Ireland*, sentencia del 26 de mayo de 1994, Serie A N° 290, p. 19, párrafo 49; y *Róžański v. Poland*, N° 55339/00, párrafo 61, 18 de mayo de 2006). Mientras que las regulaciones del Estado sobre el aborto se relacionan con el equilibrio tradicional entre el interés público y el privado, deben -en caso de un aborto terapéutico- evaluarse contra las obligaciones positivas del Estado para asegurar la integridad física de las futuras madres (ver *Tysiąg v. Poland*, citado arriba, párrafo 107).

190. La noción de “respeto” no es del todo clara, especialmente en lo que respecta a esas obligaciones positivas: habiendo considerado la diversidad de las prácticas seguidas y las distintas situaciones en los Estados Contratantes, los requisitos de tal noción pueden variar considerablemente de un caso a otro. No obstante, para la evaluación de las obligaciones positivas del Estado debe tenerse en cuenta que el estado de derecho, uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática, es inherente a todos los artículos del Convenio (ver, por ejemplo, *Armoniené v. Lithuania*, N° 36919/02, párrafo 38, 25 de noviembre de 2008; *Zehnalová and Zehnal v. the Czech Republic* (dec.), N° 38621/97, ECHR 2002-V). El cumplimiento de los requisitos impuestos por el estado de derecho presupone que las normas del derecho interno deben proveer cierta protección legal contra las injerencias arbitrarias en los derechos garantizados por el Convenio (ver *Malone v. the United Kingdom*, sentencia del 2 de agosto de 1984, Serie A N° 82, p. 32, párrafo 67; *Segerstedt-Wiberg and Others v. Sweden*, N° 62332/00, párrafo 76, ECHR 2006-VII).

191. Finalmente, la Corte reitera que en la evaluación del presente caso debe tenerse en cuenta que el Convenio no fue concebido para garantizar derechos teóricos o ilusorios sino derechos prácticos y efectivos (véase *Airey v. Ireland*, sentencia del 9 de octubre de 1979, Serie A N° 32, p. 12-13, párrafo 24). Si bien el artículo 8 no contiene requisitos explícitos de procedimiento, es importante para el goce efectivo de los derechos garantizados por esa disposición, asegurar que el proceso pertinente de la toma de decisiones sea justo y preste el debido respeto a los intereses por él garantizados. Habiendo considerado las circunstancias particulares del caso y, en particular, la naturaleza de las decisiones por tomarse, lo que debe determinarse es si un individuo ha estado involucrado en el proceso de la toma de decisiones -visto como un todo- a un grado tal que se le haya otorgado la protección necesaria de sus derechos (ver, *mutatis mutandis*, *W. v. the United Kingdom*, sentencia del 8 de julio de 1987, Serie A N° 121, pp. 28-29, párrafos 62 y 64). La Corte ya ha mantenido que en el marco del acceso a un aborto un procedimiento pertinente debería garantizarle a la mujer embarazada por lo menos la posibilidad de ser escuchada en persona y que se consideren sus opiniones. El organismo o persona competente también debería emitir fundamentos por escrito sobre su decisión (ver *Tysiāc v. Poland*, citado arriba, párrafo 117).

c) Conformidad con el Artículo 8 del Convenio

192. Al examinar las circunstancias del presente caso, la Corte debe tener en cuenta el contexto general. Señala que la Ley de 1993 especifica situaciones en las que el aborto está permitido. Un médico que interrumpe un embarazo infringiendo las condiciones especificadas en esa Ley es culpable de un delito penal penado con hasta tres años de prisión (...).

193. La Corte también señala que la prohibición legal sobre el aborto en Polonia, junto con el riesgo de incurrir en responsabilidad penal según el artículo 156 párrafo 1 del Código Penal, bien pudo haber tenido un efecto intimidante sobre los médicos al momento de decidir si se cumplían los requisitos para el aborto legal en ese caso particular (ver *Tysiāc v. Poland*, N° 5410/03, párrafo 116, ECHR 2007-IV). Además observa que en las circunstancias del presente caso eso también se sustenta por el hecho de que se le pidió al abogado del hospital T. que diera una opinión sobre los pasos que deberían darse con el objetivo de asegurar que se respetaran las condiciones de la Ley de 1993 concernientes a la disponibilidad del aborto. La Corte sostiene que las disposiciones que regulan la disponibilidad del aborto legal deberían formularse de manera tal que se paliara ese efecto intimidante.

194. La Corte también señala que en su quinto informe periódico al Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR, por sus siglas en inglés), pertinente para la evaluación de las circunstancias dadas en el momento pertinente, el Gobierno polaco reconoció, *inter alia*, que habían existido deficiencias en el modo en que se había aplicado la Ley de 1993 en la práctica (...). Además, señala la preocupación expresada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer con respecto al acceso de las mujeres a los servicios de salud reproductiva y al aborto legal en Polonia (...).

195. La Corte señala que en su sentencia del caso *Tysiąg v. Poland*, a la que se hace referencia arriba, remarca aún más la importancia de brindar garantías de procedimiento relativas a la implementación de la Ley de 1993 en aquellas situaciones en las que una mujer embarazada tenía fundamentos objetivos para temer que el embarazo y el parto podrían tener un impacto negativo sobre su salud. En ese caso, la Corte sostuvo que la ley polaca no tenía ningún mecanismo efectivo de procedimiento capaz de determinar si existían las condiciones para obtener un aborto legal en base a los fundamentos de peligro a la salud de la madre que podría presentar el embarazo, o de encarar los miedos legítimos de la madre (ver *Tysiąg v. Poland*, citado arriba, párrafos 119 – 124, ECHR 2007-IV).

196. La Corte distingue ciertas diferencias entre las cuestiones concernientes en el caso *Tysiąg v. Poland* y aquellas que se examinarán en el marco del presente caso, en el cual la demandante buscó persistentemente pero sin éxito obtener acceso a estudios genéticos prenatales. No es el acceso al aborto lo que se encuentra principalmente en cuestión, sino esencialmente el acceso oportuno al servicio de diagnóstico médico que, a su vez, haría posible determinar si las condiciones para obtener un aborto legal se aplicaban a la situación de la demandante o no. Por lo tanto, el punto de partida para el análisis de la Corte es la cuestión del acceso que tiene un individuo a la información sobre su salud.

197. En la opinión de la Corte, al caer el derecho al acceso a esa información dentro del ámbito de la noción de vida privada, puede decirse que, por un lado, se compromete el derecho a obtener información disponible sobre la condición propia del individuo. La Corte también considera que, durante el embarazo, la condición y salud del feto constituyen elementos de la salud de la mujer (ver Comisión Europea de Derechos Humanos, *Bruggeman and Schouten v. Germany*, citado arriba, párrafo 59, *mutatis mutandis*). Generalmente, el ejercicio efectivo de ese derecho es decisivo para la posibilidad de ejercer la autonomía personal, también cubierta por el artículo 8 del Convenio (*Pretty v. the United Kingdom*, citado arriba, párrafo 61, ECHR 2002-III), ya que el individuo decide, en base a esa información, sobre las futuras circunstancias pertinentes para su calidad de

vida (por ejemplo, al no dar el consentimiento para un tratamiento médico o al pedir una forma dada de tratamiento).

La importancia del acceso oportuno a la información relacionada con la condición de un individuo se aplica con particular fuerza a las situaciones en las que ocurren desarrollos veloces en la condición de un individuo y su capacidad de tomar decisiones relevantes se ve, por lo tanto, reducida. Así, en el marco del embarazo, el acceso efectivo a información pertinente sobre la salud de la madre y del feto, donde la legislación permite el aborto en determinadas situaciones, es directamente pertinente para el ejercicio de la autonomía personal.

198. En el presente caso, el problema esencial era precisamente el del acceso a procedimientos médicos, permitiéndole a la demandante obtener información completa sobre la salud del feto.

Mientras que el Convenio no garantiza como tal el derecho al cuidado médico gratuito o a servicios específicos de salud, la Corte ha mantenido que en un número de casos el artículo 8 es pertinente a los reclamos sobre la disponibilidad insuficiente de servicios de salud (*Nitecki v. Poland* (dec.), citado arriba; *Pentiacova and Others v. Moldova* (dec.), citado arriba). El presente caso se diferencia de otros casos donde las demandantes se quejaron sobre la negación o las dificultades de obtener acceso a determinados servicios de salud por razones de fondos o disponibilidad insuficientes. La Corte también ha encontrado que no se ha discutido, aún menos mostrado, que existían razones objetivas por las que los estudios genéticos no se llevaron a cabo inmediatamente después de que surgieran las sospechas sobre la condición del feto sino luego de una demora prolongada (...). Las dificultades experimentadas por la demandante parecen haber sido causadas, en parte, por la reticencia de algunos doctores involucrados a realizar una derivación y también por una cierta confusión organizativa y administrativa en el sistema de salud en ese momento en lo que respecta al procedimiento aplicable en casos de pacientes que buscan los servicios disponibles fuera de su región particular, de la que era en ese momento la Obra Social, y las modalidades de reembolso de los costos contraídos en conexión con esos servicios existentes entre las regiones.

199. La Corte enfatiza la pertinencia de la información que la demandante trató de obtener a través de los estudios genéticos en relación con la decisión de continuar su embarazo. La Ley de 1993 permite llevar a cabo un aborto antes de que el feto sea capaz de sobrevivir fuera del cuerpo de la madre si los estudios prenatales u otras conclusiones médicas indican que existe un riesgo alto de que el feto esté severa e irreversiblemente

dañado o sufra de una enfermedad incurable que amenace su vida. Por lo tanto, el acceso a información completa y confiable sobre la salud del feto no es sólo importante para el consuelo de la mujer embarazada sino también un requisito esencial para que surja una posibilidad, avalada por la ley, de realizarse un aborto.

200. En ese marco, la Corte reitera su conclusión hecha en el caso de *Tysiāc v. Poland* de que una vez que el Estado, actuando dentro de los límites del margen de apreciación al que se hizo referencia arriba, adopta normativas legales que permiten el aborto en determinadas situaciones, no debe estructurar su marco legal de forma tal que limite las posibilidades de obtenerlo. En particular, el Estado está bajo la obligación positiva de crear un marco de procedimiento que permita a una mujer embarazada ejercer su derecho al acceso de un aborto legal (*Tysiāc v. Poland*, N° 5410/03, párrafos 116 - 124, ECHR 2007-IV). En otras palabras, si el derecho interno permite el aborto en casos de malformación fetal, debe existir un marco legal y de procedimiento adecuado para garantizar que la información pertinente, completa y confiable sobre la salud del feto esté disponible para las mujeres embarazadas.

201. En el presente caso, la Corte reitera que pasaron seis semanas entre la fecha cuando surgieron las primeras sospechas concernientes a la salud del feto y la confirmación de esas sospechas a través de estudios genéticos (ver también párrafo 152 arriba).

202. La Corte remarca que no es su función cuestionar el juicio clínico de los doctores (ver *Glass v. the United Kingdom*, citado arriba). Por lo tanto, no le corresponde a la Corte embarcarse en un intento por determinar la severidad de la condición con la que los doctores sospecharon que el feto estaba afectado o si esa presunta condición podría haber autorizado a la demandante a disponer de un aborto legal conforme las disposiciones de la sección 4 (a) de esa Ley. En la opinión de la Corte, eso es completamente irrelevante para la evaluación del caso en cuestión, dado que la obligación legal de asegurar el acceso a estudios genéticos prenatales surgió conforme a las disposiciones de la Ley de 1993 sin tener en cuenta la naturaleza y severidad de la presunta condición (...).

203. La Corte observa que la naturaleza misma de las cuestiones involucradas en la decisión de interrumpir un embarazo es tal que el factor tiempo es de una importancia crítica. Por lo tanto, los procedimientos implementados deberían asegurar que tales decisiones se tomen a tiempo. En la opinión de la Corte, existió suficiente tiempo entre la decimotava semana del embarazo, cuando surgió la primera sospecha, y la vigésimo segunda semana, etapa del embarazo en la que se acepta generalmente que el feto es capaz de sobrevivir fuera del cuerpo de la madre y se considera el tiempo límite para un aborto

legal, para llevar a cabo los estudios genéticos. La Corte observa que la Corte Suprema criticó la conducta de los profesionales médicos involucrados en el caso de la demandante y la falta de decisión mostrada al decidir si se le daba a la demandante una derivación para que le realizaran los estudios genéticos. Una evaluación tan crítica por parte de la más alta autoridad judicial interna es ciertamente, en la opinión de la Corte, pertinente para la evaluación total de las circunstancias del caso.

204. Como resultado, la demandante fue incapaz de obtener un diagnóstico de la condición del feto, que fue establecida con la seguridad necesaria a través de estudios genéticos dentro del tiempo límite para que la opción del aborto fuese aún una opción legal para ella.

205. En la medida en que el Gobierno arguyó que en el presente caso el acceso a estudios genéticos estaba conectado estrechamente, al punto de ser idéntico, con el acceso al aborto (...), la Corte observa que los estudios genéticos prenatales tienen varios propósitos y no deberían asociarse con animar a las mujeres a obtener un aborto. Primero, esos estudios pueden disipar la sospecha de que el feto estaba afectado por alguna malformación; segundo, una mujer que lleva el feto en cuestión puede elegir llevar a término el embarazo y tener el bebé; tercero, en algunos casos (aunque no en el presente caso), el diagnóstico prenatal de una enfermedad posibilita el comienzo del tratamiento prenatal; cuarto, incluso en el caso de un diagnóstico negativo, los resultados le dan a la mujer y a su familia tiempo para prepararse para el parto de un bebé afectado por una enfermedad, en términos de orientación y saber sobrellevar el estrés causado por un diagnóstico de ese tipo. Además, la Corte enfatiza que la Ley de 1993 prevé claramente la posibilidad del aborto en casos de ciertas malformaciones. No se discute que algunas de esas malformaciones sólo pueden ser detectadas a través de estudios genéticos prenatales. Por lo tanto, el argumento del Gobierno ha fracasado en convencer a la Corte.

206. En la medida en que el Gobierno se refirió en sus alegatos al derecho de los médicos a rehusar prestar determinados servicios por razones de conciencia y se refirió al artículo 9 del Convenio, la Corte reitera que la palabra "práctica" usada en el párrafo 1 del artículo 9 no denota cada acto o forma de comportamiento motivado o inspirado por una religión o creencia (ver *Pichon and Sajous v. France* (dec.), N° 49853/99, ECHR 2001-X). Para la Corte, los Estados están obligados a organizar el sistema de los servicios de salud de manera tal que aseguren que un ejercicio efectivo de la libertad de conciencia de los profesionales de la salud en el marco profesional no impida que los pacientes obtengan acceso a los servicios a los que tienen derecho conforme la legislación pertinente.

207. La Corte también señala que el Gobierno hizo referencia a la Ordenanza del Ministerio de Salud del 22 de enero de 1997 (...), arguyendo que preveía un procedimiento que determinara las decisiones concernientes al aborto. Sin embargo, la Corte ya ha sostenido que la Ordenanza no dispone ningún marco de procedimiento para abordar y resolver las controversias entre la mujer embarazada y los médicos o entre los médicos mismos con respecto a la disponibilidad del aborto legal en un caso particular (ver *Tysiąg v. Poland*, citado arriba, párrafo 121).

208. La Corte concluye que no se ha demostrado que el derecho polaco en lo concerniente al caso de la demandante contenga algún mecanismo efectivo que le hubiese permitido a la demandante buscar acceso a un servicio de diagnóstico, decisivo para la posibilidad de ejercer su derecho a tomar una decisión informada con respecto a buscar un aborto o no.

209. En la medida en que el Gobierno confió en que los instrumentos del derecho civil eran capaces de encarar la situación de la demandante, la Corte ya sostuvo que en el marco del caso *Tysiąg v. Poland*, citado arriba, las disposiciones del derecho civil, según se aplican en los tribunales polacos, no le suministraron a la demandante un instrumento de procedimiento con el que podría haber reivindicado su derecho al respeto por la vida privada. El recurso del derecho civil fue sólo de carácter retroactivo y compensatorio. La Corte opinó que tales medidas retrospectivas no son suficientes por sí solas para proveer la protección apropiada a los derechos personales de una mujer embarazada en el marco de una controversia con respecto a la determinación del acceso a un aborto legal y enfatizó la vulnerabilidad de la posición de la mujer en tales circunstancias (ver *Tysiąg v. Poland*, N° 5410/03, párrafo 125, ECHR 2007-IV). Dada la naturaleza retrospectiva y compensatoria del derecho civil, la Corte no logra ver ningún fundamento sobre el cual se podría alcanzar una conclusión diferente en el presente caso.

Por lo tanto, considera que no se ha demostrado que el derecho polaco contenga algún mecanismo efectivo que le hubiese permitido a la demandante tener acceso al servicio de diagnóstico disponible y tomar, a la luz de los resultados, una decisión informada con respecto a buscar un aborto o no.

210. Consecuentemente, la Corte considera que ni la consulta médica ni las opciones de litigar en las que confió el Gobierno constituyeron procedimientos efectivos y accesibles que habrían permitido a la demandante establecer su derecho a un aborto legal en Polonia. La incertidumbre generada por la falta de implementación legislativa del artículo 4 (a)

1.2 de la Ley de Planificación Familiar de 1993, y en particular de la falta de procedimientos efectivos y accesibles para establecer el derecho a un aborto conforme esa disposición, ha resultado en una discordia sorprendente entre el derecho teórico a practicarse un aborto legal en Polonia basado en fundamentos a los que se hizo referencia en esa disposición y la realidad de su implementación práctica (*Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], citado arriba, en párrafos 77-78; y *S. H. and Others v. Austria*, citado arriba, en párrafo 74, *mutatis mutandis*; *A, B and C v. Ireland* [GC], N° 25579/05, párrafos 263-264, 16 de diciembre de 2010).

211. Por lo tanto, habiendo considerado las circunstancias del caso en su totalidad, no puede afirmarse que, mediante la implementación de procedimientos legales que posibilitan reivindicar sus derechos, el Estado polaco haya cumplido con las obligaciones positivas de garantizar el respeto a la vida privada de la demandante en el marco de una controversia sobre si ella debería haber tenido acceso a, primero, estudios genéticos prenatales y, subsecuentemente, a un aborto, si la demandante hubiese elegido esa opción.

212. Por lo tanto, la Corte no hace lugar a la objeción preliminar del Gobierno concerniente al litigio civil como un recurso efectivo. Además, habiendo considerado las circunstancias del caso en su totalidad, la Corte encuentra insuficiente la compensación hecha por las cortes internas en los procedimientos civiles por las violaciones alegadas por la demandante (...). En consecuencia, no hace lugar a la objeción preliminar del Gobierno de que la demandante había perdido su estatus como víctima de una violación del artículo 8 del Convenio.

213. La Corte reitera que la implementación efectiva del artículo 4 (a) 1.2 de la Ley de Planificación Familiar de 1993 necesitaría garantizar el acceso de las mujeres embarazadas a servicios de diagnóstico que harían posible establecer o disipar el hecho de que el feto estuviese afectado por alguna enfermedad. La Corte ya ha encontrado que en el presente caso no se ha establecido que esos servicios no estuviesen disponibles. Además, en la opinión de la Corte, no puede considerarse que una implementación efectiva de las disposiciones de la Ley de 1993 impone una carga significativa en el Estado Polaco, dado que haría que el derecho al aborto ya acordado en esa Ley fuera operacional en determinadas circunstancias definidas de forma limitada, incluyendo algunos casos de malformación fetal (*A, B and C v. Ireland* [GC], citado arriba, párrafo 261, *mutatis mutandis*). Mientras que no le corresponde la Corte indicar los medios más apropiados para que el Estado cumpla con sus obligaciones positivas (*Airey v. Ireland* sentencia, párrafo 26; citada arriba), la Corte observa que la legislación en varios Estados Contratantes ha especificado las condiciones que determinan el acceso efectivo a un aborto legal y puesto

en práctica varios procedimientos procesales e institucionales (*Tysięc v. Poland* sentencia, párrafo 123).

214. La Corte concluye que las autoridades no lograron cumplir con sus obligaciones positivas de garantizarle a la demandante un respeto efectivo por su vida privada y que, por lo tanto, hay una violación del artículo 8 del Convenio.

[...]

POR ESTAS RAZONES, LA CORTE

[...]

2. Sostiene por seis votos a uno que ha existido una violación del artículo 3 del Convenio;

3. Sostiene por seis votos a uno que ha existido una violación del artículo 8 del Convenio;

[...].

*Comité para la
Eliminación de la Discriminación
contra la Mujer*

A. S. vs. Hungría

Comunicación N° 4/2004

*Decisión del
14 de agosto del 2006*



[...]

OPINIÓN EMITIDA A TENOR DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 7 DEL PROTOCOLO FACULTATIVO

1.1 La autora de la comunicación de fecha 12 de febrero de 2004 es la Sra. A. S., mujer *romaní* de nacionalidad húngara, nacida el 5 de septiembre de 1973. Alega que fue sometida a esterilización forzada por el personal médico de un hospital húngaro. Representan a la autora el Centro Europeo de Derechos de los Romaníes, organización reconocida como entidad de carácter consultivo especial por el Consejo Económico y Social, y la Oficina de Defensa Jurídica de las Minorías Nacionales y Étnicas, una organización con sede en Hungría. La Convención y su Protocolo Facultativo entraron en vigor en el Estado Parte el 3 de septiembre de 1981 y el 22 de marzo de 2001, respectivamente.

Los hechos expuestos por la autora

2.1 La autora es madre de tres hijos. El 30 de mayo de 2000 se sometió a un reconocimiento médico en el que se enteró de que estaba embarazada y que la fecha estimada de parto era el 20 de diciembre de 2000. Durante ese intervalo de tiempo, la autora se atuvo a los oportunos cuidados prenatales y acudió a todas las citas concertadas con la enfermera de distrito y el ginecólogo. El 20 de diciembre de 2000, la autora se presentó en la maternidad del Hospital Fehérgyarmat. Allí fue examinada, se le informó de que estaba embarazada de 36 ó 37 semanas y se le pidió que regresara cuando entrara en trabajo de parto.

2.2 El 2 de enero de 2001, la autora empezó a sentir las contracciones del parto, y se le rompió el saco amniótico. Ello vino acompañado de una pérdida de sangre abundante. Una ambulancia la trasladó en una hora al Hospital Fehérgyarmat. Al examinar a la autora, el médico que la atendió constató que el feto (se utilizó el término “embrión”) había fallecido en el útero y le dijo que había que realizar una cesárea inmediatamente para extraer el feto sin vida. Mientras la autora estaba en la mesa de operaciones, se le pidió que firmara un formulario de consentimiento para la cesárea. La autora firmó dicho consentimiento, así como una nota escasamente legible que había sido escrita a mano por el médico y añadida al pie del formulario, que rezaba:

“Habiendo sido informada de la muerte del embrión dentro de mi útero, solicito firmemente mi esterilización [se utilizó un término del latín desconocido para la autora]. No tengo intención de volver a dar a luz, ni deseo quedar embarazada.”

El médico que la atendió y la partera firmaron el mismo formulario. La autora también firmó declaraciones de consentimiento para una transfusión de sangre y para la anestesia.

2.3 Los registros hospitalarios muestran que dentro de los 17 minutos siguientes a la llegada de la ambulancia al hospital, se realizó la cesárea, se extrajeron la placenta y el feto muerto y se ligaron las trompas de Falopio de la autora. Antes de irse del hospital, la autora pidió al médico que le informara sobre su estado de salud y sobre cuándo podría intentar tener otro bebé. Sólo en ese momento se enteró del significado de la palabra “esterilización”. Los registros médicos también indican las precarias condiciones de salud de la autora a su llegada al centro hospitalario. Se sentía mareada cuando llegó, sangraba más de lo habitual en estos casos y se encontraba en un estado de conmoción emocional.

2.4 La autora afirma que la esterilización ha tenido profundas repercusiones en su vida, razón por la cual ella y su pareja han recibido tratamiento médico para superar la depresión. Alega que ella nunca habría estado de acuerdo con la esterilización, ya que tiene unas profundas convicciones religiosas católicas que prohíben el uso de métodos anti-conceptivos de cualquier índole, incluida la esterilización. Además, ella y su pareja viven de acuerdo con las costumbres *romaníes* tradicionales, según las cuales la procreación es un elemento central del sistema de valores de las familias *romaníes*.

2.5 El 15 de octubre de 2001, una abogada de la Oficina de Defensa Jurídica de las Minorías Nacionales y Étnicas presentó una demanda civil en nombre de la autora contra el Hospital Fehérgyarmat en la que solicitaba, entre otras cosas, que el Tribunal Municipal de Fehérgyarmat decretara que el hospital había violado los derechos civiles de la autora. Alegaba también que el hospital había actuado con negligencia al haber esterilizado a la autora sin obtener previamente su consentimiento pleno e informado. Se reclamaba una indemnización por daños y perjuicios patrimoniales y no patrimoniales.

2.6 El 22 de noviembre de 2002, el Tribunal Municipal de Fehérgyarmat rechazó la demanda de la autora, pese a determinar que había habido cierta negligencia por parte de los médicos, que habían incumplido determinadas disposiciones legales; concretamente, no habían informado a la pareja de la autora acerca de la intervención y sus posibles consecuencias, ni se habían obtenido las partidas de nacimiento de los hijos vivos de la autora. El Tribunal consideró que en el caso de la autora habían primado las consideraciones médicas, que se había informado a la autora sobre su esterilización y que se le había proporcionado toda la información pertinente de manera comprensible para ella. El Tribunal determinó también que la autora había dado el debido consentimiento. Además, el Tribunal consideró “en parte una circunstancia atenuante con respecto a la

negligencia del demandado el hecho de que, con el consentimiento de la autora, los médicos hubieran practicado la esterilización con especial premura, de manera simultánea a la cesárea”.

2.7 El 5 de diciembre de 2002, la abogada interpuso un recurso de apelación en nombre de la autora ante el Tribunal del Condado de Szabolcs-Szatmár-Bereg contra la decisión del Tribunal Municipal de Fehérgyarmat.

2.8 El 12 de mayo de 2003, el recurso de apelación de la autora fue rechazado. El Tribunal de Segunda Instancia determinó que, pese a que en el apartado a) del párrafo 4 del artículo 187 de la Ley de salud de Hungría se preveía la práctica de la esterilización en circunstancias excepcionales, esa intervención no era una medida destinada a salvar vidas, por lo que se debería haber obtenido el consentimiento con conocimiento de causa de la autora. El Tribunal de Segunda Instancia determinó también que los médicos habían incurrido en negligencia al no haber proporcionado a la autora información detallada (acerca del método seguido en la operación, los riesgos inherentes a la intervención y otros procedimientos o métodos alternativos, incluidos otros métodos anticonceptivos) y que, de por sí, el consentimiento por escrito de la autora no excluía la responsabilidad del hospital. No obstante, el Tribunal de Segunda Instancia rechazó la apelación por considerar que la autora no había demostrado que sufriera una discapacidad permanente ni que hubiera una relación de causalidad entre la discapacidad y la forma de proceder del hospital. El Tribunal de Segunda Instancia estimó que la esterilización practicada no era una operación permanente e irreversible, ya que la ligadura de las trompas de Falopio se podía revertir mediante cirugía plástica tubárica y tampoco podía excluirse la posibilidad de que la autora quedara embarazada por inseminación artificial. Dado que la autora no había demostrado que su incapacidad de procrear fuera permanente ni que hubiera una relación de causalidad entre dicha incapacidad y la forma de proceder del hospital, el tribunal de Segunda Instancia desestimó la apelación.

[...]

Cuestiones sobre las que debe pronunciarse el Comité

[...]

Examen del fondo

puesta a su disposición por la autora y por el Estado Parte, tal como dispone el párrafo 1 del artículo 7 del Protocolo Facultativo.

11.2 Según el apartado h) del artículo 10 de la Convención:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

(...)

h) 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.

Con respecto a la denuncia de que el Estado Parte infringió el apartado h) del artículo 10 de la Convención al no proporcionar información y asesoramiento sobre planificación de la familia, el Comité recuerda su Recomendación general Nº 21, sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, en la que se reconoce que, en el contexto de las “prácticas coercitivas que tienen graves consecuencias para la mujer, como ... la esterilización forzado[a]”, a fin de adoptar una decisión con conocimiento de causa respecto de medidas anticonceptivas seguras y fiables, las mujeres deben tener “información acerca de las medidas anticonceptivas y su uso, así como garantías de recibir educación sexual y servicios de planificación de la familia”. El Comité toma nota de los argumentos del Estado Parte de que la autora recibió información correcta y apropiada en el momento de la operación, durante el período prenatal y en los tres embarazos anteriores, así como de su argumento de que, según la decisión del tribunal inferior, la autora estaba en condiciones de comprender la información que se le había proporcionado. Por otra parte, el Comité observa que la autora hace referencia a la sentencia del tribunal de segunda instancia, en la que se estableció que la autora no había recibido información detallada sobre la esterilización, incluidos los riesgos y las consecuencias de la intervención quirúrgica, los procedimientos alternativos o los métodos anticonceptivos. El Comité considera que la autora tenía un derecho tutelado por el apartado h) del artículo 10 de la Convención a recibir información específica sobre la esterilización y otros procedimientos alternativos de planificación de la familia a fin de evitar que se realizara una intervención de este tipo sin que ella hubiera tomado una decisión con pleno conocimiento de causa. Además, el Comité toma nota de la descripción del estado de salud de la autora a su llegada al hospital y observa que cualquier asesoramiento que haya recibido debe habersele proporcionado en condiciones estresantes y totalmente inapropiadas. Habida cuenta de estos factores, el Comité considera que el Estado Parte, por conducto del personal del hospital, no pro-

porcionó la información ni el asesoramiento apropiados sobre planificación de la familia, lo que constituye una violación de los derechos de la autora previstos en el apartado h) del artículo 10 de la Convención.

11.3 El artículo 12 de la Convención reza así:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Con respecto a si el Estado Parte violó los derechos de la autora amparados por el artículo 12 de la Convención al proceder a la esterilización quirúrgica sin haber obtenido previamente su consentimiento informado, el Comité toma nota de la descripción que hace la autora de los 17 minutos transcurridos desde su ingreso en el hospital y el final de las dos intervenciones. Los registros médicos indican que, al llegar al hospital, la autora estaba en unas condiciones de salud muy precarias; se sentía mareada, sangraba más de lo habitual en estos casos y se encontraba en un estado de conmoción emocional. Durante esos 17 minutos se la preparó para la intervención quirúrgica, ella firmó la declaración de consentimiento para la cesárea, la esterilización, la transfusión de sangre y la anestesia y se le practicaron las dos intervenciones: la cesárea para extraer el feto muerto y la esterilización. El Comité toma nota además de la afirmación de la autora de que no entendió el término en latín con el que se hacía referencia a la esterilización en el formulario de consentimiento, escasamente legible y escrito a mano por el médico que la atendía, que firmó. El Comité toma nota también de la declaración oficial en la que el Estado Parte afirmó que en esos 17 minutos se había proporcionado a la autora toda la información pertinente de un modo que fuera comprensible para ella. El Comité considera que no es posible que en ese tiempo el personal del hospital asesorara e informara a la autora sobre la esterilización, las alternativas, sus riesgos y sus ventajas de manera que ella pudiera tomar en forma ponderada y voluntaria la decisión de ser esterilizada. El Comité toma nota también del hecho no refutado de que la autora preguntara al médico cuándo podría volver a quedarse embarazada, lo cual indica claramente que desconocía las consecuencias de la esterilización. De conformidad con el artículo 12 de la Convención, "los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto". El Comité, en su Recomendación general N° 24 sobre la

mujer y la salud, explicó que “[s]on aceptables los servicios que se prestan si se garantiza el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad (...)”. El Comité declaró además que “[l]os Estados partes no deben permitir formas de coerción, tales como la esterilización sin consentimiento (...) que violan el derecho de la mujer a la dignidad y a dar su consentimiento con conocimiento de causa”. El Comité considera que, en el presente caso, el Estado Parte no se aseguró de que la autora diera su consentimiento con pleno conocimiento de causa para ser esterilizada, por lo que se violaron los derechos que otorga a la autora el artículo 12.

11.4 El apartado e) del párrafo 1 del artículo 16 de la Convención reza así:

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

(...)

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

Con respecto a si el Estado Parte violó los derechos de la autora establecidos en el apartado e) del párrafo 1 del artículo 16 de la Convención, el Comité recuerda su Recomendación general N° 19, sobre la violencia contra la mujer, en la que declaró que “la esterilización ... obligator[ia] influy[e] adversamente en la salud física y mental de la mujer y viola su derecho a decidir el número y el espaciamiento de sus hijos”. La autora fue sometida a esterilización quirúrgica sin su consentimiento pleno e informado y debe considerarse que fue privada de manera permanente de su capacidad natural de procrear. Por consiguiente, el Comité considera que se han violado los derechos de la autora amparados por el apartado e) del párrafo 1 del artículo 16.

11.5 En virtud de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 7 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer considera que los hechos que le han sido expuestos constituyen una infracción del apartado h) del artículo 10, del artículo 12 y del apartado e) del párrafo 1 del artículo 16 de la Convención y formula al Estado Parte las recomendaciones siguientes:

- I. En lo que respecta a la autora de la comunicación: pagar a la Sra. A. S. una indemnización apropiada, proporcional a la gravedad de las violaciones de sus derechos.
- II. En términos generales:

- Tomar nuevas medidas para asegurarse de que todo el personal competente de los centros sanitarios públicos y privados, incluidos los hospitales y las clínicas, conozca y aplique las disposiciones oportunas de la Convención y los párrafos pertinentes de las Recomendaciones generales N° 19, 21 y 24 del Comité relativos a los derechos y la salud reproductiva de la mujer.
- Revisar la legislación nacional relativa al principio del consentimiento con conocimiento de causa en los casos de esterilización y asegurarse de su conformidad con los derechos humanos y normas médicas internacionales, entre ellas el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina elaborado por el Consejo de Europa (el “Convenio de Oviedo”) y las directrices de la Organización Mundial de la Salud. A este respecto, estudiar la posibilidad de modificar la disposición de la Ley de salud pública por la cual un médico puede “practicar la esterilización sin el procedimiento informativo generalmente establecido cuando se considere oportuno dadas las circunstancias”.
- Hacer un seguimiento de los centros sanitarios públicos y privados, incluidos los hospitales y las clínicas, en que se practiquen esterilizaciones, para asegurarse de que los pacientes dan su consentimiento con pleno conocimiento de causa antes de que se lleve a cabo la intervención de esterilización, e imponer las debidas sanciones en caso de que no sea así.

*Comité para la
Eliminación de la Discriminación
contra la Mujer*

*Alyne da Silva Pimentel Teixeira (fallecida)
vs. Brasil*

Comunicación N° 17/2008

*Decisión del
25 de julio de 2011*



[...]

OPINIÓN EMITIDA A TENOR DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 7 DEL PROTOCOLO FACULTATIVO

1. Al 30 de noviembre de 2007, la parte demandante es Maria de Lourdes da Silva Pimentel, madre de Alyne da Silva Pimentel Teixeira (difunta), actuando por sí y en nombre de la familia de la difunta. Los representa el Centro de Derechos Reproductivos y la Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos¹. Denuncian que Alyne da Silva Pimentel Teixeira es víctima de una violación por parte del Estado parte de su derecho a la vida y a la salud conforme a los artículos 2 y 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

[...]

La Convención y su Protocolo Facultativo entraron en vigor para el Estado parte el 2 de marzo de 1984 y el 28 de septiembre de 2002, respectivamente.

Los hechos expuestos por la parte demandante

2.1 Alyne da Silva Pimentel Teixeira, una ciudadana brasileña descendiente de africanos, nació el 29 de septiembre de 1974. Se casó y tuvo una hija, A.S.P., que nació el 2 de noviembre de 1997.

2.2 El 11 de noviembre de 2002, la Sra. da Silva Pimentel Teixeira fue a la Casa de Saúde Nossa Senhora da Glória de Belford Roxo (el centro de salud) porque sufría de náusea severa y dolor abdominal. En ese momento, se encontraba en el sexto mes de embarazo. El obstetra ginecólogo de guardia le prescribió medicación antináusea, vitamina B12 y una medicación local para la infección vaginal, programó estudios de sangre y orina de rutina para el 13 de noviembre de 2002 como una medida preventiva y mandó a la Sra. da Silva Pimentel Teixeira a su casa. Ella comenzó a tomar la medicación prescrita inmediatamente.

1 El Comité recibió escritos de *amicus curiae* del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres, la Comisión Internacional de Juristas y Amnistía Internacional, que suministraban información con respecto al derecho a la salud y mortalidad materna en Brasil y señalaban las obligaciones internacionales de los Estados partes.

2.3 Entre el 11 y 13 de noviembre de 2002, la condición de la Sra. da Silva Pimentel Teixeira empeoró considerablemente y el 13 de noviembre de 2002, fue al centro de salud junto con su madre para ver si el obstetra ginecólogo podía atenderla antes de la cita para sus estudios de sangre y orina. El obstetra ginecólogo la examinó y la internó en el centro de salud a las 8:25 a.m.

2.4 Otro médico examinó a la Sra. da Silva Pimentel Teixeira en el área de maternidad y no pudo detectar un latido fetal. Para las 11 a.m. un ultrasonido había confirmado la falta de latido fetal.

2.5 Los médicos del centro de salud informaron a la Sra. da Silva Pimentel Teixeira que era necesario suministrarle medicamentos que indujeran el parto del feto muerto y comenzaron a inducir el parto a las 2 p.m. Para las 7:55 p.m. la Sra. da Silva Pimentel Teixeira había dado a luz al feto de 27 semanas, que nació muerto. Ella se desorientó inmediatamente después.

2.6 El 14 de noviembre de 2002, alrededor de 14 horas después del parto, la Sra. da Silva Pimentel Teixeira fue sometida a un raspado para remover partes de la placenta, procedimiento luego del cual su condición continuó empeorando (hemorragia severa, vómitos de sangre, baja presión sanguínea, desorientación prolongada y debilidad física devastadora, incapacidad de ingerir alimento). Su madre y esposo no la visitaron en el centro de salud ese día porque confiaron en que la Sra. da Silva Pimentel Teixeira estaba bien, como les aseguraron por teléfono.

2.7 La parte demandante sostiene que el 15 de noviembre de 2002, la desorientación de la Sra. da Silva Pimentel Teixeira se incrementó, su presión sanguínea continuó baja, siguió vomitando, tuvo dificultad para respirar y la hemorragia no se detuvo. Personal del centro de salud realizó una punción abdominal pero no encontró sangre. La Sra. da Silva Pimentel Teixeira recibió oxígeno, Cimetidina, Mannitol, Decadron y antibióticos. Los médicos le explicaron a la madre que los síntomas de su hija eran consistentes con aquellos de una mujer que nunca había recibido atención prenatal y que necesitaba una transfusión de sangre; en ese momento, ella llamó al esposo de la Sra. da Silva Pimentel Teixeira que se dirigió al centro de salud. A la 1:30 p.m., el personal le pidió la historia clínica a la madre de la Sra. da Silva Pimentel Teixeira porque ellos no la encontraban en el centro de salud.

2.8 Los médicos del centro de salud contactaron tanto hospitales públicos como privados que tuviesen instalaciones mejor equipadas para transferir a la Sra. da Silva Pimentel Teixeira. El único que tenía lugar disponible era el Hospital Geral de Nueva Iguazú pero se

rehusó a utilizar su única ambulancia para transportarla a esa hora. La madre y el esposo no pudieron conseguir una ambulancia privada y la Sra. da Silva Pimentel Teixeira esperó en condición crítica durante ocho horas, con síntomas clínicos manifiestos de coma durante las últimas dos horas, para ser transportada al hospital en ambulancia.

2.9 Cuando la Sra. da Silva Pimentel Teixeira llegó al hospital con dos médicos y su marido el 15 de noviembre de 2002, a las 9:45 pm, estaba hipotérmica, tenía dificultades respiratorias graves y presentaba un cuadro clínico compatible con coagulación intravascular diseminada. Su presión sanguínea disminuyó a cero y la Sra. da Silva Pimentel Teixeira tuvo que ser resucitada. El hospital la ubicó en un área improvisada en el pasillo de la sala de emergencias porque no había camas disponibles.

2.10 Los médicos no llevaron su historia clínica al hospital. En cambio, suministraron al médico que la atendía un breve resumen de los síntomas que presentaba la paciente.

2.11 El 16 de noviembre de 2002, la madre de la Sra. da Silva Pimentel Teixeira fue a visitarla. Su hija estaba pálida y tenía sangre en la boca y en la ropa. El personal del hospital mandó a la madre de la Sra. da Silva Pimentel Teixeira a buscar la historia clínica de su hija al centro de salud. En el centro de salud, le preguntaron por qué razón quería la historia clínica y la hicieron esperar para dársela.

2.12 La Sra. da Silva Pimentel Teixeira murió el 16 de noviembre de 2002 a las 7 p.m. La autopsia estableció que la causa oficial de muerte fue una hemorragia digestiva. Según los médicos, la hemorragia fue resultado de dar a luz al feto muerto.

2.13 El 17 de noviembre de 2002, por pedido del hospital, la madre de la Sra. da Silva Pimentel Teixeira fue nuevamente al centro de salud a buscar la historia clínica de su hija. Los médicos del centro de salud le dijeron que el feto había estado muerto dentro de la panza durante varios días y que ésta había sido la causa de la muerte.

2.14 El 11 de febrero de 2003, el esposo de la Sra. da Silva Pimentel Teixeira² presentó una demanda contra el sistema de salud por daños morales y materiales.

[...]

2 La documentación contiene información contradictoria con respecto a quién exactamente presentó la demanda civil el 11 de febrero de 2003. En algunos párrafos menciona el nombre de la madre de la difunta mientras que en otros menciona el nombre de su esposo.

Cuestiones sobre las que debe pronunciarse el Comité

Examen de admisibilidad

6.1 De acuerdo con la regla 64 de sus reglas de procedimiento, el Comité debe decidir si la comunicación es admisible o inadmisibles conforme el Protocolo Facultativo de la Convención. De conformidad con el párrafo 4 de la regla 72 de sus reglas de procedimiento, deberá hacerlo antes de considerar los méritos de la comunicación.

6.2 Al notar el argumento del Estado parte de que la demanda civil de la familia de la difunta estaba aún pendiente y que se esperaba una sentencia para julio de 2008, el Comité considera que el Estado parte no ha suministrado explicaciones adecuadas y convincentes de algunos de estos temas formulados por la parte demandante, a saber la demora en la designación de experto(s) médico(s) y la demora del juicio y la sentencia, que aún ahora continúan pendientes. El Comité también nota la falta de una explicación exhaustiva sobre el por qué fueron rechazadas las dos solicitudes de *tutela anticipada** presentadas el 11 de febrero de 2003 y el 16 de septiembre de 2003. El Comité opina que las demoras anteriormente mencionadas no se pueden atribuir a la complejidad del caso o al número de demandantes y concluye que la demora de ocho años que ha transcurrido desde que se presentara la petición, a pesar de la declaración del Estado parte de que sería decidida en julio de 2008, constituye una demora irrazonablemente prologada conforme al párrafo 1 del artículo 4 del Protocolo Facultativo.

6.3 El Comité considera que las acusaciones de la parte demandante relacionadas a las violaciones de los artículos 2 y 12 de la Convención han sido suficientemente corroboradas con el propósito de admisibilidad. Habiendo satisfecho todos los otros criterios de admisibilidad, el Comité declara la comunicación admisible y procede al examen del fondo.

Examen del fondo

7.1 El Comité ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información puesta a su disposición por la parte demandante y por el Estado parte, conforme al párrafo 1 del artículo 7 del Protocolo Facultativo.

* *N.d.E.*: Tutela anticipada es un mecanismo judicial que solicita al juez anticipar los efectos protectores de una decisión. Puede usarse para evitar demoras injustificadas en la decisión judicial que, de otra forma, podría llevar a daños serios o irreparables.

7.2 La parte demandante sostiene que la muerte de la Sra. da Silva Pimentel Teixeira constituye una violación a su derecho a la vida y a la salud, conforme los artículos 2 y 12, junto con el artículo 1 de la Convención, dado que el Estado parte no aseguró el tratamiento médico adecuado relacionado con el embarazo y no suministró atención obstétrica, oportuna, de emergencia, infringiendo de esa forma el derecho a la no discriminación basada en género, raza u origen socio-económico. Para poder evaluar estas acusaciones, el Comité primero tiene que considerar si la muerte fue “materna”. Luego considerará si las obligaciones conformes el párrafo 12 del artículo 12 de la Convención, según las cuales los Estados partes deben garantizar a las mujeres servicios adecuados en relación con el embarazo, internación y el período pos-natal, han sido satisfechas. Solamente después de haber examinado esas consideraciones, el Comité evaluará las otras supuestas violaciones de la Convención.

7.3 Aunque el Estado parte afirma que la muerte de la Sra. da Silva Pimentel no fue una muerte materna y que la causa probable de su muerte fue una hemorragia digestiva, el Comité nota que la secuencia de eventos descritos por la parte demandante y no refutados por el Estado parte, así como también la opinión experta suministrada por la parte demandante, indica que la muerte estuvo, de hecho, vinculada a complicaciones obstétricas relacionadas al embarazo. Sus quejas de náusea y dolor abdominal severos durante el sexto mes de embarazo fueron ignorados por el centro de salud, que fracasó en realizar estudios de sangre y orina para determinar si el feto había muerto. Los estudios se realizaron dos días después, lo que llevó a un deterioro de la condición de la Sra. da Silva Pimentel. El Comité recuerda su Recomendación anterior N° 24, en la cual sostiene que es obligación de los Estados partes asegurar el derecho a la maternidad segura y a los servicios obstétricos de emergencia, y a adjudicar a estos servicios el máximo alcance de recursos disponibles²¹. También sostiene que las medidas para eliminar la discriminación contra las mujeres se consideran inapropiadas en un sistema de salud que no cuenta con los servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades específicas de las mujeres²². A la luz de esas observaciones, el Comité también rechaza el argumento del Estado parte según el cual la comunicación no contenía un vínculo causal entre el género de la Sra. da Silva Pimentel Teixeira y los posibles errores médicos cometidos, pero las demandas concernientes a la falta de acceso a la atención médica relacionada con el embarazo. Por lo tanto, el Comité considera que la muerte de la Sra. da Silva Pimentel Teixeira tiene que considerarse materna.

21 Párr. 27.

22 Párr. 11.

7.4 El Comité también observa que los alegatos de la parte demandante concernientes a la pobre calidad de los servicios de salud suministrados a su hija, que no sólo incluyeron el fracaso de realizar estudios de sangre y orina sino también el hecho de que el raspado para remover la placenta que no había sido expulsada completamente durante el parto y podría haber causado la hemorragia y la muerte final se realizó 14 horas después de que el parto hubiese sido inducido. Se realizó la cirugía en el centro de salud, que no estaba equipado adecuadamente, y su transferencia al hospital municipal tardó 8 horas debido a que éste se negó a suministrar su única ambulancia para transportarla y su familia fue incapaz de contratar una ambulancia privada. También observa que su transferencia al hospital municipal sin su historia clínica e información sobre sus antecedentes médicos fue inefectiva dado que la dejaron desatendida en su mayor parte en un área provisoria del pasillo del hospital durante 21 horas hasta que murió. El Estado parte no negó la inadecuación del servicio ni refutó ninguno de esos hechos. En cambio, admitió que la condición vulnerable de la Sra. da Silva Pimentel requería tratamiento médico individualizado, que no le fue suministrado debido a un fracaso potencial en la atención médica procurada por una institución privada de salud, causada por negligencia profesional, infraestructura inadecuada y falta de preparación profesional. Por lo tanto, el Comité concluye que no se aseguró a la Sra. da Silva Pimentel Teixeira servicios adecuados en relación con su embarazo.

7.5 El Estado parte argumenta que no se le puede imputar la inadecuación del servicio pero sí puede imputársele a la institución privada de atención médica. Sostuvo que los alegatos revelaron un número de prácticas médicas pobres, atribuibles a una institución privada que condujo a la muerte de la Sra. da Silva Pimentel Teixeira. Admitió la existencia de defectos en el sistema usado para contratar servicios privados de salud y, por extensión, la inspección y control de la misma. Por lo tanto, el Comité observa que el Estado parte es directamente responsable por la acción de las instituciones privadas cuando externaliza sus servicios médicos y, aún más, el Estado parte siempre mantiene el deber de regular y monitorear las instituciones privadas de atención médica. De conformidad con el artículo 2 (e) de la Convención, el Estado parte tiene la obligación de diligencia de tomar medidas para asegurar que las actividades de los actores privados con respecto a las políticas de salud y prácticas son adecuadas. En ese caso particular, la responsabilidad del Estado parte está anclada fuertemente a la Constitución brasileña (artículos 196-200) que afirma el derecho a la salud como un derecho humano general. Por lo tanto, el Comité concluye que el Estado parte ha fracasado en cumplir con sus obligaciones conforme el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención.

7.6 El Comité observa que la parte demandante alega que la falta de acceso a atención médica de calidad durante el parto es un problema sistemático en Brasil, especialmente en relación con la forma en que se manejan los recursos humanos en el sistema de salud bra-

sileño. El Comité también toma nota del alegato del Estado parte según el cual no se negó la atención médica debido a la ausencia de políticas y medidas públicas dentro del Estado parte ya que hay varias políticas implementadas para encarar las necesidades específicas de las mujeres. El Comité se refiere a su Recomendación general N° 28 (2010) sobre las obligaciones centrales de los Estados partes conforme el artículo 2 de la Convención y observa que las políticas del Estado parte deben estar orientadas hacia la acción y el resultado así como también deben ser financiadas adecuadamente²³. Aún más, la política tiene que asegurar que haya organismos fuertes y centrados dentro de la rama ejecutiva para implementar esas políticas. La falta de servicios maternos adecuados en el Estado parte, falta que claramente no satisface las necesidades e intereses específicos, distintivos, de salud de las mujeres no sólo constituye una violación del párrafo 2 del artículo 12 de la Convención, sino también una forma de discriminación contra las mujeres conforme el párrafo 1 del artículo 12 y el artículo 2 de la Convención. Aún más, la falta de servicios maternos adecuados de salud tiene un impacto diferencial en el derecho a la vida de la mujer.

7.7 El Comité observa el alegato de la parte demandante de que la Sra. da Silva Pimentel Teixeira sufrió varias formas de discriminación al ser una mujer de descendencia africana y en base a su origen socio-económico. Con respecto a eso, el Comité recuerda sus observaciones finales sobre Brasil, adoptadas el 15 de agosto de 2007, donde notó la existencia de discriminación de facto contra las mujeres, especialmente mujeres pertenecientes a sectores vulnerables de la sociedad, como las mujeres de descendencia africana. También observó que una discriminación de ese tipo fue exacerbada por diferencias regionales, económicas y sociales. El Comité también recuerda su Recomendación general N° 28 (2010) sobre las obligaciones centrales de los Estados partes conforme el artículo 2 de la Convención, Recomendación que reconoce que la discriminación contra las mujeres basada en sexo y género está vinculada inextricablemente con otros factores que afectan a las mujeres, como la raza, la etnia, la religión o creencia, la salud, la posición social, la edad, la clase y la orientación sexual e identidad de género. El Comité observa que el Estado parte no descarta la posibilidad de que la discriminación haya contribuido, en cierto grado pero no de forma decisiva, a la muerte de la hija de la parte demandante. El Estado parte también reconoce que la convergencia o asociación de los diferentes elementos descritos por la parte demandante podría haber contribuido al fracaso de suministrar atención necesaria y de emergencia a su hija, resultando en su muerte. En esas circunstancias, el Comité concluye que la Sra. da Silva Pimentel sufrió discriminación, no sólo en base a su sexo sino también en base a su situación de mujer de descendencia africana y su origen socio.económico.

7.8 Con respecto al reclamo de la parte demandante conforme a los artículos 12 y 2 (c) de la Convención de que el Estado parte fracasó en establecer un sistema que asegurara la protección judicial efectiva y que suministrara recursos judiciales adecuados, el Comité observa que no se habían iniciado procedimientos con el objetivo de establecer la responsabilidad de aquellos a cargo de suministrar atención médica a la Sra. da Silva Pimentel Teixeira. Además, la acción civil, presentada en febrero de 2003 por la familia de la difunta, aún continúa pendiente, a pesar de que el Estado parte sostuvo que se esperaba la sentencia para julio de 2008. Aún más, los dos pedidos por *tutela antecipada*, un mecanismo judicial que podría haberse usado para evitar demoras injustificadas en la decisión judicial, fueron denegados. En tales circunstancias, el Comité considera que el Estado parte fracasó en cumplir con su obligación de asegurar la acción y protección judiciales efectivas.

7.9 El Comité reconoce el daño moral causado a la parte demandante por la muerte de su hija, así como también los daños morales y materiales sufridos por la hija de la difunta, que ha sido abandonada por su padre y vive con la parte demandante en condiciones precarias.

Recomendaciones

8. Actuando conforme el párrafo 3 del artículo 7 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y a la luz de las consideraciones descritas más arriba, el Comité considera que el Estado parte ha violado sus obligaciones conforme el artículo 12 (en relación con el acceso a la salud) y el artículo 2 (e) (en relación con la obligación de diligencia del Estado parte de regular las actividades de los proveedores privados de servicios de salud) conjuntamente con el artículo 1 de la Convención leídos juntos con las recomendaciones N° 24 y 28 y hace las siguientes recomendaciones al Estado parte:

1. En relación con la parte demandante y la familia de la Sra. da Silva Pimentel Teixeira:

Suministrar reparación adecuada, incluyendo compensación financiera adecuada, a la parte demandante y a la hija de la Sra. da Silva Pimentel Teixeira acorde con la gravedad de las violaciones llevadas a cabo contra ella;

2. General:

(a) Asegurar el derecho de las mujeres a una maternidad segura y acceso asequible para todas las mujeres a atención obstétrica adecuada de emergencia, en línea con la Recomendación general N° 24 (1999) sobre las mujeres y la salud;

(b) Asegurar el entrenamiento profesional adecuado para los trabajadores de la salud, especialmente en los derechos de la salud reproductiva de las mujeres, in-

cluyendo tratamiento de calidad durante el embarazo y el parto, así como también atención médica obstétrica oportuna;

(c) Asegurar el acceso a recursos efectivos en casos en que han sido violados los derechos de la salud reproductiva de las mujeres y suministrar entrenamiento para el personal judicial y encargado de hacer cumplir la ley;

(d) Asegurar que las instituciones privadas de salud cumplan con los estándares nacionales e internacionales relevantes en atención de la salud reproductiva;

(e) Asegurar que las sanciones adecuadas sean impuestas a los profesionales de la salud que hayan violado los derechos de la salud reproductiva de las mujeres; y

(f) Reducir muertes maternas evitables a través de la implementación del Pacto Nacional para la Reducción de la Mortalidad Materna a niveles municipal y estatal, incluyendo el establecimiento de comités de mortalidad materna en los lugares en los que aún no existen, en forma consistente con las observaciones finales sobre Brasil, adoptadas el 15 de agosto de 2007 (CEDAW/C/BRA/CO/6).

[...].

*Comité para la
Eliminación de la Discriminación
contra la Mujer*

L.C. vs. Perú

Comunicación N° 22/2009

*Decisión del
17 de octubre de 2011*



[...]

OPINIÓN EMITIDA A TENOR DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 7 DEL PROTOCOLO FACULTATIVO

1. La autora de la comunicación, de fecha 18 de junio de 2009, es T. P. F. Presenta la comunicación en nombre de su hija L. C., ciudadana peruana nacida el 2 de abril de 1993. La autora denuncia que su hija ha sido víctima de la vulneración por el Perú de los artículos 1; 2 c) y f); 3; 5; 12, y 16 e) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. La autora y su hija están representadas por el Centro de Derechos Reproductivos y el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos². La Convención entró en vigor respecto del Perú el 13 de octubre de 1982, y el Protocolo Facultativo el 10 de julio de 2001.

Los hechos expuestos por la autora

2.1 L. C. reside en el distrito de Ventanilla, provincia del Callao. En 2006, cuando tenía 13 años, comenzó a ser abusada sexualmente por J. C. R., un varón de aproximadamente 34 años. Como consecuencia, quedó embarazada, y en estado de depresión, intentó suicidarse el 31 de marzo de 2007 lanzándose al vacío. Trasladada al hospital público Daniel Alcides Carrión, se le diagnosticó “traumatismo vertebromedular cervical, luxación cervical y sección medular completa”, con “riesgo de discapacidad permanente” y “riesgo de deterioro de la integridad cutánea resultante de la inmovilidad física”.

2.2 Los daños producidos en la columna vertebral causaron, entre otros problemas médicos, una paraplejía de los miembros inferiores y superiores que requería una intervención quirúrgica urgente. El Jefe del Departamento de Neurocirugía recomendó una intervención quirúrgica para evitar que se consolidara el daño sufrido y la paciente quedara inválida. En consecuencia, la intervención se programó para el 12 de abril de 2007.

2.3 El 4 de abril el hospital realizó una evaluación psicológica a L. C., durante la cual ella reveló que los abusos sexuales sufridos y el miedo a estar embarazada fueron las causas de su intento de suicidio. Al día siguiente se le realizó un examen ginecológico y se cons-

2 El Comité recibió una presentación *amicus curiae* de la Comisión Internacional de Juristas sobre el acceso a un remedio efectivo, así como comentarios de la Health Equity and Law Clinic de la Facultad de Derecho, Universidad de Toronto, sobre el concepto de discriminación múltiple.

tató el embarazo. Los informes diarios del estado de salud de L. C., desde el 2 al 12 de abril de 2007, registran el riesgo que existía tanto de desarrollar infecciones como de no evitar su deterioro cutáneo debido al estado de absoluta postración y al deterioro de su movilidad física.

2.4 El día programado para la intervención quirúrgica la autora fue informada de que la misma había sido suspendida y que el médico deseaba reunirse con ella al día siguiente, 13 de abril de 2007. En dicha reunión la autora fue informada de que la cirugía había sido suspendida debido al embarazo de L. C. La autora señala igualmente que L. C. fue diagnosticada con síndrome ansioso depresivo de grado moderado, para el cual no se le proporcionó ningún tratamiento, por estar contraindicado durante el embarazo.

2.5 El 18 de abril de 2007, la autora, previa consulta con su hija, solicitó a la dirección del hospital la realización de una interrupción legal del embarazo conforme al artículo 119 del Código Penal³. En su solicitud, la autora mencionó una conversación que había tenido el 13 de abril de 2007 con el Jefe del Departamento de Neurocirugía, en el que este le informó que no podía operar a L. C. porque estaba embarazada. Afirmó que el embarazo ponía en peligro de manera grave y permanente la vida, salud física y psicológica e integridad personal de L. C., y la intervención quirúrgica de columna no se realizaría si el embarazo continuaba⁴.

2.6 Ante la excesiva demora de las autoridades hospitalarias en responder a la solicitud, la autora buscó la asesoría de la organización no gubernamental Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), quien el 15 de mayo de 2007 puso el caso en conocimiento de la Defensora Adjunta para los Derechos de la Mujer, de la Defensoría del Pueblo. El 30 de mayo de 2007, 42 días después de presentada la solicitud de aborto terapéutico, la Junta Médica del hospital desestimó la petición por considerar que la vida de la paciente no estaba en peligro.

2.7 La Defensora Adjunta solicitó un informe médico a la Comisión de Alto Nivel de Salud Reproductiva del Colegio Médico de Perú. Después de hacer una descripción de las lesiones que la menor presentaba, en un informe de fecha 7 de mayo de 2007 la Comisión indicó, entre otras cosas, que debido a la edad y la lesión neurológica de L. C. eran de prever complicaciones en el parto. La Comisión llegaba a la conclusión de que:

3 Esta disposición dice lo siguiente: “No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente”.

4 Una copia de la solicitud obra en el expediente.

“hay argumentos suficientes para afirmar que, de continuar el embarazo, la salud física y mental de la niña está en grave riesgo, por lo que se justificaría un aborto terapéutico si este es solicitado por la parte interesada”.

2.8 El 7 de junio de 2007, cuando L. C. contaba con 16 semanas de embarazo, la autora presentó un recurso de reconsideración de opinión ante la Junta Médica del hospital respecto de la interrupción de la gestación. Al mismo se adjuntó el informe del Colegio Médico y se enfatizó el grave e inminente riesgo en que se encontraba la salud de la menor, tanto física como mental, únicos requisitos establecidos por el Código Penal para permitir la interrupción legal del embarazo.

2.9 El 16 de junio de 2007 L. C. sufrió un aborto espontáneo. El 27 de junio de 2007, el Director del hospital dio respuesta a la solicitud de reconsideración de la decisión de no interrumpir el embarazo presentada por la autora, señalando que “no se admite reconsideración ya que son decisiones tomadas por los diversos especialistas que evaluaron a la menor”.

2.10 El 11 de julio de 2007, L. C. fue operada de sus lesiones de columna, casi tres meses y medio después de que se decidiera la necesidad de la intervención. El 31 de julio de 2007 fue dada de alta. El informe médico correspondiente señalaba que L. C. requería terapia física y rehabilitación intensiva en el Instituto Nacional de Medicina Física y Rehabilitación. Sin embargo, dicha terapia no comenzó hasta el 10 de diciembre de 2007. Pasaron cuatro meses después de la operación sin que se realizara el proceso de rehabilitación física y ayuda psicológica o psiquiátrica que requería.

2.11 L. C. permaneció en el Instituto Nacional de Rehabilitación durante dos meses, pero tuvo que abandonar el tratamiento por falta de medios. En la actualidad se encuentra paralizada desde el cuello para abajo y solo ha recuperado parcialmente la movilidad en sus manos. Depende de una silla de ruedas para moverse y de terceros para satisfacer todas sus necesidades. Se encuentra conectada a una sonda que le deben cambiar cinco veces al día en condiciones higiénicas de esterilización total, lo que le impide acudir a un centro de enseñanza. La autora afirma que la situación de la familia es dramática. Ella no puede trabajar porque L. C. requiere cuidados constantes, y el costo de los medicamentos y elementos de salud que necesita suponen una dura carga para la economía familiar. Los hermanos de L. C. tuvieron que abandonar sus estudios y comenzar a trabajar.

2.12 Según la autora, no existen en el Estado parte recursos administrativos para solicitar la terminación legal de un embarazo. Tampoco existe un protocolo de atención que indique el procedimiento de solicitud de un aborto legal o que asegure la atención de ese

servicio médico, recursos que serían los adecuados para reclamar el derecho y garantizar el acceso a un servicio médico esencial que solo requieren las mujeres.

2.13 El anterior Código Sanitario peruano establecía como exigencia para practicar un aborto terapéutico que este fuera realizado por un médico y contara con la opinión favorable de otros dos médicos. Sin embargo, la Ley general de salud actualmente vigente (Ley N° 26842 de 9 de julio de 1997) derogó esta norma y produjo un vacío legal, ya que no se contempla ningún procedimiento que regule el acceso al servicio médico del aborto terapéutico. Su práctica se encuentra pues sujeta a la discrecionalidad de los funcionarios de turno.

2.14 Según la autora, no existe un mecanismo judicial adecuado que permita acudir ante los tribunales para solicitar la interrupción de un embarazo por razones terapéuticas, ni que repare de manera integral una vulneración de esa naturaleza. No existe un recurso que, de manera efectiva, opere con la suficiente celeridad y eficacia para que una mujer pueda exigir a las autoridades la garantía de su derecho a un aborto legal, dentro del período limitado de tiempo que requieren las circunstancias.

2.15 El recurso de amparo constitucional no cumple con el requisito temporal necesario para asegurar la efectividad de la acción. De acuerdo a las normas reguladoras de este procedimiento, para contar con una decisión en firme se requieren aproximadamente entre 62 y 102 días corrientes, después de que se hayan agotado las vías previas. Además, la procedencia del recurso se encuentra sujeta al agotamiento de esas vías previas, en este caso la negativa por parte del Hospital de realizar la interrupción. En el caso de L. C., este término excedía el plazo para que efectivamente pudiera gozar del derecho sin arriesgar aún más su vida y su salud. Cuando recibió la primera negativa para acceder al aborto ya contaba con 16 semanas de embarazo y cuando se resolvió la apelación habría contado con 20. Acudir al recurso de amparo después de este tiempo no habría tenido sentido, pues para el momento probable en que se hubiera producido una decisión firme y ejecutable L. C. habría contado con más de 28 semanas de embarazo. Además, si bien las normas establecen un procedimiento que en teoría debería durar entre 62 y 102 días aproximadamente, la realidad es otra, pues los procesos de amparo generalmente toman años antes de resolverse. En este sentido, la autora recuerda el dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso *K. N. L. H. c. el Perú*, relativo igualmente a la negativa de realizar un aborto terapéutico a una mujer embarazada de un feto anencefálico, donde el Comité no consideró el recurso de amparo como un recurso eficaz que debiera agotarse⁵.

5 Comunicación N° 1153/2003, *K. N. L. H. c el Perú*, dictamen de 24 de octubre de 2005, párr. 5.2.

[...]

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

8.1 El Comité examinó la admisibilidad de la comunicación, de conformidad con los artículos 64 y 66 de su reglamento. Con arreglo al artículo 4, párrafo 2 del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido ni está siendo examinado en el marco de otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.

8.2 El Estado parte sostiene que la comunicación debe ser considerada inadmisibile, conforme al artículo 4, párrafo 1 del Protocolo Facultativo, por falta de agotamiento de los recursos internos. Señala en particular que la autora no interpuso un recurso de amparo y se muestra en desacuerdo con la opinión de esta de que los plazos para resolver dicho recurso no se adaptan a la necesidad de actuar con la máxima celeridad que la situación de L. C. requería. Afirma que el caso podía haberse resuelto en primera instancia; que en este tipo de procesos la sentencia debe expedirse en la misma audiencia o, excepcionalmente, en los cinco días siguientes a esta, y que existen excepciones al requisito de agotamiento de la vía previa, por ejemplo en caso de daño irreparable. El Estado parte señala igualmente que la autora podía haber iniciado un proceso judicial para solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

8.3 Frente a los argumentos señalados, la autora afirma que no existe en el Estado parte un procedimiento administrativo o judicial que hubiera permitido a L. C. gozar de su derecho a recibir los cuidados médicos urgentes que su estado requería. En relación con el recurso de amparo, existen varios problemas procesales que minan la vocación de celeridad de este procedimiento, a saber, que no existen plazos legales para que el juez admita la demanda ni para la celebración de audiencia oral; que el sistema de notificación en el ámbito judicial es defectuoso en el Estado parte, y que no existen precedentes de casos similares que hayan sido resueltos prontamente mediante este recurso. Afirma igualmente que cuando L. C. obtuvo una respuesta del hospital negando la interrupción del embarazo ya habían transcurrido 56 días desde el intento de suicidio, y que la espera suplementaria para obtener una decisión judicial que obligara al hospital a realizar la interrupción del embarazo habría tenido como consecuencia empeorar su cuadro clínico. La autora rechaza que una acción civil pueda ser considerada como un remedio adecuado.

8.4 El Comité considera que, dada la gravedad del estado de salud de L. C., las vías seguidas por la autora, a saber el agotamiento de los trámites ante las autoridades hospitalarias, eran las procedentes conforme a la legislación interna. El Comité observa los siguientes hechos indiscutidos: L. C. fue hospitalizada el 31 de marzo de 2007; el Jefe del Departamento de Neurocirugía recomendó una intervención quirúrgica, que se programó para el 12 de abril de 2007; en la fecha prevista la intervención fue cancelada; el 13 de abril de 2007, la autora fue informada por el Jefe del Departamento de Neurocirugía que no podía operarse a L. C. en razón de su embarazo, y el 18 de abril de 2007 la autora envió una solicitud por escrito a las autoridades médicas para que se interrumpiera su embarazo. La Junta Médica del hospital no tomó una decisión sobre la solicitud hasta el 30 de mayo de 2007. El 7 de junio de 2007, la autora, basándose en un informe del Colegio Médico del Perú de fecha 7 de mayo de 2007, según el cual la continuación del embarazo acarrearía graves riesgos para la salud de L. C., presentó una apelación a las autoridades del hospital para que reconsideraran su decisión. Sobre esta solicitud no se tomó una decisión hasta el 27 de junio de 2007, siendo así que L. C. había abortado espontáneamente el 16 del mismo mes de junio. En la decisión se indicaba que era inapelable. El Comité entiende que el procedimiento fue demasiado largo e insatisfactorio. Además, el Comité no considera razonable exigir de la autora, que acudiera ante las autoridades judiciales para intentar un procedimiento cuya duración era impredecible. El carácter impredecible se aprecia no solo por la vaguedad de la propia ley en cuanto a los plazos que establece en materia de recurso de amparo, sino también por el hecho de que la celeridad del mismo no puede demostrarse en base a precedentes jurisprudenciales, según ponen en evidencia las informaciones proporcionadas por las partes (...). El Comité considera que la víctima no tuvo a su disposición ningún procedimiento legal adecuado que le diera acceso a una decisión preventiva, independiente y ejecutoria. En consecuencia, el Comité concluye que la excepción al agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna prevista en el artículo 4, párrafo 1 del Protocolo Facultativo, relativa a la improbabilidad de que el recurso de amparo brindara un remedio efectivo a la víctima, es aplicable en el presente caso. De manera similar, el Comité considera que una acción civil de indemnización por daños y perjuicios tampoco es un recurso susceptible de brindar un remedio efectivo a la autora, pues en ningún caso hubiera podido prevenir ni reparar el perjuicio irreparable en la salud de L. C.

8.5 No existiendo otros obstáculos a la admisibilidad, el Comité considera la comunicación admisible y procede a examinarla en cuanto al fondo.

Examen del fondo

8.6 El Comité ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información proporcionada por las partes, de conformidad con el artículo 7, párrafo 1 del Protocolo Facultativo.

8.7 El Comité recuerda que L. C. quedó embarazada a los 13 años de edad como consecuencia de repetidos abusos sexuales y que trató de suicidarse en el Estado parte, donde la ley no autoriza el aborto por causa de violación o abuso sexual. El Comité debe decidir si la negativa del hospital a realizar el aborto terapéutico a L. C. previsto en el artículo 119 del Código Penal, y la programación tardía de su operación de columna, dieron lugar a una violación de sus derechos a tenor de la Convención. La autora invoca, en particular, los artículos 1, 2 c) y f), 3, 5, 12 y 16, párrafo 1 e) de la Convención.

8.8 El Comité toma nota de la observación del Estado parte en el sentido de que la razón del retraso de la operación de columna no fue el embarazo, sino la existencia de una infección en la zona donde debía efectuarse la incisión quirúrgica, como se desprende de los informes de evaluación realizados por las tres Juntas Médicas, la primera de las cuales tuvo lugar el 24 de abril de 2007. Sin embargo, el Comité observa igualmente la afirmación de la autora de que la operación había sido inicialmente prevista el 12 de abril de 2007, que al día siguiente fue informada de que la razón de la suspensión era la prevención del daño al feto y que la presencia de una infección se constató por primera vez el 23 de abril de 2007. El Comité considera que el Estado parte no ha desvirtuado las alegaciones de la autora, por lo que parte de la premisa de que existe una relación directa entre el retraso de la operación quirúrgica, cuya necesidad no puede ser puesta en duda, y el embarazo de L. C.

8.9 El Comité examinará si los hechos, como han sido establecidos, constituyen una violación de los derechos de L. C. con arreglo a los artículos 1, 2 c) y f), 3, 5, 12 y 16, párrafo 1 e) de la Convención.

8.10 La autora alega que los hechos configuran una violación del artículo 12, porque la continuación del embarazo constituía una amenaza para la salud física y mental de L. C. Alega igualmente una violación del artículo 5, porque se condicionó el acceso oportuno a un tratamiento médico necesario a completar un embarazo involuntario, lo que responde al estereotipo de anteponer la función reproductiva de L. C. a su derecho a la salud, la vida y la vida en condiciones dignas. También habría resultado violado el artículo 16 e), porque fue privada de su derecho a decidir el número de hijos.

8.11 El Comité recuerda las obligaciones que incumben al Estado parte de conformidad con el artículo 12, según el cual ha de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. Recuerda también su Recomendación general N° 24, que, en su condición de instrumento interpretativo autorizado en relación con el artículo 12, establece que “la negativa de un Estado parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria” (párr. 11). La Recomendación señala igualmente que “el deber de los Estados partes de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a los servicios de atención médica, la información y la educación, entraña la obligación de respetar y proteger los derechos de la mujer en materia de atención médica y velar por su ejercicio. Los Estados partes han de garantizar el cumplimiento de esas tres obligaciones en su legislación, sus medidas ejecutivas y sus políticas. Además los Estados partes deben establecer un sistema que garantice la eficacia de las medidas judiciales. El hecho de no hacerlo constituirá una violación del artículo 12” (párr. 13).

8.12 El Comité observa que al día siguiente de su ingreso en el hospital, a L. C. se le diagnosticó un riesgo de discapacidad permanente y un deterioro de la integridad cutánea debido a la inmovilidad física. En consecuencia, los médicos programaron la intervención quirúrgica de columna para el 12 de abril de 2007. En esta fecha la autora fue informada por las autoridades hospitalarias de que la intervención había sido aplazada, y al día siguiente le comunicaron verbalmente que la razón era el posible peligro para el feto. Hasta el 12 de abril de 2007 el hospital no informó de que L. C. sufría una infección, ni de ninguna otra circunstancia que impidiera la intervención. En los días posteriores su estado de salud se agravó, deteriorándose su integridad cutánea, movilidad y estado de ansiedad hasta que el 23 de abril de 2007 se constató la presencia de una úlcera, con infección de la piel. De la información contenida en el expediente resulta incuestionable que la intervención quirúrgica era necesaria; que la misma debía realizarse cuanto antes, como demuestra el hecho de que su realización se había programado inicialmente para pocos días después del ingreso de L. C. en el hospital; que con posterioridad al 12 de abril de 2007 surgieron complicaciones en su estado de salud que motivaron el retraso de la operación, la cual no se efectuó hasta el 11 de julio de 2007; y que los médicos calificaron el embarazo como “de alto riesgo, lo que genera elevación de la morbilidad materna”.

8.13 El Comité observa que la Ley general de salud del Perú N° 26842, de 9 de julio de 1997, derogó el procedimiento para el aborto terapéutico y creó un vacío jurídico, porque no prevé ningún procedimiento para solicitar el aborto terapéutico autorizado por el artículo 119 del Código Penal.

8.14 El Comité observa igualmente que los informes de la Junta Médica proporcionados por el Estado parte no se pronunciaron sobre las posibles consecuencias que tendría en la salud física y mental de la paciente la continuación del embarazo, a pesar de que, en las fechas que se emitieron los mismos, estaba pendiente la solicitud de aborto terapéutico formulada por la autora con arreglo al artículo 119 del Código Penal. Esta disposición autoriza el aborto terapéutico para evitar un daño grave y permanente en la salud de la madre. Además, el rechazo por parte de los médicos del hospital a la interrupción del embarazo contrasta con la opinión del Colegio Médico que, el 7 de mayo de 2007, llegó a la conclusión de que existían argumentos suficientes para afirmar que, de continuar el embarazo, la salud física y mental de la niña estaba en grave riesgo, por lo que se justificaba un aborto terapéutico. El Comité observa también que la Junta Médica del hospital se negó a interrumpir el embarazo por considerar que la vida de L. C. no estaba en peligro, pero no tuvo en cuenta el daño para su salud, incluida la salud mental, que es un derecho protegido por la Constitución peruana.

8.15 En vista de lo que precede, el Comité considera que, debido a su condición de mujer embarazada, L. C. no tuvo acceso a un procedimiento eficaz y accesible que le permitiese establecer su derecho a los servicios de atención médica que su estado de salud física y mental requería. Estos servicios comprendían tanto la operación de columna como el aborto terapéutico. Esto resulta tanto más grave si se tiene en cuenta que se trataba de una menor, víctima de abusos sexuales, como resultado de los cuales intentó suicidarse. El intento de suicidio es demostrativo del grado de sufrimiento mental por el que pasó. En consecuencia, el Comité considera que los hechos descritos configuran una violación de los derechos que asisten a L. C. en virtud del artículo 12 de la Convención. El Comité considera también que los hechos ponen de manifiesto una violación del artículo 5 de la Convención, ya que la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre. Habiendo llegado a esta conclusión, el Comité no considera necesario pronunciarse sobre la posible violación del artículo 16, párrafo 1 e) de la Convención.

8.16 En relación con las alegaciones de una posible violación de los artículos 2 c) y f), el Comité recuerda su jurisprudencia con arreglo a la cual, si bien reconoce que el texto de la Convención no hace referencia expresa al derecho a un recurso, considera que ese

derecho queda implícito, en particular en el artículo 2 c), conforme al cual los Estados partes se comprometen a “establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación”¹². Además, en virtud del artículo 2 f) leído conjuntamente con el artículo 3, el Estado parte está obligado a adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes existentes que constituyan discriminación contra la mujer. El Comité observa que la Junta Médica del hospital tardó 42 días en tomar una decisión sobre la solicitud de aborto presentada por la autora, y el director del hospital otros 20 en responder a la solicitud de reconsideración. Además, como ya se ha indicado anteriormente, el recurso de amparo no constituía una vía judicial eficaz para proteger el derecho de la autora a la atención médica adecuada. El Comité observa igualmente las alegaciones de la autora relativas a la ausencia de regulaciones legislativas y reglamentarias de acceso al aborto terapéutico en el Estado parte, lo que tiene como consecuencia que cada hospital determine arbitrariamente, entre otros, los tipos de requisitos necesarios, el procedimiento a seguir, dentro de qué plazos se debe resolver y la importancia a otorgar a la opinión de la madre. Estas alegaciones no han sido desvirtuadas por el Estado parte.

8.17 El Comité considera que, puesto que el Estado parte ha decidido legalizar el aborto terapéutico, debe establecer un marco jurídico apropiado que permita a las mujeres disfrutar de su derecho a aquél en condiciones que garanticen la necesaria seguridad jurídica, tanto para quienes recurren al aborto como para los profesionales de la salud que deben realizarlo. Es esencial que dicho marco jurídico contemple un mecanismo de toma de decisiones de manera rápida, con miras a limitar al máximo los posibles riesgos para la salud de la mujer embarazada, que la opinión de esta sea tenida en cuenta, que la decisión sea debidamente motivada y que haya derecho de apelación¹³. En el presente caso el Comité considera que L. C. no pudo beneficiarse de un procedimiento de solicitud de aborto terapéutico que respondiera a estas características. A la luz de la información contenida en el expediente, el Comité estima, en particular, que la tardanza de las autoridades hospitalarias en resolver la solicitud tuvo consecuencias nefastas para la salud física y mental de L. C. Por consiguiente, el Comité considera que L. C. no dispuso de un recurso efectivo y que los hechos expuestos dieron lugar a una violación del artículo 2 c) y f) de la Convención.

12 Véase la comunicación Nº 18/2008, *Vertido vs. Filipinas*, dictamen de 16 de julio de 2010, párr. 8.3.

13 En el mismo sentido, véase la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Tysiāc vs. Polonia*, párrs. 116 a 118.

8.18 El Comité observa que el hecho de que el Estado parte no protegiera los derechos reproductivos de la mujer ni promulgara leyes para reconocer el aborto por causa de abuso sexual o violación contribuyó a la situación en que se encuentra L. C. El Comité observa también que el Estado parte es responsable de que no se haya reconocido el peligro que corría L. C. de quedar permanentemente discapacitada, junto con el grave riesgo que representaba el embarazo para su salud física y mental, y de no haberle proporcionado los servicios médicos adecuados, a saber, una intervención quirúrgica a tiempo en la columna vertebral y un aborto terapéutico, que el Código Penal autoriza en esos casos. L. C. ha sufrido dolores físicos y mentales considerables. Su familia también ha padecido daños morales y materiales. Después de su aborto espontáneo del 16 de junio de 2007, se le practicó una operación quirúrgica en la columna vertebral el 11 de julio de 2007, casi tres meses y medio después de que el Jefe del Departamento de Neurocirugía recomendase una intervención urgente. Aunque los informes médicos señalaron que L. C. necesitaba terapia física intensiva y rehabilitación después de la operación, no se le proporcionó la necesaria rehabilitación después de la operación, no se le proporcionó la necesaria rehabilitación física y ayuda psicológico/psiquiátrica hasta varios meses después de efectuada la intervención, esto es a partir del 10 de diciembre de 2007. Tras estar ingresada dos meses en el Instituto Nacional de Rehabilitación, L. C. tuvo que abandonar el tratamiento por falta de medios financieros. El Comité observa que L. C., que era una joven de 16 años de edad en el momento de presentarse la comunicación, está paralizada del cuello para abajo, salvo algunos movimientos parciales de las manos. Se desplaza en silla de ruedas y necesita cuidados constantes. No puede proseguir su educación y su familia vive en condiciones precarias. Su madre (la autora), que tiene que atender continuamente a L. C., no puede trabajar. Además, el costo de los medicamentos y el equipo que necesita L. C. representa una excesiva carga financiera para la familia.

9. Actuando en virtud de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 7 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Comité considera que el Estado parte no ha cumplido sus obligaciones y, por tanto, ha violado los derechos de L. C. establecidos en los artículos 2 c) y f), 3, 5 y 12, junto con el artículo 1 de la Convención. En consecuencia, el Comité formula las siguientes recomendaciones para el Estado parte:

a) En relación con L. C.: Proporcionar medidas de reparación que incluyan una indemnización adecuada, por daños morales y materiales y medidas de rehabilitación, de modo acorde con la gravedad de la violación de sus derechos y de su estado de salud, a fin de que goce de la mejor calidad de vida posible.

b) General:

- i) Revisar su normatividad con miras a establecer un mecanismo para el acceso efectivo al aborto terapéutico, en condiciones que protejan la salud física y mental de las mujeres e impidan que en el futuro se produzcan violaciones similares a las del presente caso.
- ii) Tomar medidas para que las disposiciones pertinentes de la Convención y la Recomendación general N° 24 del Comité, en relación con los derechos reproductivos, sean conocidas y respetadas en todos los centros sanitarios. Entre estas medidas deben figurar programas de enseñanza y formación para incitar a los profesionales de la salud a cambiar sus actitudes y comportamientos en relación con las adolescentes que desean recibir servicios de salud reproductiva y respondan a las necesidades específicas de atención de la salud relacionadas con la violencia sexual. También deberán adoptarse directrices o protocolos para garantizar la disponibilidad de servicios de salud en lugares públicos y el acceso a los mismos.
- iii) El Estado parte también deberá revisar su legislación para despenalizar el aborto cuando el embarazo tenga como causa una violación o un abuso sexual.
- iv) El Comité reitera la recomendación que formuló al Estado parte, con ocasión del examen de su sexto informe periódico (CEDAW/C/PER/CO/6, párr. 25) por la que le insta a que examine su interpretación restringida del aborto terapéutico de conformidad con la Recomendación general N° 24 del Comité y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing.

[...].

*Comité de
Derechos Humanos*

K.L. vs. Perú

Comunicación N° 1153/2003

*Decisión del
24 de octubre de 2005*



DICTAMEN EMITIDO A TENOR DEL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

1. La autora de la comunicación es Karen Noelia Llantoy Huamán, nacida en 1984, quien alega ser víctima de una violación por parte de Perú, de los artículos 2, 3, 6, 7, 17, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Está representada por las organizaciones DEMUS, CLADEM y “Center for Reproductive Law and Policy”. El Protocolo Facultativo entró en vigor para Perú el 3 de octubre de 1980.

Antecedentes de hecho

2.1 La autora quedó embarazada en marzo de 2001, cuando tenía 17 años de edad. El 27 de junio de 2001 se le realizó una ecografía en el Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, dependiente del Ministerio de Salud. Del examen se estableció que se trataba de un feto anencefálico.

2.2 El 3 de julio de 2001, el Doctor Ygor Pérez Solf, médico ginecoobstetra del Hospital Nacional Arzobispo Loayza de Lima, informó a la autora sobre la anomalía que sufría el feto y los riesgos contra su vida en caso de continuar con el embarazo. El doctor Pérez le señaló que tenía dos opciones: continuar o interrumpir la gestación; recomendándole la interrupción mediante un legrado uterino. La autora decidió interrumpir el embarazo, por lo cual se le practicaron los estudios clínicos necesarios, los cuales confirmaron el padecimiento del feto.

2.3 El 19 de julio de 2001, cuando la autora se presentó en el hospital en compañía de su madre para ser internada para la intervención, el Doctor Pérez le informó que debía solicitarse la autorización por escrito al Director del hospital. Siendo la autora menor de edad, su madre, la Señora Elena Huamán Lara, presentó dicha solicitud. El 24 de julio de 2001, el Doctor Maximiliano Cárdenas Díaz, Director del Hospital, respondió por escrito, que no era posible realizar la interrupción de la gestación, por cuanto hacerlo sería contravenir a las normas legales, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del Código Penal, el aborto era reprimido con “pena privativa de libertad no mayor de tres meses cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas” y que, conforme al artículo 119 del mismo Código, “solo el aborto terapéutico está permitido cuando “la suspensión del embarazo es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave permanente”.

2.4 El 16 de agosto de 2001, la Señora Amanda Gayoso, Asistente Social adscrita al Colegio de Asistentes Sociales del Perú, realizó una evaluación del caso y concluyó que se recomendaba la intervención médica para interrumpir el embarazo “ya que de continuar solo se prolongaría la angustia e inestabilidad emocional de Karen y su familia”. Sin embargo, la intervención no se realizó debido a la negativa de los funcionarios médicos adscritos al Ministerio de Salud.

2.5 El 20 de agosto de 2001, la Doctora Marta B. Rendón, médico psiquiatra adscrita al Colegio Médico Peruano rindió un informe médico psiquiátrico de la autora, concluyendo que: “el presunto principio de la beneficencia para el feto ha dado lugar a maleficencia grave para la madre, pues se le ha sometido innecesariamente a llevar a término un embarazo cuyo desenlace fatal se conocía de antemano y se ha contribuido significativamente a desencadenar un cuadro de depresión con las severas repercusiones que esta enfermedad tiene para el desarrollo de una adolescente y para la futura salud mental de la paciente”.

2.6 El 13 de enero de 2002, con una demora de tres semanas respecto a la fecha normalmente prevista para el parto, la autora dio a luz una niña anencefálica, que vivió cuatro días; periodo durante el cual debió amamantarla. Después de la muerte de su hija, la autora se sumió en un estado de profunda depresión. Así lo diagnosticó la psiquiatra Marta B. Rondón. Asimismo, la autora afirma que padeció de una inflamación vulvar que requirió tratamiento médico.

2.7 La autora presenta al Comité la declaración médica de los Doctores Annibal Faúdes y Luis Távora, especialistas de la asociación “Center for Reproductive Rights”, quienes el 17 de enero de 2003 estudiaron el expediente clínico de la autora y señalaron que la anencefalia es una enfermedad fatal para el feto en todos los casos. La mayoría mueren inmediatamente después del nacimiento. Además pone en peligro la vida de la madre. En su opinión, al haber rechazado interrumpir el embarazo, el personal médico tomó una decisión perjudicial para la autora.

2.8 En cuanto al agotamiento de recursos internos, la autora alega que, se exceptúa este requisito cuando los recursos judiciales disponibles a nivel nacional son ineficaces para el caso que se plantea, y recuerda que el Comité ha establecido en múltiples ocasiones que el autor no está obligado a agotar un recurso que sería ineficaz. Agrega que en el Perú no existe ningún recurso administrativo que permita interrumpir un embarazo por motivos terapéuticos, y no existe tampoco ningún recurso judicial que opere con la celeridad y eficacia necesarias para que una mujer pueda exigir a las autoridades la garantía

de su derecho a un aborto legal dentro del periodo limitado, en virtud de la circunstancias especiales que se requieren en estos casos. Asimismo, señala que sus limitaciones económicas y las de su familia le impidieron obtener asesoría legal.

2.9 La autora afirma que la denuncia no se encuentra pendiente ante otro procedimiento de arreglo internacional.

[...]

Deliberaciones del Comité

Examen relativo a la admisibilidad

5.1 De conformidad con el artículo 93 de su reglamento, antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos debe decidir si la comunicación es admisible en virtud de Protocolo Facultativo del Pacto.

5.2 El Comité observa que según la autora el mismo asunto no ha sido sometido a ningún otro procedimiento internacional de examen. El Comité también toma nota de sus argumentos en el sentido de que en el Perú no existe ningún recurso administrativo que permita interrumpir un embarazo por motivos terapéuticos, y no existe tampoco ningún recurso judicial que opere con la celeridad y eficacia necesarias para que una mujer pueda exigir a las autoridades la garantía de su derecho a un aborto legal dentro del periodo limitado, en virtud de la circunstancias especiales que se requieren en estos casos. El Comité recuerda su jurisprudencia en el sentido de que un recurso que no puede prosperar no puede contar y no tiene que agotarse a los fines del Protocolo Facultativo⁴. No se ha recibido ninguna objeción del Estado Parte en este sentido, por lo que debe darse el peso debido a las alegaciones de la autora. Por lo tanto, el Comité considera que se han satisfecho los requisitos de los apartados a) y b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

5.3 El Comité considera que las alegaciones de la autora relativas a una presunta violación de los artículos 3 y 26 del Pacto no han sido debidamente fundamentadas, ya que la autora no ha traído a la consideración del Comité elementos de juicio sobre los hechos ocurridos que pudieran establecer algún tipo de discriminación a los que se

4 Véase Comunicación N° 701/1996, *Cesáreo Gómez Vázquez vs. España*; Dictamen del 20 de julio de 2000, párr.6.2.

refieren los artículos citados. Por consiguiente, la parte de la comunicación que se refiera a los artículos 3 y 26 se declara inadmisibles con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

5.4 El Comité observa que la autora ha alegado una violación del artículo 2, del Pacto. El Comité recuerda su constante jurisprudencia consistente en que el artículo 2 constituye un compromiso general de los Estados, y por su carácter accesorio, no puede ser invocado aisladamente por particulares en virtud del Protocolo Facultativo⁵. Por consiguiente, la denuncia relacionada con el artículo 2 será analizada conjuntamente con las demás alegaciones hechas por la autora.

5.5 En cuanto a las alegaciones relativas a los artículos 6, 7, 17 y 24 del Pacto, el Comité considera que están suficientemente fundamentadas, a efectos de la admisibilidad, y que parecen plantear cuestiones en relación con esas disposiciones. En consecuencia, procede a examinar la comunicación en cuanto al fondo.

Examen relativo al fondo

6.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación a la luz de toda la información recibida, según lo estipulado en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

6.2 El Comité observa que la autora acompañó una declaración médica que acredita que debido a su embarazo estuvo sujeta a un riesgo vital. Además, quedó con secuelas psicológicas severas acentuadas por su situación de menor de edad, como lo estableció el dictamen psiquiátrico del 20 de agosto de 2001. El Comité nota que el Estado parte no ha presentado ningún elemento para desacreditar lo anterior. El Comité observa que las autoridades estaban en conocimiento del riesgo vital que corría la autora, pues un médico ginecoobstetra del mismo hospital le había recomendado la interrupción del embarazo, debiendo realizarse la intervención médica en ese mismo hospital público. La negativa posterior de las autoridades médicas competentes a prestar el servicio pudo haber puesto en peligro la vida de la autora. La autora señala que no contó con un recurso eficaz para oponerse a tal decisión. A falta de cualquier información del Estado parte, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora.

5 Véase Comunicación N° 802/1998, *Andrew Rogerson vs. Australia*; Dictamen del 3 de abril de 2002, párr. 7.9.

6.3 La autora alega que, debido a la negativa de las autoridades médicas a efectuar el aborto terapéutico, tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo. Esta fue una experiencia que sumó más dolor y angustia a la ya acumulada durante el periodo en que estuvo obligada a continuar con su embarazo. La autora acompaña un certificado psiquiátrico del 20 de agosto de 2001, que establece el estado de profunda depresión en la que se sumió y las severas repercusiones que esto le trajo, teniendo en cuenta su edad. El Comité observa que esta situación podía preverse, ya que un médico del hospital diagnosticó que el feto padecía de anancefalia, y sin embargo, el director del hospital Estatal se negó a que se interrumpiera el embarazo. La omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión de Comité, la causa del sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar. El Comité ha señalado en su Observación general N° 20 que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no solo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores⁶. Ante la falta de información del Estado parte en este sentido, debe darse el peso debido a las denuncias de la autora. En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examina revelan una violación del artículo 7 del Pacto. A la luz de esta decisión, el Comité no considera necesario, en las circunstancias del caso, tomar una decisión relativa al artículo 6 del Pacto.

6.4 La autora afirma que al negarle la posibilidad de una intervención médica para suspender el embarazo, el Estado parte interfirió de manera arbitraria en su vida privada. El Comité nota que un médico del sector público informó a la autora que tenía la posibilidad de continuar con el embarazo o de suspenderlo de acuerdo con la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre. Ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a la denuncia de la autora en el sentido de que cuando los hechos ocurrieron, las condiciones para un aborto legal, conforme a lo establecido por la ley, estaban presentes. En las circunstancias del caso, la negativa de actuar conforme a la decisión de la autora, de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del Pacto.

6.5 La autora alega una violación del artículo 24 del Pacto, ya que no recibió del Estado parte la atención especial que requería en su condición de menor de edad. El Comité observa la vulnerabilidad especial de la autora por ser menor de edad. Nota además que, ante la falta de información del Estado parte, debe darse el peso debido a

6 Observación general N° 20 del Comité de Derechos Humanos: Prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7), 10 de marzo de 1992, HRI/GEN/1/Rev 1, par. 2 y 5.

las denuncias de la autora en el sentido de que no recibió, ni durante ni después de su embarazo, el apoyo médico y psicológico necesario en las circunstancias específicas de su caso. En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examinan revelan una violación del artículo 24 del Pacto.

6.6 La autora alega haber sido objeto de violación del artículo 2 porque no contó con un recurso adecuado. Ante la falta de información del Estado parte el Comité considera que debe otorgar el peso debido a las alegaciones de la autora en cuanto a la falta de un recurso adecuado y concluye, por consiguiente, que los hechos examinados revelan igualmente una violación del artículo 2 en relación con los artículos 7, 17 y 24 del Pacto.

7. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación de los artículos 2, 7, 17 y 24 del Pacto.

[...]

APÉNDICE

VOTO EN DISIDENCIA DEL MIEMBRO DEL COMITÉ HIPÓLITO SOLARI-YRIGOYEN

Fundo a continuación mi opinión disidente con el voto de la mayoría en el punto que no ha considerado violado el artículo 6º del Pacto en la comunicación en examen:

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

El Comité observa que la autora, cuando era menor de edad, y su madre, fueron informadas por el médico ginecólogoobstetra del Hospital Nacional de Lima al que concurrieron con motivo del embarazo de la primera, que el feto sufría de una anencefalia, que provocaría fatalmente su muerte al nacer. Le señaló entonces a la autora que tenía dos opciones, a saber: 1) Continuar el embarazo lo que pondría en riesgo su propia vida o 2) interrumpir la gestación mediante un aborto terapéutico, recomendándole esta última opción. Ante este concluyente consejo del médico especialista que la puso al tanto de los riesgos que corría su vida de continuar el embarazo, la autora decidió seguir el consejo del profesional y aceptó la segunda opción, motivo por el cual se le hicieron todos los análisis clínicos necesarios que ratificaron los dichos del médico sobre los riesgos de la vida de la madre de continuar el embarazo y sobre la muerte inexorable del feto al nacer.

Con los certificados médicos y psicológicos acompañados, la autora ha acreditado todas sus afirmaciones sobre el riesgo vital que corría con la continuidad del embarazo. Pese a dichos riesgos el director del Hospital público no permitió el aborto terapéutico permitido por la ley del Estado Parte, por considerar que no era un aborto de tales características sino que sería un aborto voluntario e infundado reprimido por el Código Penal. No acompañó al respecto ningún dictamen legal que respaldase su encuadramiento extraprofesional ni que desvirtuara las acreditaciones médicas que señalaban los serios riesgos de la vida de la madre. El Comité puede observar, además, que el Estado Parte no ha presentado ningún elemento de prueba que contradiga los dichos de la autora y las pruebas por ella aportadas. La negativa al aborto terapéutico no solo puso en riesgo la vida de la autora sino que le produjo serias consecuencias, las que también han sido acreditadas por la autora ante el Comité con certificados válidos.

No solo quitándole la vida a una persona se viola el artículo 6° del Pacto sino también cuando se pone su vida ante serios riesgos, como ha ocurrido en el presente caso. En consecuencia, considero que los hechos expuestos revelan una violación del artículo 6 del Pacto.

Firmado: Hipólito Solari-Yrigoyen

*Comité de
Derechos Humanos*

L.M.R. vs. Argentina

Comunicación N° 1608/2007

*Decisión del
29 de marzo de 2011*



DICTAMEN EMITIDO A TENOR DEL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

1. La autora de la comunicación, de fecha 25 de mayo de 2007, es V.D.A., ciudadana argentina, quien presenta la comunicación en nombre de su hija L.M.R., nacida el 4 de mayo de 1987. Alega que su hija fue víctima por parte de Argentina de violaciones a los artículos 2; 3; 6; 7; 17; y 18 del Pacto. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado Parte el 8 de noviembre de 1986. La autora está representada por abogado.

Los hechos expuestos por la autora

2.1 L.M.R. es una joven residente en Guernica, Provincia de Buenos Aires, que padece una discapacidad mental permanente. Vive con su madre, V.D.A, asiste a una escuela especial y tiene un tratamiento neurológico. Se le ha diagnosticado una edad mental entre 8 y 10 años.

2.2 En junio de 2006 la autora llevó a su hija al hospital de Guernica porque afirmaba que se sentía mal. En el hospital se constató que estaba embarazada, ante lo cual la autora solicitó se le practicara una interrupción de embarazo. El hospital se negó a practicar la operación y remitió a la paciente al Hospital San Martín de la ciudad de La Plata, que es un hospital público. También le informaron de que debía hacer la denuncia policial. Dicha denuncia fue interpuesta el 24 de junio de 2006 contra un tío de L.M.R., sospechoso de haberla violado. La autora afirma que el Hospital de Guernica contaba con los medios necesarios para realizar la intervención, sin necesidad de derivación alguna, y que el rechazo obligó a la familia a acudir a la capital de la provincia, situada a 100 km. de distancia, con los gastos y las molestias que ello conllevaba.

2.3 L.M.R. llegó al Hospital de San Martín con un embarazo de aproximadamente 14,5 semanas. El 4 de julio de 2006 fue internada y las autoridades del hospital solicitaron con carácter urgente la reunión del Comité de Bioética para que emitiera su opinión. Dado que era un caso de aborto no punible, encuadrado en el artículo 86, inciso 2 del Código Penal¹, se empezaron a realizar los estudios prequirúrgicos para practicar la operación.

1 Esta disposición establece lo siguiente: El aborto practicado por un medico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y 2) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Dicha disposición otorga a las mujeres con discapacidad mental que hayan sido violadas el derecho a interrumpir su embarazo, sin fijar plazos ni especificar el tipo de procedimiento médico a utilizar. Tampoco exige ningún tipo de autorización judicial, sólo se requiere el diagnóstico de la discapacidad, la autorización del representante legal y que el aborto sea realizado por un médico diplomado.

2.4 El hospital recibió una orden judicial exigiendo la interrupción de todos los procedimientos y se inició un proceso judicial para impedir el aborto. La jueza de menores falló prohibiendo el mismo, por considerar que no era para ella admisible reparar una agresión injusta (el abuso sexual) “con otra agresión injusta contra una nueva víctima inocente como es el bebe”.

2.5 La decisión fue confirmada en apelación por la Cámara Civil, quien instruyó a la jueza para que extremara el control de L.M.R., en compañía de su madre, en cuanto a la evolución del embarazo y supervisara de manera constante y directa tanto el estado de salud de la menor como del niño por nacer por intermedio de la Subsecretaría de la Minoridad.

2.6 La sentencia fue recurrida ante la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, quien en sentencia de 31 de julio de 2006, dejó sin efecto la sentencia recurrida y determinó que el aborto podía realizarse². En consecuencia, comunicó al hospital de San Martín que la intervención médica que iban a realizar era legal y no requería autorización judicial. Esta sentencia se dictó casi un mes y medio después de denunciada la violación y del pedido de interrupción del embarazo.

2.7 Pese a la sentencia, el Hospital San Martín y la familia recibieron múltiples presiones de distintos sectores contrarios a la realización del aborto y el hospital se negó a practicarlo, con el argumento de que el embarazo estaba demasiado avanzado (entre 20 y 22 semanas). Con ayuda de organismos de mujeres se realizó una nueva ecografía en un servicio privado el 10 de agosto, la cual determinó un tiempo de gestación de 20,4 semanas.

2 La Corte declaró que: “a) la aplicación del art. 86, inc. 2 del Código Penal no requiere de autorización judicial; b) en vista de que el presente caso encuadra en un supuesto objetivo no incriminado por el ordenamiento jurídico (...) no corresponde expedir un mandato de prohibición a la práctica de interrupción del embarazo sobre la joven (...), en tanto esa intervención se decida llevar a cabo por profesionales de la medicina en función de sus reglas del arte de curar”.

2.8 La familia, acompañada de organismos de mujeres, contactó distintos hospitales y centros de salud, dentro y fuera de la provincia, pero ninguno accedió a realizar el aborto. Pese a ello, la familia logró que se practicara de manera clandestina el 26 de agosto de 2006.

2.9 Se encuentra documentado en la prensa que tanto el Rector de la Universidad Católica como el representante de la Corporación de Abogados Católicos, se involucraron en las presiones a la familia y a los médicos, e incluso hicieron públicas las cartas amenazadoras enviadas al hospital, sin que ninguna autoridad interviniera.

[...]

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

8.1 Antes de examinar toda reclamación formulada en una comunicación el Comité de Derechos Humanos debe decidir, de conformidad con el artículo 93 de su reglamento, si la comunicación es admisible en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto.

8.2 Conforme al apartado a) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, el Comité se ha cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.

8.3 El Comité observa que, si bien en un primer momento el Estado parte planteó que la comunicación era inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos internos, en correspondencia posterior se mostró de acuerdo con la autora en que había existido una interferencia ilegítima por parte de las instancias inferiores del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires en la aplicación del artículo 86, inc. 2 del Código Penal en el caso de L.M.R. También se mostró de acuerdo con la autora en que se había producido la violación de varios artículos del Pacto. En consecuencia, el Comité considera que no existen obstáculos al examen del fondo de la comunicación con arreglo al artículo 5, párrafo 2 b) del Protocolo Facultativo.

8.4 El Comité toma nota de las alegaciones de la autora en el sentido de que el Estado parte, al no disponer de mecanismos para que a L.M.R. se le permitiera interrumpir su embarazo, es responsable por omisión de una violación del artículo 2 del Pacto. El Comité recuerda su jurisprudencia constante de que el artículo 2 constituye un compromiso

general de los Estados y no puede ser invocado de manera autónoma por los particulares en el marco del Protocolo Facultativo. Por consiguiente, la denuncia relacionada con esta disposición será analizada conjuntamente con las denuncias relativas a otros artículos del Pacto formuladas por la autora⁵.

8.5 El Comité toma nota igualmente de la denuncia de la autora de que la imposibilidad de obtener la interrupción del embarazo constituyó una violación al derecho a la igualdad y a la no discriminación conforme al artículo 3 del Pacto. En su opinión, la falta de debida diligencia del Estado para garantizar un derecho legal a un procedimiento sólo requerido por las mujeres habría resultado en una práctica discriminatoria en relación con L.M.R. El Comité considera que esta denuncia está íntimamente relacionada con las relativas a otros artículos del Pacto, por lo que debe ser analizada conjuntamente con las mismas.

8.6 El Comité nota la denuncia de la autora de que los hechos configuran una violación del derecho a la vida de L.M.R., ya que el Estado no tomó las medidas necesarias ni observó la debida diligencia para que L.M.R. obtuviera una interrupción segura de su embarazo y evitar que se sometiera a un aborto clandestino e inseguro. El Comité observa, sin embargo, que del expediente no se desprende que la vida de L.M.R. haya estado particularmente en peligro por las características del embarazo o las circunstancias en que la interrupción del mismo se efectuó. Por consiguiente, el Comité considera esta denuncia inadmisibles por falta de fundamentación, conforme al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.7 La autora sostiene que su hija fue objeto de una violación del artículo 18 debido a la inacción del Estado ante las presiones y amenazas provenientes de sectores católicos y ante la objeción de conciencia de los médicos del hospital. El Estado parte niega que este artículo haya sido conculcado, ya que la actividad de grupos particulares es ajena a la actuación de los miembros de éste, y que fueron cuestiones médicas las que determinaron el rechazo del hospital de efectuar la operación. En las circunstancias el Comité considera que la autora no ha fundamentado suficientemente su queja, a efectos de la admisibilidad, y que la misma debe considerarse inadmisibles en virtud del artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.8 En cuanto a las denuncias relativas a los artículos 7 y 17 del Pacto, el Comité considera que las mismas han sido suficientemente fundamentadas, a efectos de la admisibilidad.

5 Comunicación n° 1153/2003, *K.N.L.H. c. Perú*, cit., párrafo 5.4.

8.9 En vista de lo que precede, el Comité declara la comunicación admisible en cuanto plantea cuestiones relacionadas con los artículos 2, 3, 7 y 17 del Pacto.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

9.1 El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.2 El Comité toma nota de las alegaciones de la autora de que la obligación impuesta a su hija de continuar con el embarazo, a pesar de estar amparada por el artículo 86, inc. 2 del Código Penal, constituyó un trato cruel e inhumano. El Estado parte señala que la circunstancia de haber tenido que transitar un embarazo producto de una violación y someterse a un aborto en el circuito clandestino pudo haber actuado como concausa del daño moral que sufrió la víctima, aunque no configuraría tortura. El Comité considera que la omisión del Estado, al no garantizar a L.M.R. el derecho a la interrupción del embarazo conforme a lo previsto en el artículo 86, inc. 2 del Código Penal cuando la familia lo solicitó, causó a L.M.R. un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7 del Pacto, tanto más grave cuanto que se trataba de una joven con una discapacidad. En este sentido el Comité recuerda su Observación general N° 20 en la que señala que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no sólo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral⁶.

9.3 El Comité toma nota de la denuncia de la autora de que los hechos constituyeron una injerencia arbitraria en la vida privada de L.M.R. Igualmente, toma nota de la afirmación del Estado parte de que la ilegítima ingerencia del Estado, a través del poder judicial, en una cuestión que debía resolverse entre la paciente y su médico podría ser considerado una violación del derecho a la intimidad de aquélla. En las circunstancias, el Comité considera que se produjo una violación del artículo 17, párrafo 1 del Pacto⁷.

9.4 El Comité toma nota de las alegaciones de la autora en el sentido de que el Estado parte, al no disponer de mecanismos para que a L.M.R. se le permitiera interrumpir su embarazo, es responsable por omisión de una violación del artículo 2 del Pacto. El Comité

6 Observación general N° 20: Prohibición de torturas y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), 10 de marzo de 1992, párrafo 5. Véase igualmente *K.N.L.H. c. Perú*, cit., párrafo 6.3.

7 *K.N.L.H. vs. Perú*, cit., párrafo 6.4.

observa que los recursos judiciales promovidos internamente para garantizar el acceso a la interrupción del embarazo fueron resueltos favorablemente para L.M.R. con el fallo de la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, para llegar a ese resultado la autora debió pasar por tres instancias judiciales, el período del embarazo se prolongó de varias semanas, con las consecuencias que ello implicaba para la salud de L.M.R. y motivó que, finalmente, tuviera que acudir a su realización de manera clandestina. Por estas razones el Comité considera que la autora no dispuso de un recurso efectivo y que los hechos descritos configuran una violación del artículo 2, párrafo 3 en relación con los artículos 3, 7 y 17 del Pacto.

10. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación de los artículos 7, 17 y 2, párrafo 3 en relación con los artículos 3, 7 y 17 del Pacto.

[...].

Anexo

*Comité para la
Eliminación de la Discriminación
contra la Mujer*

Recomendación General N° 24

*Adoptada durante el
20° período de sesiones
1999*



RECOMENDACIÓN GENERAL N° 24 DEL COMITÉ PARA LA
ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER
(CEDAW)*

Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud

1. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, afirmando que el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico previsto en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, decidió, en su 20° período de sesiones, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21, hacer una recomendación general sobre el artículo 12 de la Convención.

[...]

Artículo 12

8. El artículo 12 dice lo siguiente:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.”

Se alienta a los Estados Partes a ocuparse de cuestiones relacionadas con la salud de la mujer a lo largo de toda la vida de ésta. Por lo tanto, a los efectos de la presente Recomendación general, el término “mujer” abarca asimismo a la niña y a la adolescente. En la presente Recomendación general se expone el análisis efectuado por el Comité de los elementos fundamentales del artículo 12.

Elementos fundamentales

Artículo 12, párrafo 1

[...]

11. Las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer. La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios.

12. Los Estados Partes deberían informar sobre cómo interpretan la forma en que las políticas y las medidas sobre atención médica abordan los derechos de la mujer en materia de salud desde el punto de vista de las necesidades y los intereses propios de la mujer y en qué forma la atención médica tiene en cuenta características y factores privativos de la mujer en relación con el hombre, como los siguientes:

- a) Factores biológicos que son diferentes para la mujer y el hombre, como la menstruación, la función reproductiva y la menopausia. Otro ejemplo es el mayor riesgo que corre la mujer de resultar expuesta a enfermedades transmitidas por contacto sexual;
- b) Factores socioeconómicos que son diferentes para la mujer en general y para algunos grupos de mujeres en particular. Por ejemplo, la desigual relación de poder entre la mujer y el hombre en el hogar y en el lugar de trabajo puede repercutir negativamente en la salud y la nutrición de la mujer. Las distintas formas de violencia de que ésta pueda ser objeto pueden afectar a su salud. Las niñas y las adolescentes con frecuencia están expuestas a abuso sexual por parte de familiares y hombres mayores; en consecuencia, corren el riesgo de sufrir daños físicos y psicológicos y embarazos indeseados o prematuros. Algunas prácticas culturales o tradicionales, como la mutilación genital de la mujer, conllevan también un elevado riesgo de muerte y discapacidad;
- c) Entre los factores psicosociales que son diferentes para el hombre y la mujer figuran la depresión en general y la depresión en el período posterior al parto en particular, así como otros problemas psicológicos, como los que causan trastornos del apetito, tales como anorexia y bulimia;
- d) La falta de respeto del carácter confidencial de la información afecta tanto al hombre como a la mujer, pero puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar. Por esa razón,

la mujer estará menos dispuesta a obtener atención médica para tratar enfermedades de los órganos genitales, utilizar medios anticonceptivos o atender a casos de abortos incompletos, y en los casos en que haya sido víctima de violencia sexual o física.

[...]

14. 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 casada¹ o por su condición de mujer. El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones.

[...]

18. Las cuestiones relativas al VIH/SIDA y otras enfermedades transmitidas por contacto sexual tienen importancia vital para el derecho de la mujer y la adolescente a la salud sexual. Las adolescentes y las mujeres adultas en muchos países carecen de acceso suficiente a la información y los servicios necesarios para garantizar la salud sexual. Como consecuencia de las relaciones desiguales de poder basadas en el género, las mujeres adultas y las adolescentes a menudo no pueden negarse a tener relaciones sexuales ni insistir en prácticas sexuales responsables y sin riesgo. Prácticas tradicionales nocivas, como la mutilación genital de la mujer y la poligamia, al igual que la violación marital, también pueden exponer a las niñas y mujeres al riesgo de contraer VIH/SIDA y otras enfermedades transmitidas por contacto sexual. Las mujeres que trabajan en la prostitución también son especialmente vulnerables a estas enfermedades. Los Estados Partes deben garantizar, sin prejuicio ni discriminación, el derecho a información, educación y servicios sobre salud sexual para todas las mujeres y niñas, incluidas las que hayan sido objeto de trata, aun si no residen legalmente en el país. En particular, los Estados Partes deben garantizar los derechos de los adolescentes de ambos sexos a educación sobre salud sexual y genésica por personal debidamente capacitado en programas especialmente concebidos que respeten sus derechos a la intimidad y la confidencialidad.

1 Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento N° 38 (A/49/38)*, cap. I, sec. A), Recomendación general N° 21, párr. 29.

[...]

20. Las mujeres tienen el derecho a estar plenamente informadas por personal debidamente capacitado de sus opciones al aceptar tratamiento o investigación, incluidos los posibles beneficios y los posibles efectos desfavorables de los procedimientos propuestos y las opciones disponibles.

[...]

22. Además, los Estados Partes deben informar sobre las medidas que han adoptado para garantizar el acceso a servicios de atención médica de calidad, lo que entraña, por ejemplo, lograr que sean aceptables para la mujer. Son aceptables los servicios que se prestan si se garantiza el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad, se garantiza su intimidad y se tienen en cuenta sus necesidades y perspectivas. Los Estados Partes no deben permitir formas de coerción, tales como la esterilización sin consentimiento o las pruebas obligatorias de enfermedades venéreas o de embarazo como condición para el empleo, que violan el derecho de la mujer a la dignidad y dar su consentimiento con conocimiento de causa.

23. En sus informes, los Estados Partes deben indicar qué medidas han adoptado para garantizar el acceso oportuno a la gama de servicios relacionados con la planificación de la familia en particular y con la salud sexual y genésica en general. Se debe prestar atención especial a la educación sanitaria de los adolescentes, incluso proporcionarles información y asesoramiento sobre todos los métodos de planificación de la familia².

[...]

Otros artículos pertinentes de la Convención

28. Se insta a los Estados Partes a que, cuando informen sobre las medidas adoptadas en cumplimiento del artículo 12, reconozcan su vinculación con otros artículos de la Convención relativos a la salud de la mujer. Entre esos otros artículos figuran el apartado b) del artículo 5, que exige que los Estados Partes garanticen que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social; el artículo 10,

2 La educación sanitaria de los adolescentes debería abarcar además, entre otras cosas, la igualdad entre los sexos, la violencia, la prevención de enfermedades de transmisión sexual y los derechos relativos a la salud reproductiva y sexual.

en el que se exige que los Estados Partes aseguren las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación, los cuales permitirán que la mujer tenga un acceso más fácil a la atención médica, reduzcan la tasa de abandono femenino de los estudios, que frecuentemente obedece a embarazos prematuros; el apartado h) del párrafo 10, que exige que los Estados Partes faciliten a mujeres y niñas 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; el artículo 11, que se ocupa en parte de la protección de la salud y la seguridad de la mujer en las condiciones de trabajo, lo que incluye la salvaguardia de la función de reproducción, la protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella y la implantación de la licencia de maternidad; el apartado b) del párrafo 2 del artículo 14, que exige que los Estados Partes aseguren a la mujer de las zonas rurales el acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia; y el apartado h) del párrafo 2 del artículo 14, que obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones, sectores todos ellos primordiales para prevenir las enfermedades y fomentar una buena atención médica; y el apartado e) del párrafo 1 del artículo 16, que exige que los Estados Partes aseguren que la mujer tenga los mismos derechos que el hombre a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer esos derechos. Además, en el párrafo 2 del artículo 16 se prohíben los esponsales y el matrimonio de niños, lo que tiene importancia para impedir el daño físico y emocional que causan a la mujer los partos a edad temprana.

Recomendaciones para la adopción de medidas por parte de los gobiernos

29. Los Estados Partes deberían ejecutar una estrategia nacional amplia para fomentar la salud de la mujer durante todo su ciclo de vida. Esto incluirá intervenciones dirigidas a la prevención y el tratamiento de enfermedades y afecciones que atañen a la mujer, al igual que respuestas a la violencia contra la mujer, y a garantizar el acceso universal de todas las mujeres a una plena variedad de servicios de atención de la salud de gran calidad y asequibles, incluidos servicios de salud sexual y genésica.

[...]

31. Los Estados Partes también deberían, en particular:

(...)

b) Garantizar la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual y genésica y, en particular, asignar recursos a programas orientados a las adolescentes para la prevención y el tratamiento de enfermedades venéreas, incluido el virus de inmunodeficiencia humana/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA);

c) Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos;

(...)

e) Exigir que todos los servicios de salud sean compatibles con los derechos humanos de la mujer, inclusive sus derechos a la autonomía, intimidad, confidencialidad, consentimiento y opción con conocimiento de causa;

(...).

Anexo

*Comité de Derechos
Económicos, Sociales
y Culturales*

Observación General N° 14

*Aprobado el
11 de mayo de 2000*



*CUESTIONES SUSTANTIVAS QUE SE PLANTEAN EN LA APLICACIÓN DEL
PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y
CULTURALES.
OBSERVACIÓN GENERAL N° 14 (2000)*

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley¹.

2. Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”. Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta

1 Por ejemplo, el principio de no discriminación respecto de los establecimientos, bienes y servicios de salud es legalmente aplicable en muchas jurisdicciones nacionales.

Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos², así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales³.

3. El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud.

4. Al elaborar el artículo 12 del Pacto, la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas no adoptó la definición de la salud que figura en el preámbulo de la Constitución de la OMS, que concibe la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades”. Sin embargo, la referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al “más alto nivel posible de salud física y mental” no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

2 En su resolución 1989/11.

3 Los Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1991 (resolución 46/119), y la observación general N° 5 del Comité sobre personas con discapacidad se aplican a los enfermos mentales; el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración y Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer.

5. El Comité es consciente de que para millones de personas en todo el mundo el pleno disfrute del derecho a la salud continúa siendo un objetivo remoto. Es más, en muchos casos, sobre todo por lo que respecta a las personas que viven en la pobreza, ese objetivo es cada vez más remoto. El Comité es consciente de que los formidables obstáculos estructurales y de otra índole resultantes de factores internacionales y otros factores fuera del control de los Estados impiden la plena realización del artículo 12 en muchos Estados Partes.

6. Con el fin de ayudar a los Estados Partes a aplicar el Pacto y cumplir sus obligaciones en materia de presentación de informes, esta observación general se centra en el contenido normativo del artículo 12 (parte I), en las obligaciones de los Estados Partes (parte II), en las violaciones (parte III) y en la aplicación en el plano nacional (parte IV), mientras que la parte V versa sobre las obligaciones de actores distintos de los Estados Partes. La observación general se basa en la experiencia adquirida por el Comité en el examen de los informes de los Estados Partes a lo largo de muchos años.

I. Contenido normativo del Artículo 12

[...]

8. El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar *sano*. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

[...]

11. El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.

[...]

Apartado a) del párrafo 2 del artículo 12. El derecho a la salud materna, infantil y reproductiva

14. La disposición relativa a “la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños” (apartado a) del párrafo 2 del artículo 12)¹⁰ se puede entender en el sentido de que es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto¹¹, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información¹².

[...]

Artículo 12 -Temas especiales de alcance general

[...]

La perspectiva de género

20. El Comité recomienda que los Estados incorporen la perspectiva de género en sus políticas, planificación, programas e investigaciones en materia de salud a fin de promover mejor la salud de la mujer y el hombre. Un enfoque basado en la perspectiva de género reconoce que los factores biológicos y socioculturales ejercen una influencia

10 Según la OMS, la tasa de mortinatalidad ya no suele utilizarse; en sustitución de ella se utilizan las tasas de mortalidad infantil y de niños menores de 5 años.

11 El término *prenatal* significa existente o presente antes del nacimiento. (En las estadísticas médicas, el período comienza con la terminación de las 28 semanas de gestación y termina, según las distintas definiciones, entre una y cuatro semanas antes del nacimiento); por el contrario, el término *neonatal* abarca el período correspondiente a las cuatro primeras semanas después del nacimiento; mientras que el término *postnatal* se refiere a un acontecimiento posterior al nacimiento. En esta observación general se utilizan exclusivamente los términos prenatal y postnatal, que son más genéricos.

12 La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto.

importante en la salud del hombre y la mujer. La desagregación, según el sexo, de los datos socioeconómicos y los datos relativos a la salud es indispensable para determinar y subsanar las desigualdades en lo referente a la salud.

La mujer y el derecho a la salud

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

Los niños y adolescentes

[...]

23. Los Estados Partes deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud. El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva.

[...]

II. Obligaciones de los Estados Partes

[...]

Obligaciones legales específicas

34. En particular, los Estados tienen la obligación de *respetar* el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. Además, las obligaciones de respetar incluyen la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas. Esas excepciones deberán estar sujetas a condiciones específicas y restrictivas, respetando las mejores prácticas y las normas internacionales aplicables, en particular los Principios de las Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental²⁴. Asimismo, los Estados deben abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud. Los Estados deben abstenerse asimismo de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra, por ejemplo mediante los desechos industriales de las instalaciones propiedad del Estado, utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas si, como resultado de esos ensayos, se liberan sustancias nocivas para la salud del ser humano, o limitar el acceso a los servicios de salud como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario.

[...]

36. La obligación de *cumplir* requiere, en particular, que los Estados Partes reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud. Los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso

24 Resolución 46/119 de la Asamblea General (1991).

igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas. La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales. Los Estados tienen que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de salud mental, teniendo debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país. Otras obligaciones incluyen el establecimiento de un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/SIDA, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas. Los Estados también tienen la obligación de adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, así como también contra cualquier otra amenaza que se determine mediante datos epidemiológicos. Con tal fin, los Estados deben formular y aplicar políticas nacionales con miras a reducir y suprimir la contaminación del aire, el agua y el suelo, incluida la contaminación causada por metales pesados tales como el plomo procedente de la gasolina. Asimismo, los Estados Partes deben formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al mínimo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como formular una política nacional coherente en materia de seguridad en el empleo y servicios de salud²⁵.

[...]

25 Forman parte integrante de esa política la identificación, determinación, autorización y control de materiales, equipo, sustancias, agentes y procedimientos de trabajo peligrosos; la facilitación a los trabajadores de información sobre la salud, y la facilitación, en caso necesario, de ropa y equipo de protección; el cumplimiento de leyes y reglamentos merced a inspecciones adecuadas; el requisito de notificación de accidentes laborales y enfermedades profesionales; la organización de encuestas sobre accidentes y enfermedades graves, y la elaboración de estadísticas anuales; la protección de los trabajadores y sus representantes contra las medidas disciplinarias de que son objeto por actuar de conformidad con una política de esa clase, y la prestación de servicios de salud en el trabajo con funciones esencialmente preventivas. Véase el Convenio Nº 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo (1981) y el Convenio Nº 161 de la OIT sobre los servicios de salud en el trabajo (1985).

Obligaciones básicas

[...]

44. El Comité confirma asimismo que entre las obligaciones de prioridad comparables figuran las siguientes:

- a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil;
- b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad;
- c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas;
- d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades;
- e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

[...]

III. Violaciones

[...]

Violaciones de la obligación de cumplir

52. Las violaciones de las obligaciones de cumplir se producen cuando los Estados Partes no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud. Cabe citar entre ellas la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas; la no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional, por ejemplo mediante la elaboración y aplicación de indicadores y bases de referencia; el hecho de no adoptar medidas para reducir la distribución no equitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud; la no adopción de un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género; y el hecho de no reducir las tasas de mortalidad infantil y materna.

[...].

Anexo

*Comisión Interamericana
de Derechos Humanos*

*Paulina del Carmen Ramírez Jacinto
vs. México*

Petición 161-02

*Informe N° 21/07
Solución Amistosa*

9 de marzo de 2007



*GOBIERNO DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA
PRONUNCIAMIENTO PÚBLICO DE RESPONSABILIDAD
PAULINA RAMÍREZ JACINTO
P-161/02*

En cumplimiento al Acuerdo de Solución Amistosa celebrado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con relación al caso Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, el Gobierno del Estado de Baja California manifiesta que:

Los hechos que dieron origen al presente asunto sucedieron en la ciudad de Mexicali, Baja California, el 31 de julio de 1999, cuando ocurrieron los delitos de violación equiparada y robo con violencia contra la menor Paulina Ramírez Jacinto de 13 años de edad (nació el 1 de septiembre de 1985).

Con motivo de este hecho ese mismo día, horas después, la madre de la menor acudió ante el Ministerio Público a denunciar el delito de violación perpetuado su hija menor Paulina.

El 3 de septiembre de 1999, la madre de la menor, compareció ante la agencia especializada en delitos sexuales a notificar la existencia del embarazo de Paulina como producto de la violación, por lo que solicitó se autorizara la interrupción legal del embarazo.

El 20 de septiembre de 1999, la Procuraduría General de Justicia del Estado de Baja California, dictó acuerdo en la Averiguación Previa 00249/99/10, donde autorizó la inhibición del embarazo.

Posteriormente dicha orden fue remitida al área de servicios de salud del Estado. Sin embargo, la interrupción del embarazo no fue posible debido a que la institución pública de salud a la que fue remitida le negó el servicio médico y los médicos no informaron objetivamente a los familiares sobre los riesgos de practicar un aborto.

Ante la negativa de los médicos de practicar el aborto el 15 de octubre de 1999, la representante de la menor, en este caso su madre, en ejercicio de la patria potestad en términos de los artículos 410, 411 y demás relativos del Código Civil Estatal, manifestó en forma expresa y ante la autoridad Ministerial que dado el riesgo que corría su hija, no era su deseo que se practicara el aborto a la menor.

El 25 de octubre de 1999, se presentó la queja ante la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California (PDHPCB), cuando Paulina aún estaba dentro del término legal para practicar la interrupción del embarazo. El 29 de octubre de 1999, concluyó el término de 90 días de gestación que establece el artículo 136 del Código Penal del Estado, para la práctica sin riesgo del aborto.

El 3 de marzo de 2000, se emitió la recomendación 2/2000 por parte de la PDHPCB donde se estableció la obligación del Gobierno de indemnizar a Paulina y a su madre María Elena Jacinto por daño moral, por haberseles negado el ejercicio de su derecho a interrumpir su embarazo, producto de una violación.

El 13 de abril de 2000, nació el hijo de Paulina, Isaac de Jesús Ramírez Jacinto.

El 14 de julio del 2001, se dictó sentencia dentro de la causa penal 514/99 al agresor de Paulina por los delitos de violación equiparada y robo con violencia, imponiéndose una pena de 16 años de prisión y 340 días de multa.

En virtud de lo anterior se abrieron expedientes para determinar la responsabilidad administrativa de los funcionarios estatales involucrados.

El 13 de agosto del 2001 el MP determinó el no ejercicio de la acción penal en la averiguación previa 488/99/104, dada la falta de elementos para acreditar conductas ilícitas por parte de los servidores públicos por la comisión de los delitos de abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, infidelidad en la custodia de documentos, violación de secretos y tortura.

El 7 de febrero de 2002, fue resuelto el recurso interpuesto contra la determinación de no ejercicio de la acción penal, en el que entre otras cosas se estableció, que debían practicarse más diligencias para que fueron aportados mayores elementos para determinar si existen indicios suficientes para ejercitar la acción penal en contra de los servidores públicos involucrados. Misma que hasta la fecha, no se ha integrado ni resuelto.

Finalmente, a solicitud de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, el 8 de marzo de 2002, fue presentado su caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dándose inicio ante ese órgano interamericano la petición P-161-02. A instancias suyas, se logró la suscripción de una solución amistosa entre las peticionarias y el Gobierno de México.

Como parte de este acuerdo, el Gobierno del Estado de Baja California, presenta este pronunciamiento público, reconociendo que la falta de un adecuado marco normativo en la entidad en materia de aborto generó la violación de los derechos humanos de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto.

Con lo anterior, queda establecido y se reconoce plenamente que en el tiempo en que se dio la violación a los derechos humanos de Paulina del Carmen Ramírez Jacinto, el Estado de Baja California, no contaba con un marco normativo adecuado a la circunstancia que se presentó y esto le impidió, ejercer el derecho que reclamaba. También debe quedar claro que esta práctica no es política de estado en Baja California.

Este pronunciamiento busca además, prevenir la recurrencia de este tipo de situaciones y es una muestra de la profunda convicción del Gobierno de Baja California de respetar las garantías individuales y sociales consagradas en el texto constitucional, así como los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales suscritos por nuestro país y confirma su compromiso debe seguir trabajando con ahínco en la erradicación total de las actividades o prácticas que vulneren los derechos humanos. Asimismo, el Gobierno del Estado, seguirá buscando implementar las reformas legales y administrativas que permitan dar mayor certidumbre y seguridad jurídica a la ciudadanía en su interacción cotidiana con la autoridad.

El presente se emite y suscribe en la ciudad de Mexicali, Baja California el día 03 del mes de febrero del año 2005

ATENTAMENTE

GOBIERNO DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

SUMARIOS DE JURISPRUDENCIA
Salud y Derechos Reproductivos

Este libro se terminó de imprimir en el año 2012,
en la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina