



SAN JOSÉ,
COSTA RICA

LOS DERECHOS
REPRODUCTIVOS:
UNA AGENDA NECESARIA
PARA GARANTIZAR LOS
DERECHOS HUMANOS DE
LOS Y LAS ADOLESCENTES

**II CONGRESO
LATINOAMERICANO JURÍDICO
SOBRE DERECHOS REPRODUCTIVOS**

28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

PROMSEX

Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos



LOS DERECHOS
REPRODUCTIVOS:
UNA AGENDA NECESARIA
PARA GARANTIZAR LOS
DERECHOS HUMANOS DE
LOS Y LAS ADOLESCENTES

**II CONGRESO
LATINOAMERICANO JURÍDICO
SOBRE DERECHOS REPRODUCTIVOS**

28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

Anand Grover, Juan Carlos Tealdi, Humberto Sierra, Aída Kemelmajer de Carlucci, Vernor Muñoz

Eduardo A. Chia, Ydalid Rojas, Agustín Martínez

Octubre, 2013



Los derechos reproductivos: Una agenda necesaria para garantizar los derechos humanos de los y las adolescentes
II Congreso Latinoamericano Jurídico sobre Derechos Reproductivos,
San José, Costa Rica
28, 29 y 30 de noviembre de 2012

© Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos PROMSEX
Av. José Pardo 601, Oficina 604, Miraflores, Lima 18, Perú
Teléfono: (511) 447-8668 / Fax: (511) 243-0460
www.promsex.org

Autores:

Anand Grover
Juan Carlos Tealdi
Humberto Sierra
Aída Kemelmajer de Carlucci
Vernor Muñoz
Eduardo A. Chia
Ydalid Rojas
Agustín Martínez

Coordinación general: Liurka Otsuka Salinas

Corrección y edición de estilo: Verónica Ferrari

Diseño y diagramación: Julissa Soriano

Primera edición, octubre 2013
Lima, Perú

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de Planned Parenthood Federation of America.

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| Glosario de términos | 4 |
| Introducción | 5 |
| Conferencia magistral: Derecho a la salud reproductiva: un derecho de todas las personas, inclusive de los y las adolescentes <i>Anand Grover</i> | 10 |
| I. El abordaje de la bioética de los derechos humanos en derechos reproductivos <i>Juan Carlos Tealdi</i> | 19 |
| II. La objeción de conciencia y la interrupción voluntaria del embarazo: derechos fundamentales en tensión: El caso colombiano <i>Humberto Sierra</i> | 33 |
| III. Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes? <i>Aída Kemelmajer de Carlucci</i> | 43 |
| IV. Acceso a la información: un derecho para la autonomía reproductiva <i>Vernor Muñoz</i> | 71 |
| V. Conclusiones | 78 |
| VI. Anexos Anexo 1: Prohibición del aborto: ¿santidad de la vida o coacción de la autonomía sexual de las mujeres? <i>Eduardo A. Chia</i> | 81 |
| Anexo 2: El consentimiento informado en las políticas públicas sobre planificación familiar en el Perú <i>Ydalid Rojas</i> | 92 |
| Anexo 3: Objeción de conciencia, discriminación, y minorías sexuales. Reflexiones en torno a los derechos reproductivos de gais, lesbianas y trans <i>Agustín Martínez</i> | 105 |
| | |



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSE - COSTA RICA

GLOSARIO DE TÉRMINOS

CEDAW: Siglas del término en inglés para la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

CLADEM: Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer.

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CIPD: Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo.

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ECHR: Siglas del término en inglés para la Corte Europea de Derechos Humanos.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

PIDCP: Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

INTRODUCCIÓN

En noviembre del año 2009, se llevó a cabo en la ciudad de Arequipa (Perú) el **I Congreso Latinoamericano Jurídico sobre Derechos Reproductivos (en adelante, Congreso Jurídico)**, el cual contó con la presencia de más de 450 participantes de los diferentes países de América Latina y congregó a expositores nacionales e internacionales de alto nivel convocados, por primera vez, para discutir sobre el desarrollo logrado hasta el momento en cuanto a políticas públicas, legislación y jurisprudencia relativa al acceso, tutela y promoción de los derechos reproductivos en la región. El clima de integración interdisciplinaria brindó espacios adecuados para familiarizar a la comunidad jurídica nacional y regional con los conocimientos médicos necesarios para progresar en el diseño e implementación de políticas de salud sexual y reproductiva y, a la vez, difundir los avances en materia jurisprudencial con relación a los derechos reproductivos como derechos humanos.

La experiencia de este foro multidisciplinario internacional fue enriquecedora y exitosa, y promovió la reflexión y articulación de redes y alianzas orientadas a fortalecer los lazos de quienes trabajan en la defensa de los derechos reproductivos de las mujeres en América Latina.

En ese sentido, se decidió institucionalizar el Congreso Jurídico como un espacio de alto nivel que cada dos años reúna a académicos/as, operadores del sistema de justicia (jueces, magistrados/as, fiscales), activistas especializados en litigio estratégico e incidencia, colegios de profesionales y miembros de organizaciones de la sociedad civil interesados en la defensa y promoción de los derechos reproductivos en la región, desde un enfoque de derechos humanos y de derecho comparado. Cada versión del Congreso Jurídico se realizará, entonces, en un país diferente de la región y tendrá una agenda que permitirá poner sobre la mesa de debate temas cruciales para el país convocante y para la región, en materia de derechos reproductivos.

Continuando esta línea de reflexión, se llevó a cabo en 2011 en Costa Rica el **II Congreso Latinoamericano Jurídico sobre Derechos Reproductivos**, el cual buscó generar, además de situaciones de reflexión, debate y participación, espacios de capacitación donde los participantes pudieron, a través de la transmisión de experiencias y mediante actividades concretas, conocer herramientas conceptuales y metodológicas que puedan replicar y difundir en sus respectivos países.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA



El II Congreso Jurídico tuvo como objetivos:

1. Profundizar la comprensión de los derechos reproductivos como derechos humanos y promover la ampliación de la base legal para su defensa, poniendo en especial relieve las posibilidades del Sistema Regional y Universal de Protección de los Derechos Humanos en su tutela y promoción.
2. Desarrollar sólidas plataformas conceptuales para mejorar las políticas públicas, marcos normativos y regulaciones sanitarias en derechos reproductivos, particularmente relevando el debate sobre temas que se pueden constituir en barreras jurídicas y sanitarias para el ejercicio pleno de los mismos.
3. Diversificar y fortalecer las relaciones entre personas aliadas dentro del campo jurídico y médico, con el fin de extender el compromiso en el ámbito nacional y regional que permitan avanzar en la protección y defensa de los derechos sexuales y reproductivos.

EJES TEMÁTICOS:

El II Congreso Latinoamericano Jurídico sobre Derechos Reproductivos partió del reconocimiento de los **derechos reproductivos como derechos humanos** y profundizó en su **goce y ejercicio por parte de las y los adolescentes** a quienes, en general, no se les reconoce, tanto en la práctica como en algunos marcos legales, el progresivo desarrollo de su capacidad para decidir sobre aspectos fundamentales de sus vidas. Para ello se contó con la participación de Anand Grover, Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental, quien hiciera la Conferencia Magistral sobre el derecho a la salud reproductiva, con énfasis en la situación de los y las adolescentes.

Asimismo, se consideraron como ejes transversales del Congreso Jurídico los postulados de la **Bioética de los Derechos Humanos**, perspectiva recogida en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos aprobada por la UNESCO en octubre de 2005, que aborda los problemas éticos que plantean la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas en sus vertientes relacionadas con el ser humano desde las normas internacionales de derechos humanos que rigen el respeto de la dignidad de la persona.



Se seleccionaron cuatro ejes temáticos de reflexión:

| EJE TEMÁTICO | CONTENIDO |
|--|--|
| Objeción de conciencia | En el entendido de que la objeción de conciencia es un derecho en desarrollo en la región y cuyo ejercicio aún no cuenta con una regulación clara que articule los derechos de las y los profesionales de salud que hacen uso del mismo en materia de derechos reproductivos, y los derechos de las y los pacientes. |
| Confidencialidad médica y secreto profesional | La confidencialidad médica y el secreto profesional, en los servicios de salud reproductiva, tienen una especial importancia por la información de carácter íntimo que se revela en el marco de confianza entre médico/a y paciente. |
| Regulaciones sanitarias | En el entendido de que el aseguramiento de estándares de calidad para las y los pacientes, y de seguridad para las y los profesionales en la atención en salud, requiere de estos instrumentos que deben ser formulados desde una perspectiva respetuosa de los derechos involucrados. |
| Consentimiento informado | En el entendido de que como parte de las garantías para que los procedimientos médicos se realicen, estos deben estar precedidos de una adecuada información y respetando la autonomía de las personas. |

ESTRUCTURA DEL II CONGRESO JURÍDICO

Durante el primer día del II Congreso Jurídico se realizó la presentación de la publicación sobre el *Primer Congreso Latinoamericano sobre Derechos Reproductivos*, realizado en Arequipa en noviembre de 2009, el cual constituyó un evento emblemático en la lucha por el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos reproductivos en Latinoamérica y se convirtió en el motor de esta iniciativa, ahora institucionalizada a ser un evento bianual.

A través de la presentación de la publicación, se ofreció una sombrilla sobre los principales ejes temáticos a tratar durante el II Congreso (objeción de conciencia, consentimiento informado, secreto profesional



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA



y regulaciones sanitarias), todo esto dentro del marco de las obligaciones internacionales de los Estados respecto a los derechos reproductivos. Luego de la presentación, se realizaron dos conferencias magistrales a cargo de expertos en el tema, quienes ahondaron en el marco de las obligaciones internacionales de los Estados como garantes de la protección de los derechos reproductivos como eje fundamental para los derechos humanos, particularmente de los y las adolescentes. Durante las conferencias magistrales se trataron los ejes temáticos del II Congreso Jurídico de una manera integral, en donde se incluyó la atención de la salud reproductiva de los y las adolescentes como corte transversal a las cuestiones abordadas por los ejes.

El segundo y el tercer día del Congreso se iniciaron con conferencias magistrales, que tuvieron como objetivo ofrecer el marco del Derecho internacional de derechos humanos sobre algunos derechos reconocidos en instrumentos internacionales, regionales y nacionales que conforman los derechos reproductivos. Seguida por un grupo de panelistas, no mayor de dos, quienes estuvieron encargados/as de desarrollar diferentes aspectos del eje temático. Las presentaciones de los panelistas ofrecieron un análisis de Derecho comparado y permitieron a los y las participantes tener un mayor conocimiento sobre los principales avances, debates y aplicación del Derecho en el ámbito de los derechos reproductivos. En horas de la tarde, se desarrollaron talleres facilitados y organizados por organizaciones de la sociedad civil nacionales e internacionales, y diferentes expertos/as, quienes ofrecieron una charla introductoria de 30 minutos sobre el tema del taller. La finalidad de los talleres consistió en, a partir de situaciones concretas, generar un espacio de debate sobre las experiencias locales, absolver consultas y, eventualmente, compartir las experiencias sobre el desarrollo de los temas discutidos con el propósito de sensibilizar al público objetivo en la temática propuesta y brindar líneas concretas de acción tendientes a mejorar el acceso a los derechos reproductivos, detectando y promoviendo la eliminación de aquellas prácticas que pueden resultar obstáculos al reconocimiento y goce de estos derechos. Durante los talleres se identificaron conclusiones/recomendaciones que fueron expuestas durante el último día del Congreso Jurídico en sesión plenaria.

Para Planned Parenthood Global y PROMSEX, organizaciones auspiciantes de los Congresos Jurídicos, es fundamental recopilar toda esta experiencia e información a través de esta publicación, para la cual se contó con la autorización de las transcripciones de las presentaciones de 5 de los 30 expertos y expertas que participaron en el II Congreso Jurídico. A ellos: **Anand Grover**, Relator Especial de Naciones Unidas



sobre el Derecho de Toda Persona al disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental; **Juan Carlos Tealdi**, asesor en Bioética de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación de Argentina y experto en bioética delegado por Argentina ante la UNESCO; **Humberto Sierra**, ex Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia y actual Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **Aída Kemelmajer de Carlucci**, Jueza de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza; y **Vernor Muñoz**, ex Relator de Naciones Unidas para el Derecho a la Educación, mil gracias por sus aportaciones sobre temas centrales para la región en relación al ejercicio de los derechos reproductivos de los y las adolescentes.

La segunda versión del Congreso Jurídico ha considerado importante la participación de estudiantes universitarios y jóvenes profesores de Derecho a nivel de América Latina y del Caribe. Por ello, se otorgaron cinco becas integrales auspiciadas por la **Red Alas** a los estudiantes y/o jóvenes profesores de Derecho cuyos trabajos, seleccionados por el jurado calificador, ofrecieron reflexiones importantes sobre los ejes temáticos de este II Congreso Jurídico. En ese orden de ideas, en el apartado de Anexos se encuentran tres de los cinco trabajos jurídicos ganadores de dichas becas, los cuales durante la presentación plenaria de los actos de inauguración del II Congreso Jurídico resaltaron por su contenido. A **Eduardo Chia**, **Ydalid Rojas** y **Agustín Martínez**, gracias por su entusiasmo y compromiso.

Finalmente, este II Congreso Jurídico presentó una oportunidad para avanzar en la identificación y visibilidad de las barreras que impiden el acceso y goce de los derechos reproductivos en América Latina, particularmente a mujeres en situación de vulnerabilidad, abordando de manera específica la cuestión de la objeción de conciencia, el secreto profesional, el manejo del consentimiento informado y la necesidad de protocolos sanitarios, con particular incidencia en las situaciones que involucran a las y los adolescentes. Pero además, para generar situaciones que fomenten nuevas alianzas, fortalezcan las existentes y propicien el intercambio de experiencias y conocimiento, así como la transmisión de herramientas conceptuales y metodológicas concretas para consolidar y avanzar estrategias en pro de los derechos reproductivos de las adolescentes y mujeres en la región.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

CONFERENCIA MAGISTRAL DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA: UN DERECHO DE TODAS LAS PERSONAS, INCLUSIVE DE LOS Y LAS ADOLESCENTES¹

Soy Anand Grover, Relator Especial sobre el derecho a la salud de las Naciones Unidas, y les hablaré acerca de la salud sexual y reproductiva, y el marco de estos derechos en todo el mundo: a nivel internacional y, particularmente, en América Latina.

Como ustedes saben, la ley sobre la salud sexual y reproductiva en todo el mundo no asume los derechos de las mujeres como derechos humanos. Como consecuencia de ello, cerca de 21 millones de abortos inseguros se realizan anualmente; de los cuales, aproximadamente el 13% llevan a muertes maternas y, como resultado de ello, alrededor de 47 mil mujeres mueren anualmente y alrededor de 5 millones de mujeres y niñas tienen lesiones a corto y a largo plazo, debido a la falta de servicios adecuados.

Hay leyes, a nivel internacional y nacional, que informan lo que el derecho a la salud es y lo que deben ser los derechos a la salud sexual y reproductiva, que es lo que establece la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, el derecho de las mujeres a decidir libremente sobre lo que debe hacer en relación a su familia y sus hijos/as.

La Convención sobre los Derechos del Niño también contiene información sobre la salud sexual y reproductiva y el derecho de los jóvenes a decidir lo que deben hacer con su familia. El derecho a ello se ha elaborado en el Comentario General N° 14, que establece que los hombres y las mujeres, ambos, tienen la libertad de decidir cuándo reproducirse; tienen el derecho a ser informados y a tener acceso a los servicios de planificación de la familia de manera segura, eficaz, asequible y aceptable.

Ellos tienen el derecho, si las mujeres están embarazadas, de tener un embarazo seguro. Sin embargo, a pesar de todo ello, debido a ciertas leyes penales, restricciones ilegales y prácticas en todo el mundo, en particular en América Latina, hay un gran número de mujeres que mueren, y esas muertes son prevenibles.



Un gran número de parejas, que se estiman cerca de dos centenares de millones, que quieren tener embarazos, desean tener una adecuada planificación de la familia, para que puedan abastecer a sus hijos, y no pueden hacerlo porque los Estados no tienen apropiados servicios de planificación familiar. Gran número de mujeres jóvenes no saben que el VIH puede evitarse mediante el uso de los preservativos. Por ejemplo, en mi país se ha observado y comprobado que apenas el 55% de la población sabía que la transmisión del VIH puede prevenirse mediante el uso de los preservativos. En ese sentido, si vamos a discutir sobre el derecho de las personas a la salud y el derecho a los servicios de salud sexual y reproductiva, estos hechos son importantes y necesarios de conocer.

Ahora, como ya he mencionado, existen un gran número de normas internacionales que garantizan el derecho a la salud de las personas a tener servicios asequibles y accesibles que puedan ser utilizados. Desafortunadamente, hay leyes penales y restricciones legales que inciden en la capacidad para acceder a servicios asequibles, particularmente en mujeres, de manera desproporcionada.

Estas restricciones son criminales y legales y otras limitan la capacidad de la mujer, en particular, para decidir por sí mismas, de tal manera que las mujeres no tienen la libertad de decidir qué es lo que pueden hacer. Dichas restricciones atentan contra su autonomía e integridad. Son desamparadas debido a las leyes penales y, por lo tanto, repercuten en los servicios que pueden estar disponibles y accesibles para las mujeres. Ellas no pueden hacer planes a corto y largo plazo sobre sus vidas; y como he dicho antes, debido a esto, hay un gran número de abortos inseguros. No es que los abortos inseguros no ahonden esto, pero se encuentran en este ambiente de ilegalidad y criminalidad, y como resultado de esto, las mujeres que están embarazadas y necesitan tener acceso a los servicios de aborto, no pueden acceder a los mismos, y hay aproximadamente un 13% de muertes maternas por abortos inseguros a nivel mundial.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

Una primera idea importante, es el **derecho a tener información y educación** sobre los servicios de la sexualidad, pues debido a la penalización que se produce en las leyes y en otras prácticas, los hombres y las mujeres, pero en particular las mujeres, no pueden acceder a estos servicios, y los trabajadores de salud no están en condiciones de suministrar estos servicios de manera plena y adecuada. Es urgente que las mujeres y los hombres, juntos, sean capaces de obtener la información que necesitan. Sin embargo, cuando existe criminalización, es muy difícil conseguir información.

La primera área es, por supuesto, **información y educación**; la segunda área es, **¿si una mujer está embarazada, puede tener realmente un embarazo seguro sin dificultades?** Lamentablemente, las leyes penales en todo el mundo afectan también a los embarazos. Hay algunos países, sobre todo en América, que han criminalizado ciertas prácticas; por ejemplo, la transmisión del VIH y la participación en los puestos de trabajo que podrían tener impacto en los niños. Como resultado de ello, la mujer puede ser detenida innecesariamente o estar sujeta a sanciones, simplemente por realizar una búsqueda particular durante su embarazo. Por lo tanto, es muy importante que tales restricciones no afecten ello.

A continuación, por supuesto, está el tema del **aborto**. Lamentablemente, el 25% de la población mundial vive en regímenes jurídicos que prohíben totalmente los servicios de aborto, excepto en circunstancias muy limitadas; por ejemplo, si hay violación, incesto o cuando la salud de la mujer está en peligro, de modo que su propia vida sea puesta en peligro. Existen otros regímenes donde hay ciertas restricciones, que son menos de la totalidad de las restricciones que se encuentran en otros países; y hay una tercera categoría de Estados, cerca de 56 o 57 Estados, donde el aborto es libre, pero el tiempo (número de semana de embarazo) representa un problema.

Sabemos que la restricción del aborto causa efectos adversos sobre la mujer, en lo que se refiere a su salud y en términos de mortalidad materna. Por ejemplo, donde se han simplificado las restricciones, como en los Estados Unidos, en Sudáfrica y en Rumania, hemos visto que la relajación de las restricciones realmente han mejorado la situación de las mujeres.



Ahora, obviamente, uno de los aspectos más importantes es que la mujer debe poder decidir por ella misma si quiere un embarazo o no. Tener restricciones penales o leyes penales que restrinjan ese proceso de adopción de decisiones, afecta la autonomía de las mujeres, su dignidad, y hace que se vea a una persona como criminal a los ojos de la ley. Dicha experiencia es tan humillante que la mujer, incluso si ha experimentado un aborto legal, se sigue sintiendo estigmatizada. Esto no es propicio para la sana y adecuada formación de una familia, por lo que es necesario que tales restricciones sean eliminadas.

La siguiente área es el **acceso a la planificación familiar y a los servicios de anticoncepción**. Es muy importante, si se desea, en última instancia, asegurar que las mujeres decidan abortar en un número menor de ocasiones, que las mujeres y los hombres, y en particular las mujeres, y la mayoría de las mujeres adolescentes (en el contexto de las economías en desarrollo hoy en día), tengan acceso a la planificación familiar y a los servicios de anticoncepción.

Desafortunadamente, una gran cantidad de mujeres jóvenes ni siquiera conocen qué tipo de servicios deben estar disponibles; sin embargo, sabemos que si las mujeres no tienen servicios de planificación familiar, especialmente las adolescentes, ellas no serán capaces de formar parte de sectores necesarios de la sociedad, incluida la participación en el empleo. Esto ocurre debido a que tienen embarazos no deseados y posiblemente pocos sistemas de soporte; ellas están restringidas de participar en la fuerza de trabajo y de igual participación en la sociedad política; lo cual impacta en el desarrollo general de la sociedad, y también en los Objetivos de Desarrollo del Milenio sobre la reducción de la mortalidad materna, que las Naciones Unidas ha establecido.

Por lo tanto, es importante que los servicios de planificación de la familia y de anticoncepción estén disponibles. Por desgracia, a causa de las leyes penales y otras restricciones impuestas por los Estados, existe un gran número de países que no colocan dichos servicios a disposición. Hay algunas excepciones, pero no se puede extender a los países que penalizan el aborto o penalizan otras prácticas sexuales y reproductivas, el intento de también impactar adversamente sobre la prohibición del tiempo adecuado para el aborto y de los servicios de anticoncepción.

Ahora bien, sabemos que en **el contexto del VIH u otras enfermedades de transmisión sexual**, es importante que tengan al menos un condón; una mujer debe saber cómo negociar el uso seguro del condón y ser capaz de hacer que su pareja utilice los preservativos todo el tiempo y de manera correcta. Si a una mujer no se le brinda información sobre sexo seguro por esta legalmente restringido, entonces, la negociación de sexo seguro se convierte en imposible, ya sea en el seno de la familia o fuera de ella.

Por lo tanto, es importante que tales restricciones sean realmente eliminadas ahora y que se tomen pasos proactivos para que las mujeres puedan acceder a los servicios de anticoncepción, métodos anticonceptivos, incluidos los condones, u otros dispositivos anticonceptivos que se pueden utilizar. Un tema delicado, es el de las mujeres adolescentes, que no son adultas, pero que pueden acceder a servicios de salud sexual y reproductiva. Es importante, en mi opinión, que a fin de asegurarse de que, y esto es el marco del enfoque del derecho a la salud, la mujer, ya sea una adolescente o adulta, en



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

términos de la ley, sea capaz de decidir por sí misma lo que ella hace con su cuerpo; es su derecho a decidir qué hacer con su cuerpo; su integridad corporal es sagrada, por lo que es importante que ella decida por sí misma. Por lo tanto, su consentimiento es lo más importante. El consentimiento tiene que ser informado; se le tiene que decir y dar toda la información acerca de cuáles son los dispositivos anticonceptivos disponibles, por ejemplo, en el contexto de la planificación familiar.

No es correcto que los padres o terceras personas impongan sus tomas de decisiones sobre una adolescente. Esto no es solo una violación a su derecho a la salud, sino que, además, no está basado en evidencia, en términos de salud pública, pues sabemos que si una adolescente puede decidir por sí misma, será mucho más responsable en su sexualidad. Por otro lado, si las decisiones son forzadas, hay la probabilidad de que ella en realidad no se ajuste a las prácticas que los adultos le imponen y podría rebelarse, con lo cual podríamos tener peores consecuencias para ella.

El último punto que quiero tratar es sobre la **objeción de conciencia**. Actualmente, existen algunos países que permiten a los médicos no realizar servicios de salud sexual y reproductiva, sobre la base, aparentemente, de su objeción de conciencia.

La figura de objeción de conciencia no ha sido creada para que los médicos o trabajadores de la salud se nieguen a cumplir con los servicios, pues es importante para una mujer que necesita el servicio, que estos se encuentren disponibles y accesibles. Sin embargo, hay algunos países que permiten que un médico o trabajador de la salud aleguen objeción de conciencia y como resultado de ello, la mujer o la adolescente no accederían a ningún tipo de servicios. **Este no es el enfoque correcto en el marco del derecho a la salud.**

Si hay un objetor de conciencia, en mi opinión, lo adecuado es que el objetor de conciencia notifique a los servicios de salud o establecimiento de atención de la salud, que él o ella realizará la objeción de conciencia y, a continuación, él o ella no realizarán la prestación de los servicios en primera instancia. De esta manera, la mujer o la adolescente que necesita de los servicios, que son seguros y legales, no tiene ninguna posibilidad de encontrarse con aquel objetor de conciencia.

En las circunstancias en la que hay una objeción de conciencia imprevista, creo que es importante que la persona refiera a otro trabajador de la salud, que no sea un objetor de conciencia, para realizar el servicio.

En ese sentido, tengo algunas recomendaciones que deseo hacer y que también están incluidas en el informe que presenté a la Organización de las Naciones Unidas (ONU)¹ y que pueden estar incluidas en el II Congreso Jurídico sobre Salud Reproductiva:

- Es importante para los Estados el desarrollar servicios integrales de planificación familiar, así como programas y políticas que brinden una amplia gama de bienes y servicios como información sobre anticoncepción, y que estas se encuentren a disposición y al alcance de la gente.

¹ GROVER, Anand. El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Informe Provisional). Naciones Unidas: 2011. URL: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/66/254&referer=/english/&Lang=S

- Es importante despenalizar el suministro y el uso de todas las formas de anticoncepción y esterilización voluntaria para control de la fecundidad y eliminar todos los requisitos de consentimiento de los cónyuges, padres o terceros.
- Es importante también para los Estados el adoptar medidas para asegurarse de que los métodos de anticoncepción, incluyendo productos farmacéuticos y quirúrgicos, estén a disposición, sean accesibles y de la calidad que se requiere.
- Es necesario despenalizar el suministro de información relativa a la salud sexual y reproductiva.
- Es importante que los Estados formulen políticas para asegurar que las leyes penales vigentes, incluso las que conciernen a la pornografía, no sean aplicadas para restringir el acceso a, o castigar a las personas que proporcionan información sobre salud sexual y reproductiva basada en evidencias.
- También es necesario para los Estados estandarizar la currícula nacional, para asegurar que la educación sexual y reproductiva sea comprensiva y basada en la evidencia y en los derechos humanos.
- Como ustedes saben, yo también he defendido y defiendo aquí la despenalización del aborto, incluyendo las leyes conexas, como las relativas a la supresión del aborto. Es importante que en el ínterin, en espera de la finalización de la despenalización de las leyes sobre el aborto, los gobiernos formulen políticas y protocolos que impongan una moratoria en la aplicación de tales leyes penales, en materia de aborto y prácticas sexuales y reproductivas.
- Por último, creo que existe la necesidad de tener servicios de salud seguros y de buena calidad, para todas las áreas relativas a la salud sexual y reproductiva. Es decir, existe también la necesidad de tener información basada en evidencias, que estén a disposición de los organismos públicos, para la mayor parte del público.

Si estos temas son tratados en el II Congreso, considero que sería importante que realicen comentarios sobre estas recomendaciones que he hecho en mi informe y que están disponibles para su discusión.

Espero que tengan una exitosa conferencia en Costa Rica. Lamento no poder estar presente. Estoy hablando desde Hanoi, donde estoy realizando una misión. Les deseo muchos éxitos en la reunión. Gracias.



I. EL ABORDAJE DE LA BIOÉTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN DERECHOS REPRODUCTIVOS

Juan Carlos Tealdi¹

RESUMEN: El presente texto tiene por objeto explicar el enlace entre la bioética y derechos humanos y la importancia que esta puede tener para el avance de los derechos humanos en general, y de los derechos reproductivos en particular. La bioética es un campo de intersección entre las normas jurídicas: entre la norma ética en sentido filosófico y entre las normas técnicas que la medicina y las ciencias de la vida van trazando con sus tecnologías en este campo de intersección.

En ese sentido, la bioética reclama el respeto del pluralismo moral porque este respeto significa reconocer no solo la igualdad de derechos en libre elección, sino también reconocer indivisiblemente a las distintas visiones morales que las personas tenemos según la experiencia de vida y nuestra edad, sexo, idioma, nacionalidad, posición económica y social, y otras condiciones.

BIOÉTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La bioética es una ética de la vida y el vivir humano, y la bioética de los derechos humanos sostiene la tesis de que toda ética sobre la vida y el vivir humano debe tener las bases de su construcción teórica y práctica en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos entendidos como aspiraciones morales jurídicamente protegidas que representan a la moral universal de nuestro tiempo. Y esta afirmación la realiza frente a las posiciones que, en nombre de la bioética, han postulado la disociación entre ética y derechos humanos, han considerado inútil para la ética al concepto de dignidad humana, y han defendido un doble estándar para países ricos o pobres en cuanto al derecho a la salud.

La bioética de los derechos humanos también sostiene que la argumentación bioética sobre toda aspiración moral debe construirse con la materialidad conjunta de valores, deberes y virtudes éticas. Por eso entiende que el contenido moral de los derechos humanos, en tanto enunciados de normas o

¹ Asesor en Bioética de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y Universidad de Buenos Aires.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

deberes, tiene su origen en la captación de valores constitutivos como la dignidad, la justicia y la paz, que nos impulsan a hacerlos realidad en el mundo. Y afirma que es por las virtudes del respeto a esos valores y deberes, que medimos la condición moral de nuestras conductas. En ese sentido, *la bioética de los derechos humanos considera a la reflexión ética y a la construcción normativa sobre todo campo de la vida y el vivir, como es el caso de los derechos reproductivos, desde los valores, deberes y virtudes que se enlazan en la triple dimensión del sujeto moral y de derecho como cuerpo vivo, proyecto de vida, y vida realizada. De allí que el abordaje casuístico resulta ser el punto de partida de esa reflexión y construcción ético-normativa.*

CUERPO VIVO

Cuando hablamos cronológicamente de la vida y el vivir, tomando como extremos a su origen y su final –el nacer y el morir–, encontramos ciertas secuencias regulares valiosas a las que llamamos *ciclos vitales*: niñez y adolescencia, adultez y vejez. Y las protegemos jurídicamente. Pero la denominación *ciclo vital*, aunque pertinente, es, sin embargo, abstracta.

Por eso debemos reconocer a las personas otras *señas de identidad*, además de la edad, que hacen al sujeto moral y de derecho. Una de ellas es la diferencia sexual, que distingue a niños y niñas, hombres y mujeres. Pero esta diferencia biológica, aunque básica, es todavía parcial sin las señas de identidad psicosociales como las que introduce el enfoque de género en términos de poder y desigualdad en el goce de derechos. Así fue reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso González y otras (Campo Algodonero) contra México². Por eso es que la vida y el vivir de quien es sujeto moral y de derecho, debe entenderse desde la unidad de su *cuerpo vivo* dado en la conjunción de su ciclo vital y el conjunto de sus señas de identidad. Esta consideración es fundamental en derechos reproductivos, porque la vida y la identidad, como bienes jurídicos a proteger, son bienes encarnados en individuos particulares, como desde antiguo reconoce y afirma en modo constituyente la figura del *habeas corpus*.

PROYECTO DE VIDA

En segundo lugar, debemos tener en cuenta que hay otras manifestaciones regulares de la vida y el vivir humano, distintas de los ciclos vitales, y contextualmente mediadas por las relaciones políticas, sociales y culturales, que podemos llamar *modos vitales*, y que pueden atravesar a todos y cada uno de los ciclos vitales y sus derechos particulares.

El modo de vida fundamental, que atraviesa todos los ciclos vitales, y que en tanto derecho articula en modo positivo el derecho a la *vida* con los demás derechos civiles y políticos, y con las libertades

² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

fundamentales, es el *proyecto de vida*. Porque es en él que la *identidad*, como cualidad individualizante de atributos permanentes y de nuevos atributos cambiantes a lo largo del tiempo, se articula permanentemente con la *integridad* como posibilidad de gozar de caracteres permanentes, y con la *libertad* como posibilidad de reafirmar caracteres previos o de gozar de nuevos atributos.

En sentido moral, el proyecto de vida expresa la condición del ser humano de tener dignidad y ser un fin en sí mismo. Por esto es que en tanto modo vital que expresa a la autodeterminación que el derecho debe proteger, el proyecto de vida es de máxima relevancia moral y jurídica en general, y para los derechos reproductivos en particular. Y así ha quedado reconocido de modo firme en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Niños de la calle contra Guatemala³, Loayza Tamayo contra Perú, Cantoral Benavides contra Perú, Gutiérrez Soler contra Colombia⁴, y Haitianos y Dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana contra República Dominicana⁵.

EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

Sin embargo, y como quedó establecido en las sentencias de los casos antes citados, no todas las personas tienen las garantías necesarias para gozar de ese modo vital que es el poder darse un proyecto de vida según sus capacidades. Porque hay modos vitales mediados por determinantes sociales, que restringen nuestras posibilidades de autodeterminación negando la posibilidad de un proyecto de vida moralmente autónomo. Las situaciones de género, de pobreza, y de violencia, son indicadores de modos de vida que restringen y dañan el despliegue de las capacidades de las personas para realizar un proyecto de vida digno, justo y pacífico. Y estas situaciones pueden atravesar negativamente a la vida y el vivir de las personas en su niñez, adultez y vejez, con mayor impacto según sus señas de identidad, como sucede con niñas y mujeres, vulnerando el derecho al goce de poder trazar y realizar un proyecto de vida en condiciones de igualdad.

Por eso es que un modo de vida vulnerado por la situación de género, de pobreza o de violencia, en el campo de los derechos reproductivos, solo cambia por la ética de una práctica política que ha de restaurar la dignidad, la justicia y la paz. Y la bioética puede contribuir a ello a través de la información pública y la educación, la fundamentación para el desarrollo de políticas públicas y de normas jurídicas, y la protección de derechos como función de los comités de bioética.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. URL:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia. Sentencia del 12 de setiembre de 2005. URL:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana vs. República Dominicana. Sentencia del 02 de agosto de 2006.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

VIDA REALIZADA

Finalmente, hay que señalar la diferencia y a su vez la interrelación –no siempre observadas–, entre los impedimentos que se expresan por los determinantes sociales que, en modo negativo, restringen las libertades fundamentales para trazar un proyecto de vida autónomo, y los impedimentos que se expresan por la omisión de obligaciones positivas para que ese proyecto pueda ser realizado. Porque hay muchas personas que, aunque logran trazar su proyecto de vida, no pueden llegar a realizarlo.

Por eso es que debemos diferenciar entre proyecto de vida y vida realizada o condición de vida. Y así hacemos referencia al valor de la calidad de vida y a los derechos al bienestar, incluyendo el derecho al acceso a servicios de calidad en atención de la salud. Se trata, por lo tanto, de analizar la consistencia entre las normas jurídicas y las políticas públicas relativas a los derechos reproductivos, para observar si las mismas establecen los procedimientos que permitan que esos derechos puedan garantizar no solo el trazado de un proyecto autónomo de vida reproductiva, sino también el goce efectivo de una vida realizada según ese proyecto.

LA COMPRENSIÓN ARMÓNICA DE LA MORAL Y EL DERECHO

En ese sentido, la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos* de la UNESCO establece un conjunto de principios que los Estados deben respetar en sus decisiones y prácticas. Estos principios, con sus valores y virtudes, proporcionan un marco universal de respeto a las personas al tratar de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y sus tecnologías conexas, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales.

El artículo 26 de la Declaración establece que la misma debe entenderse como un todo y sus principios como complementarios y relacionados unos con otros, considerando a cada principio en el contexto de los demás principios según proceda y corresponda a las circunstancias. Esta concordancia con el supuesto de indivisibilidad de los derechos humanos, es fundamental para poder comprender en modo armónico la triple dimensión del sujeto moral y de derecho como cuerpo vivo, proyecto de vida y calidad de vida.

DESIGUALDAD, ENFOQUE DE GÉNERO Y ÉTICA

En ese marco hay que decir que, aunque los derechos reproductivos alcanzan a hombres y mujeres en todo el mundo, quienes más frecuentemente sufren la violación de esos derechos son las niñas y las mujeres. Y esto lleva a que los derechos reproductivos, en tanto normas que regulan y sancionan conductas, se reclaman y aplican más frecuentemente al vivir de las mismas.

Por eso, siendo la bioética una ética de la vida y el vivir humano, cabe preguntar: **¿cuál es la legitimidad de la autoridad que dicta estas normas? y ¿hasta dónde llega su alcance?** En términos jurídicos se nos dirá que la legitimidad de la autoridad normativa del Estado en cuanto a su exigencia de responsabilidad se extiende por igual para hombres y mujeres, y que su alcance llega hasta las acciones

privadas que quedan exentas de dicha autoridad y hasta el límite que marcan los derechos humanos y su exigencia de igualdad. Pero el requisito de progresividad moral de los enunciados, interpretación y aplicación de las normas jurídicas y las políticas públicas, exige una permanente reflexión y revisión crítica sobre el contenido y la eficacia de las mismas.

EL PLURALISMO MORAL COMO IGUALDAD

En ese sentido, la bioética reclama el respeto del pluralismo moral porque este respeto significa reconocer no solo la igualdad en los derechos de libre elección, sino también reconocer indivisiblemente a las distintas visiones morales que las personas tenemos según la experiencia de vida que nuestra edad, sexo, idioma, nacionalidad, posición económica y social, y otras condiciones, nos han llevado a identificar e integrar. Y es que esas visiones, que hacen al cuerpo vivo de cada uno de nosotros, nos distinguen a unos de otros en la objetividad del goce o la vulneración de los derechos jurídicos que nos permiten trazar y realizar nuestro proyecto de vida. Por eso es que la autonomía jurídica sin autonomía moral es vacía. Y por eso cabe adelantar la pregunta sobre qué razón imperativa pueda tener el Estado para imponer su autoridad en limitar el pluralismo moral en derechos reproductivos, cuando este pluralismo nos exige reconocer y respetar especialmente a la característica distintiva de los valores y visión moral que la experiencia les lleva a identificar e integrar a niñas y mujeres por diferencia con los hombres.

LA IMBRICACIÓN ENTRE HECHOS Y VALORES

Es así que hoy puede decirse, contra la concepción disociativa acerca de la relación entre derecho y moral, que toda argumentación sobre normatividad jurídica, incluyendo el caso de los derechos reproductivos, sostiene en su núcleo básico a una argumentación moral. El fracaso de la dicotomía hecho/valor nos permite comprender la imbricación entre hechos y valores. Y es así que hoy podemos decir que la crueldad, como otros conceptos éticos básicos, no depende simplemente de una definición descriptiva y supuestamente objetiva en relación a causar dolor o sufrimiento. El concepto de crueldad, por su indisoluble dimensión valorativa, se vincula también con la visión moral de quienes lo enuncian.

Es esta dimensión la que desde nuestra sensibilidad abre paso a la posibilidad de profundizar nuestra significación del término para dar lugar al progreso moral. Si no fuera así, todavía seguiríamos aprobando conductas basadas en estereotipos morales que hoy nos resultan crueles aunque en otros tiempos no lo hayan sido.

VISIONES MORALES Y ESTEREOTIPOS MORALES

El requisito de progreso moral es una condición esencial de los derechos humanos y de toda pretensión de resignificar los términos del lenguaje ético. Esto es de particular importancia en el mundo actual, donde el espacio mayor en el que se dirimen los conflictos por la igualdad y la justicia, es el espacio de significación de los lenguajes, como lo evidencia el ataque al concepto de dignidad.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

Por eso es que pensar éticamente nos exige reflexionar sobre las distintas visiones morales y atribuir especial relevancia a la sensibilidad de la visión moral de los afectados, de las víctimas, de los vulnerados que, como hemos dicho, en el caso de los derechos reproductivos son principalmente las niñas y las mujeres. Ese pensar debe romper con la visión estereotipada que se origina en la atribución arbitraria a los otros de las señas de identidad que hacen a su cuerpo vivo, porque de esos estereotipos morales se derivan no solo conductas sociales de violencia contra la mujer, sino también normas jurídicas y políticas públicas que restringen la libertad para trazar un proyecto de vida y que en esa discriminación vulneran la dignidad humana.

IGUALDAD JURÍDICA Y DIVERSIDAD MORAL

El reconocimiento y protección de la diversidad moral no se opone, por lo tanto, a la igualdad jurídica sino que, por el contrario, nos permite enriquecer y ampliar su contenido. La Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que todos los seres humanos, individuos, o personas –los tres términos se usan indistintamente– son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección ante la ley.

Sin embargo, debemos reconocer que este enunciado normativo, de fácil comprensión y aceptación en general, se problematiza en las situaciones particulares de su aplicación. En el caso de los derechos reproductivos, una de esas situaciones particulares en cuanto a su estatuto ontológico es el embarazo, en el que coexisten en modo indisoluble durante un tiempo limitado dos individualidades. El embarazo desafía la interpretación normativa de la vida y la identidad conjugadas en el cuerpo vivo. Cabe aceptar entonces la identidad personalísima del cuerpo vivo de la mujer o niña embarazada para reflexionar sobre las normas que el Estado debe proteger en ellas y aquellas que pretenda imponerles coactivamente.

MORTALIDAD MATERNA Y DERECHO A LA VIDA

Si del valor de la vida humana deriva su protección como derecho a la vida de las personas, así como la exigencia de prácticas individuales e institucionales virtuosas en relación a respetar ese derecho, la mortalidad materna es un indicador de excelencia para medir las desigualdades y la violación de ese derecho. Mientras el riesgo de las mujeres de morir durante el embarazo es de 1 en 130 en América Latina, en América del Norte es de 1 en 3 700. Por eso debe destacarse que, en su reunión del 25 de julio de 2011, el *Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, consideró que Brasil violó sus obligaciones sobre el derecho a la vida y el derecho a la salud, en relación al acceso a la salud, el acceso a la justicia, y a la regulación de los prestadores privados de servicios de salud, en el caso de la muerte de Alyne da Silva Pimentel, una mujer afro-brasileña de 28 años que presentó un embarazo de alto riesgo sin recibir cuidados oportunos ni prestaciones de las instituciones públicas de salud. Esta falta de acceso a servicios de calidad para la atención de la salud materna es una discriminación contra la mujer, pero el Comité entendió que esta discriminación basada en el sexo, se encuentra inextricablemente unida a otros factores que afectan a la mujer tales como raza, etnicidad,

religión o creencias, salud, estatus, edad, clase, orientación sexual e identidad de género. Por eso hemos dicho que es sobre la integralidad del cuerpo vivo que debemos reflexionar ética y jurídicamente.

VIDA HUMANA E IDENTIDAD

La mortalidad materna también es consecuencia del aborto provocado en situaciones de riesgo por legislaciones restrictivas con intervención coactiva o punitiva del Estado. Hay dos argumentos mayores para sostener esa coacción punitiva: la consideración del embrión y el feto con estatuto de persona jurídica, y la criminalización del aborto en razón de la santidad de la vida humana.

El considerar al embrión humano como persona desde el momento de la concepción, más allá de las críticas desde el punto de vista fáctico en cuanto a los muy distintos estadios biológicos evolutivos del embrión y del feto, con su relevancia para la distinción entre vida humana, individuo humano, y persona, también merece una aclaración normativa: la consideración del embrión como persona, cuando así se lo hace sin atender a la particularidad ontológica del embarazo, no puede restringir los derechos de la mujer en tanto persona cuando se deriva un conflicto de derechos.

El ejemplo mayor de ello, aunque no el único, es el derecho a la vida de la mujer. En un embarazo que pone en peligro la vida de la mujer, impedir el aborto es violar el derecho a la vida de la misma. Así lo reafirmó la Corte Europea de Derechos Humanos, en su sentencia del 16 de diciembre de 2010 en el caso A, B y C⁶, al condenar a Irlanda, un país que reconoce constitucionalmente el derecho a la vida del no nacido con el debido respeto al igual derecho a la vida de la madre. Y la condena fue por la falta de procedimientos efectivos y accesibles para establecer el derecho a un aborto en ese marco jurídico, con el resultado de una notable discordancia entre el derecho teórico a un aborto legal basado en un riesgo relevante para la vida de la mujer y la realidad de su implementación práctica. Este ejemplo nos muestra que lo que está en el fondo de la discusión sobre el aborto no es la equivalencia entre la vida y la identidad del embrión como persona jurídica, con la vida y la identidad de la mujer como otra persona jurídica, porque en el límite del riesgo para la vida de uno y otro cuerpo vivo en la especial situación del embarazo y hasta la viabilidad de una vida autónoma del feto, esta equivalencia termina siendo abstracta por el privilegio en el derecho a la vida de la mujer.

SANTIDAD DE LA VIDA Y VALOR DE LA VIDA HUMANA

Y es que aún aceptando que el embrión es vida humana y es persona, y que merece por ello una protección normativa, lo que debe discutirse es el alcance de esa protección al considerar la legitimidad que pueda tener el Estado para restringir con ello el ejercicio de uno o más derechos de la mujer.

⁶ Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR). Caso A, B, C vs. Irlanda. Sentencia del 16 de diciembre de 2010. Aplicación No. 25579/05.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

La cuestión jurídica de si el feto es una persona que tiene el derecho a ser tratada como si tuviera los mismos derechos que los niños y niñas o los adultos, es distinta a la cuestión moral de considerar si ante el feto tenemos las mismas obligaciones morales que tenemos con niños, niñas y adultos. En el primer caso se trata de una cuestión de igualdad ante la ley sobre intereses y derechos del feto. En el segundo se trata del valor moral intrínseco de la vida humana con independencia del estatuto jurídico del feto. Y este y no el primero es el fondo de la cuestión.

Si de lo que discutimos entonces en el caso del aborto es acerca del valor y la evaluación de la vida humana *en la particular situación ontológica del embarazo*, porque aceptamos como supuesto compartido al valor de la vida humana en general, la pregunta que corresponde hacer es la de cuál es la autoridad que ha de hacer esa evaluación. ¿Ha de ser el Estado desde la visión moral que le otorga su poder, o ha de ser la mujer desde la visión moral que le otorga su autonomía? Si aceptamos que el Estado pueda imponer coactivamente la criminalización del aborto tomando como criterio a la santidad de la vida, también deberemos aceptar que el Estado pueda imponer coactivamente la criminalización del embarazo y exigir la esterilización o el aborto si su criterio es que hay vidas indignas de ser vividas por las características que el feto pueda tener o por las condiciones de sus padres.

Así es como el Estado peruano fue denunciado en 1999 ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por una política gubernamental de esterilización de carácter masivo, compulsivo y sistemático dirigida contra mujeres pobres, indígenas y de zonas rurales, y aceptó años después un acuerdo de solución amistosa para esa denuncia por causar la esterilización forzada seguida de muerte en el caso emblemático de María Mamérita Mestanza Chávez⁷, violando su derecho a la vida y a la integridad.

DERECHOS REPRODUCTIVOS, LIBERTAD Y PROYECTO DE VIDA

De lo que se trata entonces es de comprender que en el contexto de decisiones éticas radicales para el proyecto de vida de las personas, la no injerencia del Estado es el modo de respetar las distintas visiones morales para el ejercicio pleno de la autonomía. Se trata de una cuestión de tolerancia, en la que limitamos el alcance del poder del Estado para que este no pueda imponer el contenido de un valor, aún siendo compartido por las mayorías, por sobre la dotación autónoma de contenido de valor originada en la visión moral de un sujeto particular, aún siendo minoría. Esta es la protección de la privacidad que establece el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁸, y que se fortalece procedimentalmente por los derechos a la información, a la confidencialidad de los datos personales y a la exigencia de consentimiento informado.

⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú. Solución amistosa del 10 de octubre de 2003

⁸ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos
Artículo 17.-

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Por eso hay que preguntarse: ¿cuál es la razón que puede tener el Estado para restringir la libertad en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos?, y ¿por qué el Estado podría intervenir sobre el derecho de la mujer a planificar en modo autónomo su descendencia y trazar así su proyecto de vida? Si el conjunto de libertades fundamentales que los derechos humanos reconocen y protegen es suficientemente amplio como para interpretar que en la personalísima situación del embarazo, el interés del Estado en la protección del embrión no puede tener un alcance tan absoluto como para restringir totalmente la libertad de la mujer a decidir por sí misma –que es decidir a la vez por su cuerpo vivo, su proyecto de vida y su calidad de vida–, entonces deberá aceptarse que en el marco del respeto a las libertades fundamentales que hacen al pluralismo moral, el Estado habrá de dejar exentas de la intervención de los jueces a las decisiones de la mujer sobre la continuidad o interrupción del embarazo en su primera parte y hasta el momento en que el Estado pueda justificar un imperativo interés en la protección de la vida del feto.

No se trata, por lo tanto, de sostener la posición normativa extrema que sería postular que esas decisiones debería tomarlas la mujer sin ningún tipo de restricción en todo momento del embarazo. Esa afirmación rechazaría todo interés legítimo del Estado en proteger la vida del feto antes de que el nacimiento diera lugar a un sujeto moral y de pleno derecho. De lo que se trata es de sostener que en la cuestión de los derechos reproductivos, incluyendo la cuestión del aborto, deben armonizarse el respeto de las libertades fundamentales para proteger los valores particulares del pluralismo moral con el respeto de la autoridad del Estado para proteger los valores universales de la moral pública.

EMBARAZO NO DESEADO Y RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL Y COLECTIVA

El ejercicio de las libertades individuales en derechos sexuales y reproductivos implica aceptar, entonces, la necesidad de un consenso normativo racional que pueda armonizar responsabilidad individual y colectiva. El valor de la vida humana es, a la vez, un valor universal compartido y un valor particular personalísimo como queda de manifiesto tanto en la obligación de los profesionales de la salud de procurar salvar vidas humanas como en el derecho a la libre elección de las personas a rechazar tratamientos que puedan salvar sus vidas.

La imbricación entre hechos y valores hace posible aceptar la diferencia en las decisiones que afectan a un embarazo en su primer trimestre de aquellas decisiones que se toman en el último, y el agente moral responsable de las decisiones –la mujer o el Estado– no puede ser el mismo en uno y otro caso. Cuanto más avanza el embarazo, más progresa el desarrollo de las estructuras y funciones biológicas necesarias para la vida sensible y autónoma del feto, y mayor es el peso de las consecuencias por el aborto.

La etapa de viabilidad del feto y su proximidad es una marca diferencial para reconocer los intereses del feto como cuerpo vivo distinto al de la mujer. Por eso es que el respeto del deber de protección de la vida humana reclama una responsabilidad atenta a las consecuencias relativas a los intereses de la mujer y del feto en uno u otro momento.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

INTERESES Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En la prevención del embarazo no deseado, la responsabilidad del Estado a través de programas de salud sexual y reproductiva de eficacia y acceso universales es primaria, porque el embarazo no deseado ha de interpretarse en general como el resultado de determinantes sociales que limitan la libre elección en la planificación familiar y que solo pueden ser superados mediante la intervención activa del Estado.

La problemática del embarazo en adolescentes es un ejemplo mayor de ello. Por eso es obligación del Estado el garantizar el acceso en condiciones de igualdad y sin discriminación a información sobre salud sexual y reproductiva con especial atención a la prevención del VIH y otras enfermedades de transmisión sexual, protegiendo las decisiones de los jóvenes sobre diagnósticos y tratamientos médicos, y facilitando el acceso a métodos voluntarios de planificación familiar, incluyendo los métodos anticonceptivos irreversibles y la anticoncepción oral de emergencia.

Pero aunque ningún Estado pueda tener un poder tan grande sobre los ciudadanos como para justificar que por el respeto de la vida humana se pueda imponer la restricción de las relaciones sexuales a las que solo se dirigen a procrear, criminalizando el control de la natalidad, también debe aceptarse que en el final del embarazo el Estado tiene razones de responsabilidad para restringir normativamente las decisiones sobre el aborto en orden a proteger el respeto de la vida humana por los intereses de un feto viable y a considerar de alta relevancia para la moral pública a las decisiones de vida y muerte. Es en razón de esa responsabilidad sobre la vida y la salud en derechos reproductivos que el Estado tiene la obligación, asimismo, de proteger al neonato y reducir la mortalidad infantil.

PROYECTO DE VIDA Y OBSTRUCCIÓN AL ACCESO A LA JUSTICIA

En sus razones restrictivas, sin embargo, no cabe que el Estado alegue el tiempo de espera para la viabilidad del feto ante malformaciones incompatibles con la vida.

En el caso KL, una adolescente que a los 17 años quedó embarazada de un feto anencéfalo, con riesgo para su vida, y a la que se le negó la realización de un aborto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas condenó al Perú al considerar que había violado el derecho a la vida; el derecho a estar libre de tratos crueles, inhumanos o degradantes (integridad); el derecho a la privacidad (libertad); y el derecho a la protección sin discriminación por su condición de menor (identidad).⁹

Esas conductas coactivas, punitivas y de obstrucción al acceso a la justicia por parte del Estado, en el caso del aborto, son una fuerte afectación a la integralidad del cuerpo vivo y el proyecto de vida de niñas y mujeres. Por eso, el Estado mexicano fue demandado ante la Comisión Interamericana de Derechos

⁹ Se puede acceder al texto del dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU en:
<http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/KL%20HRC%20final%20decision.pdf>

Humanos por denegación de la práctica de un aborto no punible en el caso Paulina¹⁰, y el Estado argentino fue denunciado ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por interferencia ilegítima de la justicia en el acceso a una práctica médica no punible, en el caso de LMR¹¹, una adolescente con discapacidad mental y embarazada por un abuso sexual, a la que se le negó el aborto.

PROGRESO CIENTÍFICO Y VIDA REALIZADA

Finalmente, el abordaje de la bioética de los derechos humanos en derechos reproductivos debe tratar no solo de los valores de la vida y la identidad que hacen a las normas sobre el cuerpo vivo, y de los valores de la integridad y la libertad que se conjugan con los anteriores en la protección del derecho a un proyecto de vida, sino también de los valores de la salud y la calidad de vida en orden a reflexionar sobre las garantías normativas para realizar en modo efectivo ese proyecto de vida autónomo protegiendo los derechos al bienestar. Una de esas garantías por parte del Estado consiste en crear las condiciones que aseguren a todos el acceso a servicios de calidad para la atención de la salud y la asistencia médica, como consideramos en el caso de Alyne da Silva Pimentel.

Sin embargo, la medicina reproductiva ha tenido desde hace tres décadas un acelerado desarrollo tecnológico que ha modificado año tras año los estándares de calidad de los servicios y que en derechos reproductivos nos obliga a reflexionar sobre las cuestiones éticas, legales y sociales relativas al derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones.

DESARROLLO CIENTÍFICO Y DOBLE ESTÁNDAR MORAL

El desarrollo científico no siempre se corresponde con el progreso moral. Las violaciones de la ética y los derechos humanos por investigaciones en salud sexual y reproductiva, han sido reiteradas. Entre muchos otros ejemplos cabe señalar que, en 1997, la denuncia de dos investigadores de la organización *Public Citizen*, alertó sobre el riesgo de muerte de mil recién nacidos por infecciones evitables en nueve experimentos financiados por el Departamento de Salud de los Estados Unidos y realizados en Asia, África y el Caribe, para estudiar la transmisión vertical del Sida en mujeres embarazadas e infectadas con VIH. Muchas de estas mujeres no recibían el tratamiento disponible con zidovudina que era obligatorio en Estados Unidos, porque, se dijo cuando la denuncia se hizo pública internacionalmente, en los países pobres de pertenencia de las mujeres el estándar era el no tratamiento.

De este modo, se naturalizaba la violación de un derecho para justificar la reiteración en la violación de ese derecho. A esta postura se la llama doble estándar moral entre ricos y pobres, y continúa siendo uno de los mayores problemas éticos y de derechos humanos en la salud global en general y en derechos

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México. Acuerdo de solución amistosa del 09 de marzo de 2007.

¹¹ Comité de Derechos Humanos en su 101° periodo de sesiones. Caso LMR contra Argentina. Comunicación N° 1608/2007. 25 de mayo de 2007



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

reproductivos en particular. Por eso es que la bioética de los derechos humanos se define como una ética universalista para sostener que es en el marco del respeto a los derechos humanos que debemos medir si un desarrollo científico representa o no un progreso moral.

BENEFICIOS DEL PROGRESO CIENTÍFICO Y NUEVOS PROBLEMAS BIOÉTICOS

El desarrollo de la medicina con la introducción de nuevas tecnologías reproductivas ha supuesto en otros casos un notable avance para garantizar el derecho básico de todas las parejas e individuos a la procreación sana y a poder decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo de los nacimientos.

El desarrollo de la medicina también ha introducido nuevas tecnologías de cuidado y sostén vital con notables beneficios para los neonatos incluyendo los recién nacidos de extremo bajo peso al nacer. Estos avances, sin embargo, han introducido serios problemas en orden a la distinción entre decisiones libres y deseos superfluos, libertad y responsabilidad, objeción de conciencia, beneficios y daños, y equidad en el acceso. El diagnóstico de preimplantación con selección genética de embriones con fines terapéuticos en reproducción asistida, a la vez que permite evitar enfermedades hereditarias graves o generar hermanos genéticamente compatibles que puedan asistir al trasplante entre ellos, ha abierto interrogantes sobre el número y criterios de calidad de los embriones descartados, o sobre su destino de criopreservación, así como sobre las demandas de asistencia sin motivos de salud.

Por su parte, la donación de gametas siendo una alternativa solidaria para la infertilidad de las parejas heterosexuales, ha abierto debates en cuanto al derecho a su acceso por las parejas homosexuales y a la demanda monoparental. A su vez, en la ponderación de riesgos y beneficios en el tratamiento de neonatos de bajo peso, los porcentajes de sobrevida han aumentado en muchos casos a la par de los porcentajes en el deterioro de la calidad de vida. Y el acceso a las nuevas tecnologías reproductivas no tiene en muchos países plenas garantías de acceso por parte del Estado. Es en ese marco que se ha problematizado ética y jurídicamente la noción de calidad de vida y derecho al bienestar.

LA CALIDAD DE VIDA COMO FIN MORAL

El valor, el deber, y la virtud ética de respetar la calidad de vida se construyó en la historia de la ética por la distinción ya señalada con el valor y santidad de la vida humana aunque en relación con ella. Esas capas de significado se extienden desde el origen de la ética hasta nuestros días y dan forma a la complejidad del sentido actual del término como valor o fin moral. Ya sea que consideremos el significado socrático de la justicia como verdad universal, fin último o valor compartido para la vida y el vivir; o el significado aristotélico de la felicidad de una vida moral que el Estado debe garantizar en su realización como bien supremo porque los hombres, para deleitarse en la felicidad, antes necesitan resolver objetivamente sus necesidades básicas; o el significado cristiano de la voluntad de Dios y la felicidad de la comunión de los hombres con ella como bien supremo; o el significado kantiano de la dignidad humana como fin último porque si hay algo que posee un valor absoluto, que es un fin en sí

mismo y no un medio para la voluntad de otros, es el ser humano que ha sido dotado de razón para autogobernarse con autonomía de la voluntad de Dios porque cada persona tiene la capacidad por su naturaleza de darse sus propios fines y por eso no admite nada equivalente y no tiene precio sino dignidad; o el significado hegeliano que toma al Estado como la realidad de la idea ética y al deseo como un criterio importante para explicar la ética porque el hombre desea deseos de otros hombres ya que lo que toda persona quiere es ser reconocida por otra y así la autoconciencia se *mueve* en relación a otra autoconciencia, que es lo que termina señalando el contenido moral de la libertad y sus diferencias entre individuos más y menos libres como queda explicitado en los enfoques de género.

Hoy conjugamos estos diferentes significados en la complejidad del valor calidad de vida, y sin embargo, frente a la reflexión sobre el momento destructivo de la racionalidad moderna en el siglo veinte, la ética ha debido buscar una razón universal intersubjetiva que reemplazara a la razón del dominio por el dominio de la razón, privilegiando el entendimiento y el consenso plural de visiones morales. La bioética es un campo que expresa esa búsqueda.

LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LA CALIDAD DE VIDA COMO VALOR

El concepto de calidad de vida como valor ético, hoy asociado a la idea de bienestar y desde antiguo asociado a la idea de felicidad, es la medida, entonces, de una vida realizada según el proyecto de vida trazado desde un cuerpo vivo particular. En ese sentido marca el respeto o la vulneración de la ética de la vida y el vivir.

La calidad de vida no se mide individual o colectivamente por indicadores económicos, aunque estos indicadores sean parcialmente útiles en esa medida, ni tampoco por la satisfacción de deseos y preferencias bajo la idea de un bienestar asociado al consumo. El valor de la calidad de vida exige una descripción rica y compleja de lo que las personas pueden necesitar y desear, hacer y realizar, desde la profunda complejidad de evaluar la vida y el vivir humano. Los derechos al bienestar y el desarrollo humano reconocen esa complejidad. Aun así, la evaluación de la calidad de vida en niñas y mujeres, y particularmente en derechos reproductivos, es más problemática que una evaluación en general. Y es así porque los valores que consideremos parte de la calidad de vida pueden ser distintos en las visiones morales de hombres y mujeres, y porque la desigualdad de oportunidades para las mujeres es un hecho que sesga esta evaluación.

Nos enfrentamos, entonces, a la pregunta de si debemos buscar criterios individuales o grupales, locales o globales, culturales o universales para evaluar la calidad de vida. Se trata de la pregunta original de la ética que nos lleva a considerar hoy cómo respetar las diferencias sin paternalismos autoritarios y con una responsabilidad compartida, y cómo lograr el equilibrio entre la norma individual dada en autonomía y la norma de una justicia universal. Esa es la tarea que, entre otras, debe abordar hoy la bioética de los derechos humanos en derechos reproductivos.



II. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: DERECHOS FUNDAMENTALES EN TENSIÓN. EL CASO COLOMBIANO

Humberto Sierra¹

RESUMEN: El presente texto plantea el marco conceptual sobre los derechos reproductivos como parte integral de los derechos fundamentales con un enfoque constitucional, a propósito de la experiencia y del manejo en el ordenamiento colombiano y por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, particularmente de las Sentencias T-388/09 y la T-209/08, entre otras, las cuales sientan unos estándares importantes sobre objeción de conciencia que pueden ser referentes para la jurisprudencia regional y explican la manera en que estos derechos se deben ponderar cuando se encuentran en tensión, particularmente en temas relacionados a los derechos reproductivos.

INTRODUCCIÓN

La objeción de conciencia se presenta cuando una persona busca eximirse del cumplimiento de una norma vigente porque esta norma le exige un comportamiento que su conciencia le prohíbe realizar. En otras palabras, la objeción de conciencia supone una discrepancia entre una norma jurídica y una norma moral. Quien ejerce la objeción de conciencia no arguye la ilegitimidad de las normas vigentes, ni busca su cambio ni se propone que otras personas se adhieran a sus creencias o las practiquen. Es una persona que se apega al derecho, pero la observancia de una norma en particular choca con sus convicciones morales más íntimas. Lo que busca, entonces, es eximirse de un deber jurídico por razones morales para preservar su integridad moral.

Esta pretensión de evadir el cumplimiento de un deber jurídico por razones de conciencia está protegida por la libertad de conciencia y es plenamente acorde con el pluralismo de los Estados democráticos

¹ Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

como el colombiano. Incluso en los casos en que las razones de conciencia estén basadas en creencias religiosas, la objeción de conciencia también estaría protegida por la libertad religiosa, un derecho que también es de suma importancia para la democracia.

El ejercicio de la objeción de conciencia puede derivar en una colisión de derechos cuando interfiere u obstaculiza el ejercicio de los derechos de otras personas. Esto es precisamente lo que sucede en el caso de la objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo. Por un lado, la libertad de conciencia protege la objeción de conciencia. Pero por otro lado, los derechos reproductivos protegen la autodeterminación reproductiva y, con ella, la interrupción voluntaria del embarazo –al menos en algunas circunstancias específicas–.

La discusión sobre la objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo debe plantearse como una colisión de derechos de igual rango porque tanto la libertad de conciencia como los derechos reproductivos son derechos humanos y derechos fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales y en Constituciones políticas como la Constitución colombiana de 1991.

La importancia de esta aclaración no es menor. Desde hace tiempo ya, decir que la libertad de conciencia es un derecho humano y un derecho fundamental es una obviedad, si nos encontramos en un Estado democrático. No sucede lo mismo con los derechos reproductivos, aun tratándose de Estados democráticos. Solo desde la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo en 1994 se empezó a hablar de los derechos reproductivos como derechos humanos. En Colombia, la jurisprudencia constitucional empezó a considerar los derechos reproductivos como derechos fundamentales, varios años después, en el 2006 al expedir la sentencia C-355/06², en la cual despenalizó el delito de aborto en algunas circunstancias específicas –básicamente violación, peligro para la vida o la salud física o mental de la gestante y grave malformación del feto que haga inviable su vida–. Como se ve, no es inoficioso iniciar esta presentación reafirmando que los derechos reproductivos, al igual que la libertad de conciencia, son derechos humanos y derechos fundamentales.

Una vez entendido que el derecho a la libertad de conciencia y los derechos reproductivos tienen igual rango, es claro que toda colisión entre estos dos derechos debe resolverse de la forma en que se solucionan las colisiones entre derechos humanos o fundamentales. No se debe suponer que uno de los dos derechos prima en todo caso sobre el otro por tener mayor rango. A través de la ponderación o de un juicio de proporcionalidad se deberá determinar, en el caso concreto, cuál de los dos derechos debe prevalecer y en qué términos.

El propósito principal de este texto es presentar las colisiones entre la objeción de conciencia y la interrupción voluntaria del embarazo que han llegado a la Corte Constitucional colombiana y la forma como las ha solucionado. El recuento jurisprudencial que se va a hacer se basa en una sentencia de constitucionalidad –la sentencia C-355 de 2006–, que despenalizó el aborto en algunos casos, y varias

² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 335/06, demanda de inconstitucionalidad. Bogotá, 10 de mayo de 2006. URL: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>

sentencias que resuelven acciones de tutela interpuestas por mujeres a las cuales se les ha negado la interrupción voluntaria del embarazo con fundamento en la objeción de conciencia: sentencias T-209 de 2008³, T-946 de 2008⁴ y T-388 de 2009⁵.

En el primero de los casos –sentencia T-209 de 2008– a una niña de 13 años, que fue víctima de violación, se le negó la interrupción voluntaria del embarazo con fundamento en una objeción de conciencia de varios médicos (objeción de conciencia “colectiva”). Además, no se le remitió a un médico que estuviera dispuesto a practicar la intervención. Como consecuencia de lo anterior, la niña dio a luz. Lo mismo sucedió en el segundo de los casos –sentencia T-946 de 2008–, solamente que se trataba de una mujer con discapacidad mental. En el tercero de los casos –sentencia T-388 de 2009–, una mujer solicitó la interrupción de su embarazo debido a que se le diagnosticó al feto una grave malformación que hacía inviable su vida. Ante la negativa de la institución de salud, interpuso acción de tutela, pero el juez se la negó alegando objeción de conciencia.

Antes de iniciar la descripción de la jurisprudencia constitucional, hay que decir que, desde la despenalización del aborto en algunas circunstancias, este ha sido un tema central en Colombia, pues médicos, instituciones médicas e incluso jueces han objetado conciencia en lo relativo a la interrupción voluntaria del embarazo. Esto ha despertado la inconformidad de varias organizaciones no gubernamentales que se dedican a la defensa de los derechos de las mujeres.

El panorama de confrontación se agravó porque el Gobierno expidió un decreto –el 4444 de 2006– en el cual básicamente recogía la jurisprudencia de la Corte sobre la objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo, sin embargo, este decreto fue objeto de una demanda de nulidad ante el Consejo de Estado de Colombia y, como medida provisional, fue suspendido mientras se decide el proceso, lo cual no ha ocurrido aún. Con base en la suspensión provisional del decreto, algunos sectores que se oponen la interrupción voluntaria del embarazo, y la propia Procuraduría General de la Nación, han sostenido que se puede hacer objeción de conciencia sin ningún límite a la interrupción voluntaria del embarazo.

El papel de la Corte Constitucional ha sido impedir que la objeción de conciencia se use o se convierta en un obstáculo para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en las hipótesis despenalizadas, pero cuidándose de no atentar contra la conciencia moral de las personas. En este sentido, ha dicho que la suspensión provisional del decreto 4444 de 2006 no significa que la objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo se pueda ejercer sin ningún límite y que las reglas jurisprudenciales siguen siendo aplicables.

³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 209/08 Acción de tutela interpuesta Gladys Belén Arias Becerra contra la EPS Coomeva y el Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta.. Bogotá, 28 de febrero de 2008. URL: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/NormaL.jsp?i=30206>

⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 94608 Acción de tutela promovida por *María* en representación de su hija *Ana* contra COSMITET LTDA. Bogotá, 02 de octubre de 2008. URL: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-946-08.htm>

⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 38809 Acción de tutela instaurada por BB actuando en representación de su compañera permanente AA contra SaludCoop E. P. S. Bogotá, 28 de mayo de 2009. URL: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-388-09.htm>



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

El debate ha sido tal que, como se comentará al final de esta presentación, cursa en el Congreso de Colombia un proyecto de ley para reglamentar el ejercicio de la objeción de conciencia.

LAS TENSIONES ENTRE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN COLOMBIA. LAS RESPUESTAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La primera y la más evidente de las tensiones se puede describir con la siguientes pregunta: **¿El personal médico puede objetar conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo?** La Corte Constitucional, desde que despenalizó el aborto en algunas circunstancias en la sentencia C-355 de 2006, previó el conflicto que se presentaría si una mujer solicita la interrupción voluntaria del embarazo y el médico que la atiende objeta conciencia a su práctica. Manifestó que los médicos son titulares del derecho a la libertad de conciencia. Por ello, en ejercicio de este derecho, pueden objetar conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo, pero aclaró también que esa objeción debía estar fundada en una convicción moral fundamentada y no en la simple opinión del médico en contra del aborto.

Con posterioridad a la emisión de la sentencia C-355 de 2006, las sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2008 y T-388 de 2009 reafirmaron que los médicos pueden presentar objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo con base en convicciones morales fundamentadas. Pero también precisaron que la objeción de conciencia se predica del personal que realiza directamente la intervención médica y no del personal que realiza funciones administrativas, ni de quienes lleven a cabo las actividades médicas preparatorias de la intervención o tienen a su cargo las actividades posteriores. ¿Por qué la diferenciación? Porque se asume que en estos casos no existe una verdadera contradicción entre las convicciones morales y la labor que se debe desarrollar. Simplemente se trataría de una reprobación de la interrupción voluntaria del embarazo que no alcanza la magnitud requerida para objetar conciencia.

En Colombia existen numerosos e importantes hospitales y clínicas que son manejadas por grupos religiosos que se oponen a la interrupción voluntaria del embarazo. Esta circunstancia ha hecho surgir otro cuestionamiento: **¿Pueden las instituciones médicas objetar conciencia a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo?** Desde la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional dijo que la objeción de conciencia es una facultad que solo es posible reconocer a las personas naturales, no a las personas jurídicas ni al Estado. Por lo tanto, las clínicas, hospitales o centros de salud no pueden presentar objeción de conciencia “institucional” a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

¿Por qué? La sentencia T-388 de 2009 lo explicó. Son las más íntimas y arraigadas convicciones morales del individuo las que pueden servir como fundamento para el ejercicio de la objeción de conciencia y una persona jurídica no posee tales convicciones morales. Además, es un mecanismo efectivo para evitar limitaciones abusivas de la libertad de las personas que laboran en las instituciones prestadoras del servicio de salud, las cuales podrían verse coaccionadas por posiciones restrictivas impuestas por los cuadros directivos de dichas instituciones.

En algunos países, se permite la objeción de conciencia en el caso de personas jurídicas privadas. Es el caso de Francia y Estados Unidos. Sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia afirmó que, para estos efectos, no resulta válido diferenciar entre las personas jurídicas privadas y públicas. Esta posición ha sido fuertemente criticada, incluso al interior de la propia Corte, no solo con base en el Derecho comparado, sino por atentar contra la conciencia de las personas que, en uso de su libertad de asociación, conforman personas jurídicas con idearios morales determinados. La Corte Constitucional ha defendido su postura con base en una particularidad del sistema de salud colombiano. En Colombia, las clínicas privadas están incluidas en el sistema público de salud establecido por el Estado. No se está ante una institución privada que presta el servicio de salud en condiciones establecidas por un acuerdo privado basado en la mera liberalidad de las partes. Se trata de la implementación del sistema de salud público de salud, creado y vigilado en su ejecución por el Estado y financiado con recursos públicos para proteger los derechos de los ciudadanos. Allí la autonomía privada es drásticamente reducida, especialmente cuando se trata de la protección de derechos fundamentales, como los derechos reproductivos.

Como consecuencia de lo dicho, también están proscritas las objeciones de conciencia colectivas porque pueden “esconder” objeciones de conciencia “institucionales”. La objeción de conciencia deberá ser siempre individual pues también son individuales las convicciones morales que la motivan.

Ahora bien, una vez que se ha determinado que el personal que realiza directamente la intervención médica puede objetar conciencia a la interrupción del embarazo con fundamento en convicciones morales fundamentadas, surge la siguiente pregunta: **¿Cómo se garantiza la interrupción voluntaria del embarazo cuando se presenta una objeción de conciencia legítima por parte de un médico?**

En la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional indicó que la objeción de conciencia no puede implicar el desconocimiento de los derechos reproductivos de las mujeres. Por eso, en caso de alegarse por un médico una objeción de conciencia legítima, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer a otro médico que sí pueda llevar a cabo el procedimiento. Por ello, la sentencia T-946 de 2008 expresó la necesidad de que exista una lista de instituciones y médicos dispuestos a practicar la interrupción del embarazo y de esta manera garantizar tanto la libertad de conciencia como los derechos reproductivos de las mujeres. Las sentencias T-209 de 2008 y T-946 de 2008 indicaron que si no se hace la remisión a otro médico dispuesto a practicar el procedimiento, se violan los derechos reproductivos de las mujeres.

Las sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2008 y T-388 de 2009 también precisaron que el derecho a la objeción de conciencia no es absoluto y solo se podrá ejercer cuando resulta factible asegurar que otro médico puede practicar de forma oportuna la interrupción del embarazo. Ello quiere decir que, si únicamente existe un médico que pueda practicar la interrupción voluntaria del embarazo, no podrá objetar conciencia y deberá hacer la intervención. Ante estas circunstancias excepcionales, prevalecerán los derechos reproductivos de las mujeres sobre la libertad de conciencia del médico.

Esta limitación a la libertad de conciencia de los médicos puede parecer excesiva. Sin embargo, la Corte Constitucional la ha considerado razonable y proporcionada si se tienen en cuenta dos aspectos. En primer lugar, los perjuicios irreversibles que tiene para la mujer la falta de práctica de la interrupción



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

voluntaria del embarazo. En segundo lugar, el papel especial que cumplen los médicos en la sociedad cuando su labor implica la prestación de un servicio público. De esa posición especial se derivan deberes imposibles de aplazar o eludir en ausencia de otro profesional que los cumpla.

No menos importante es el cuestionamiento relativo a **¿En qué forma se debe presentar una objeción de conciencia por parte un médico?** En la sentencia T-388 de 2009, la Corte Constitucional colombiana determinó la forma en la cual se debe presentar la objeción de conciencia. Estas reglas no son simples formalidades, sino que están dirigidas a asegurar que la objeción de conciencia esté comprendida dentro de los límites del derecho a la libertad de conciencia. Es decir, que no se dé un ejercicio abusivo de la objeción de conciencia que se convierta en un obstáculo ilegítimo para los derechos reproductivos de las mujeres.

Se estableció que la objeción de conciencia (i) debe expresarse por escrito (ii) consignando las razones por las cuales el procedimiento de interrupción del embarazo en ese específico caso está contra las más íntimas convicciones del médico, para lo cual no servirán formatos generales de tipo colectivo, ni aquellos que realice persona distinta a quien ejerce la objeción de conciencia. Además, (iii) se debe mencionar el médico al cual remite a la paciente que necesita ser atendida, teniendo siempre como presupuesto que se tenga certeza sobre la existencia de dicho profesional, sobre su pericia para llevar a cabo el procedimiento de interrupción del embarazo y de su disponibilidad en el momento en que es requerido.

Íntimamente ligado con lo anterior, está la pregunta de **¿Cuáles son las consecuencias de una objeción de conciencia ilegítima por parte de un médico?** Las sentencias C-355 de 2006 y T-209 de 2008 explicaron que una objeción de conciencia ilegítima por parte un médico puede constituir una falta ética que los Tribunales de Ética Médica están facultados para investigar.

Además, en estas sentencias se condenó a las instituciones prestadoras de salud y a los médicos que objetaron conciencia a pagar una indemnización de perjuicios debido a que las peticionarias terminaron dando a luz a raíz de la negativa injustificada del procedimiento. Esto significa que incluso pueden resultar patrimonialmente responsables si hacen un uso arbitrario de la objeción de conciencia.

Hasta aquí lo relativo a la objeción de conciencia de los médicos a la interrupción voluntaria del embarazo, pero resta por analizar el caso que se presentó en la sentencia T-388 de 2009 en el que un juez, con fundamento en la objeción de conciencia, se declaró impedido para conocer de una acción de tutela interpuesta por una mujer a la que se le había negado la interrupción del embarazo. Al ser rechazado el impedimento, el juez negó el amparo. Frente a esta situación, la Corte Constitucional debió solucionar el siguiente problema jurídico: **¿Los jueces pueden declararse objetores de conciencia en desarrollo de sus funciones y, en consecuencia, abstenerse de resolver un caso que les haya sido asignado para su conocimiento?** La Corte Constitucional expresó que la objeción de conciencia está excluida para los jueces. Las razones fueron varias:

1. En primer lugar, porque quien ostenta la calidad de juez no puede abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y legales, pues incurriría en un desconocimiento de los artículos 2

y 6 de la Constitución colombiana. El primero indica que las autoridades están instituidas para proteger los derechos de todas las personas residentes en Colombia. El segundo prescribe que los servidores públicos son responsables por la omisión de sus funciones.

2. El segundo argumento fue que, cuando se acepta ser juez, una de las consecuencias más importantes es que se asume el compromiso de velar por el estricto cumplimiento de las normas vigentes. Según el artículo 230 de la Constitución colombiana, el juez se encuentra en la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea con base en la Constitución y las demás normas aplicables.

La función del juez consiste precisamente en aplicar el derecho, de manera que no le es dable faltar a su función con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo. Lo anterior no significa que el juez, como persona, no tenga la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales, significa que en su labor de administrar justicia sus convicciones no lo relevan de la responsabilidad de administrar justicia con base única y exclusivamente en el derecho, pues eso es lo que hace que en un Estado gobierne el derecho y no las personas, siendo esto lo que define al Estado de derecho.

3. En tercer lugar, la Corte Constitucional señaló que admitir la posibilidad del juez de objetar por motivos de conciencia la aplicación de un precepto legal determinado significaría aceptar la denegación injustificada de justicia.
4. En cuarto lugar, para reforzar su posición, la Corte manifestó que, en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, está en juego la protección de derechos fundamentales que han sido el resultado de grandes esfuerzos por parte de un grupo históricamente discriminado: las mujeres. Resaltó que la conquista de derechos fundamentales por parte de estos grupos no siempre recibe aceptación pacífica e inmediata por todos los sectores de la sociedad y, en consecuencia, estos grupos se ven expuestos a los ataques provenientes de quienes pretenden imponer un punto de vista excluyente incompatible el pluralismo que proteger la Constitución de Colombia (artículo 1).

LAS DISCUSIONES QUE SE AVECINAN EN COLOMBIA

Antes de concluir, es pertinente reseñar un proyecto de ley que cursa en este momento en el Congreso de Colombia y que augura interesantes discusiones sobre el tema de la interrupción voluntaria del embarazo y la objeción de conciencia. Es el proyecto de ley 022 de 2011, que busca regular el derecho fundamental a la objeción de conciencia en general. Este proyecto tiene al menos cuatro puntos controversiales.

El primero es el literal g del artículo 9 que permitiría la objeción de conciencia en el “*ámbito del ejercicio de las funciones públicas*”. En otras palabras, se permitiría a los funcionarios públicos objetar conciencia al cumplimiento de sus funciones, incluidas aquellas relacionadas con la interrupción



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

voluntaria del embarazo. Queda la duda de si en este artículo están incluidos los jueces, lo que generaría una contradicción con la jurisprudencia constitucional actual.

El segundo aspecto controversial es el literal f del artículo 9 que permitiría la objeción de conciencia *“en el ámbito educativo, cuando las actividades o programas de enseñanza incluyan aspectos incompatibles con las propias creencias o convicciones”*. Es decir, se les permitiría a los educadores y a los estudiantes de instituciones públicas y privadas objetar conciencia para impartir o recibir clases que incluyan información sobre interrupción voluntaria del embarazo. El proyecto parte de la base de que la sola transmisión de este tipo de información en el ámbito educativo tiene la potencialidad de ir en contra de la conciencia moral o religiosa de algunos profesores y estudiantes. En este punto es útil recordar que la sentencia T-388 de 2009 ordenó a varias entidades del Estado, entre ellas el Ministerio de Educación, el diseño y puesta en marcha de campañas masivas de información sobre derechos sexuales y reproductivos que incluyeran lo relativo a la interrupción voluntaria del embarazo. La Corte Constitucional está haciendo seguimiento al cumplimiento de esta orden y surge la cuestión de si la objeción de conciencia en el ámbito educativo afectaría de alguna manera su cumplimiento.

En tercer lugar es controversial el artículo 3 del proyecto que aclara que, en el caso de los estudiantes menores de edad, la objeción se daría a través de los padres o representantes legales, lo que plantea interesantes discusiones acerca de la titularidad del derecho a la libertad de conciencia de los niños y niñas y el papel de sus padres. ¿Los niños tienen derecho a la libertad de conciencia? Si es así, ¿desde qué edad? ¿Pueden los padres ejercer el derecho a la libertad de conciencia por sus hijos mientras no tengan edad suficiente para hacerlo?

Por último, **en cuarto lugar**, el artículo 12 del proyecto *“reconoce el derecho de las personas jurídicas de carácter privado de determinar su propio ideario institucional y de no ser obligadas a actuar en contra del mismo”*. Al menos en lo relativo a la interrupción voluntaria del embarazo, este punto del proyecto va en contra de la jurisprudencia constitucional que se ha sostenido hasta el momento, por lo cual no estará exento de debate.

CONCLUSIONES

1. La tensión que se produce por la objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo es una colisión de derechos de igual rango, porque tanto la libertad de conciencia como los derechos reproductivos son derechos humanos y derechos fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales y en Constituciones políticas como la Constitución colombiana de 1991. En consecuencia, esta colisión debe resolverse, no mediante el criterio de jerarquía sino a través de la ponderación o de un juicio de proporcionalidad en cada caso concreto.
2. En el contexto colombiano, el papel de la Corte Constitucional ha sido impedir que la objeción de conciencia se use o se convierta en un obstáculo para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en las hipótesis despenalizadas, pero cuidándose de no atentar contra la conciencia moral de las personas. En desarrollo de ese papel, y a propósito de los casos que han llegado a su conocimiento, la Corte Constitucional de Colombia ha configurado algunas reglas.
3. El personal médico que participe directamente en la interrupción del embarazo puede manifestar, de forma individual, objeción de conciencia con fundamento en una convicción moral o religiosa y con la obligación de remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que esté dispuesto a llevar a cabo el procedimiento.
4. La objeción de conciencia no es una posibilidad para el personal administrativo, el personal médico que realice únicamente labores preparatorias de la interrupción del embarazo y el que participe en la fase de recuperación de la paciente.
5. El derecho a la objeción de conciencia no es absoluto y solo se podrá ejercer cuando resulta factible asegurar que otro médico puede practicar de forma oportuna la interrupción del embarazo. Ante la circunstancia excepcional de que únicamente exista un médico que pueda practicar la intervención, no podrá objetar conciencia y deberá hacer la intervención.
6. La objeción de conciencia no es derecho de las personas jurídicas. Esto aplica incluso para las personas jurídicas privadas por la configuración del sistema público de salud en Colombia.
7. Una objeción de conciencia ilegítima por parte un médico puede constituir una falta ética que los Tribunales de Ética Médica están facultados para investigar.
8. Los jueces no están facultados recurrir a la objeción de conciencia con el objeto de no decidir una acción de tutela interpuesta por una mujer a la cual se le ha negado el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.
9. El debate en torno a la objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia está lejos de concluir. El proyecto de ley 022 de 2011 está generando controversias en torno a la objeción de conciencia de los funcionarios públicos, los educadores, los niños y niñas y sus padres, y las personas jurídicas privadas.



III. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES, SECRETO PROFESIONAL Y CONFIDENCIALIDAD MÉDICA. ¿CÓMO SE CONJUGAN PARA ASEGURAR LA SALUD DE LOS ADOLESCENTES?

Aída Kemelmajer de Carlucci¹

A menudo, los hijos se nos parecen, y así nos dan la primera satisfacción... Cargan con nuestros dioses y nuestro idioma, con nuestros rencores y nuestro porvenir, por eso nos parece que son de goma... Nos empeñamos en dirigir sus vidas sin saber el oficio y sin vocación. Les vamos transmitiendo nuestras frustraciones con la leche templada y en cada canción (Joan Manuel Serrat, “Esos locos bajitos”).

RESUMEN: El presente texto analiza las tensiones y la relación entre la responsabilidad de los padres, el secreto profesional y la confidencialidad médica; ello en el marco de la atención de las y los adolescentes en los servicios de salud sexual y reproductiva y su reconocimiento como sujetos de derechos a la confidencialidad médica.

Plantea que si bien el secreto profesional y la confidencialidad en los servicios son de suma importancia, en la práctica existen diversas dificultades para guardarlos. Esta dificultad se enfrenta con el hecho de que sobre los cuerpos se toman decisiones relativas al modo de vida, al proyecto de vida, al compromiso hacia el futuro, si se casan o no, qué servicios se utilizan, qué trabajo se ejecutará, si se acepta la procreación o no. En ese sentido, si en el cuerpo se encuentra reunido todo lo que es tan importante para la vida, entonces imaginemos lo importante que es cumplir con guardar el secreto profesional sobre lo que pasa en nuestros propios cuerpos.

¹ Jueza de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza, miembro de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

IMPORTANCIA DEL TEMA Y LÍMITE DE ESTAS REFLEXIONES

El secreto ha sido objeto de reflexiones en la cultura académica y popular, por lo que una gran cantidad de dichos y manifestaciones atribuidas a famosos personajes reflexionan sobre su valor. Así, por ejemplo, se atribuye a Sócrates la frase *“Es más difícil guardar un secreto que tener un carbón ardiente en la lengua”*; a Séneca: *“Si quieres que tu secreto sea guardado, guárdalo tu mismo”*; al poeta Gibran Kahlil Gibran *“Si revelas tus secretos al viento, no culpes al viento por revelarlos a los hombres*; a La Rochefoucauld: *“Cómo pretendemos que otro guarde nuestro secreto si nosotros no hemos podido guardarlo”*; a Richelieu el consejo: *“No decir sino lo que es necesario, a quien es necesario y cuando es necesario”*; a Benjamín Franklin: *“Las tres cosas más difíciles de esta vida son: guardar un secreto, perdonar un agravio y aprovechar el tiempo*. Son dichos populares españoles: *“En boca cerrada no entran moscas”*; *“En la boca del discreto, lo público es secreto”*; en Japón se dice que: *“Ni cien caballos al galope atraparán una frase imprudente”* y que *“Si el pájaro no hubiese cantado, no le habrían disparado”*; un proverbio francés dice: *“Se puede tener razones para hablar, pero no se necesita ninguna para callar”*; uno árabe afirma: *“Antes de hablar gira siete veces tu lengua en la boca”*; en el Talmud se lee: *“Tu amigo tiene un amigo y el amigo de tu amigo tiene otro amigo; por consiguiente, sé discreto”*.

Pareciera, pues, que no es necesario argumentar demasiado en torno a la importancia que la gente de todas las épocas y países atribuye al silencio como sinónimo de confidencialidad, cualquiera sea el sector socio-cultural al que pertenece.

Como es sabido, en el cuerpo humano se concentran la vida, la integridad física, la salud, la sensibilidad, el sufrimiento físico; en ese cuerpo también se ubican las decisiones relativas al modo de vida y al compromiso hacia el futuro (matrimonio, trabajo o servicios a cumplir), la procreación (su aceptación o rechazo), etc.. No cabe dudar, entonces, de cuánto vale el secreto que versa sobre ese cuerpo. Dicho de otro modo, el secreto sobre lo que pasa en el cuerpo es una cuestión central.

Diversas profesiones tienen vínculos con el cuerpo de las personas, pero las relativas a la medicina los presuponen en todos los casos.

Por eso, no debe extrañar que el secreto médico constituya uno de los principios fundamentales de la ética médica, y que esté reconocido por todos o la mayoría de los códigos deontológicos de esta profesión. Efectivamente, en 1950, durante un gran debate realizado en la Academia de Ciencias Morales y políticas de París sobre la moral médica, Portes pronunció una fórmula que luego pasó a ser repetida casi inconscientemente: *“No hay medicina sin confianza, ni confianza sin confidencialidad, ni confidencialidad sin secreto”*². Confianza y confidencia son dos términos de sonido parecido, inseparables en la buena práctica de la medicina. Tiene confianza quien supone que se hace o se va a hacer algo que es necesario para su tranquilidad. Hace una confidencia quien comunica algo a alguien reservadamente, en secreto.

² Reproducido por Hoerni, B-Bénézech, M. *Le secret médical. Confidentialité et discrétion en médecine*. París, Ed. Masson, 1996, p. 12.

Los juristas de la mayoría de los países coinciden en que la materia del secreto médico es difícil, especialmente cuando se enfrenta al deber de denunciar a las autoridades. El maestro Sebastián Soler decía que: “la revelación del secreto profesional es uno de los temas que mayores contradicciones en la interpretación ha provocado al interrogarse cuándo existe violación punible del secreto y cuándo el deber de denunciar”³. En consonancia, otros autores reconocen que no existe una regla precisa y desprovista de ambigüedad que permita trazar con certeza la frontera entre la obligación del médico de no revelar las confidencias requeridas bajo secreto médico y la obligación de revelarlas cuando el valor protegido por el secreto, es decir, el derecho a la vida privada, entra en conflicto con otro valor fundamental⁴.

Por su parte, los médicos sostienen que las cuestiones vinculadas al secreto se encuentran entre los grandes inconvenientes que afrontan en la práctica profesional, especialmente, cuando tienen información que implica a miembros de la familia del paciente⁵. Por lo demás, en una sociedad que se vanagloria de privilegiar la información y la transparencia, la resistencia del secreto profesional, como la de todo secreto, se encuentra con grandes dificultades⁶.

Por todo esto, y por otras razones, Delmas Marty ha podido decir que: “más que una teoría jurídica, el secreto profesional aparece más bien como una búsqueda de un equilibrio jamás alcanzado”⁷. No extraña, pues, que sobre el secreto sanitario y su protección hayan corrido ríos de tinta, y seguirán corriendo, a causa de la extensión y gravedad de los problemas que plantea a muchas personas, en trances trágicos o dramáticos⁸.

En consecuencia, estas líneas no pretenden ser un análisis completo de la problemática; me limitaré, en lo posible, una vez planteado el problema en general, a reflexionar sobre la cuestión cuando los adolescentes están implicados.

ETIMOLOGÍA

La raíz “*secr*” se encuentra en el vocablo latino *scernere*, que significa separar, aislar. El participio de *scernere* es *secretus*, origen del término secreto. O sea, lo secreto se distingue porque se lo separa de otras cosas. El diccionario de la Real Academia de la lengua española define el secreto como aquella cosa que “se tiene reservada u oculta cuidadosamente”.

³ Soler, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires, Tea, 1978, t. IV, p. 117.

⁴ Jakhian, Edouard. *La Cour Européenne des Droits de l'Homme et le secret médical ou l'impossible équilibre*. En: *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 467. El autor comenta los casos llegados al TEDH hasta 1998: Z c/Finlandia, del 25 de febrero de 1997 (que relato más adelante, brevemente, en el texto); *Mitterand c/Francia* (herederos enfrentados a un médico que publica un libro, titulado, irónicamente, *Le grand secret*); *M c/ Suecia* (necesidad de revelar el secreto en un juicio en el que el médico es demandado por el paciente). El 9 de junio de 2011, el Centro Francés de Derecho comparado organizó un coloquio titulado *La dénonciation: droit ou devoir*. Los trabajos fueron publicados bajo ese mismo título por la Société de Législation comparée en el mismo año.

⁵ Gilbar, Roy. *Medical confidentiality within the family: the doctor's duty reconsidered*. En *International Journal of Law, Policy and the family*, vol. 18 n° 1, April 2004, p. 195.

⁶ Magendie, Jean Claude. *Pouvoir, dans la transparence, prétendre à une part irréductible de secret*. En Hirsch E. et autre (sous la direction de) *Éthique, justice et médecine*. Paris, ed. Université de Paris Sud 11, 2005, p. 16.

⁷ Delmas Marty, M. *A propos du secret professionnel*. Dalloz 1982, chron, XXXIX.

⁸ Luis Rodríguez Ramos, prólogo al libro de M. Teresa Requejo Naveros, Ídem.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

Por lo tanto, desde lo gramatical, se entiende por secreto todo aquello que se tiene reservado, oculto, aislado de la normal comunicación con los demás⁹. Se trata, pues, de un conocimiento que se aísla, poniendo obstáculos para que determinadas informaciones lleguen a ser conocidas por otras personas.

SECRETO PROFESIONAL: CONCEPTO

Se define al secreto profesional como el sigilo o reserva que corresponde a quien ejerce una profesión respecto del conocimiento que posee sobre otra persona cuando ese conocimiento ha sido obtenido por razón del desarrollo de la actividad profesional y la información ha sido necesaria para realizar la prestación o servicio a su cargo.

EL SECRETO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES IMPLICADOS: EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Algunas Constituciones de los países latinoamericanos contienen referencias expresas al secreto; por ejemplo, el artículo 2.18 de la Constitución del Perú de 1993 dispone: “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”.

Distintos valores jurídicos se relacionan con el secreto según sea la profesión ejercida. Por ejemplo, el secreto de la fuente de información del periodista se vincula a la *libertad de expresión*; en este sentido, el art. 43 de la CN menciona expresamente este secreto cuando al regular el hábeas data dice: “Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”.

El secreto profesional del abogado se une al derecho de *defensa*, y hace a la esencia, seguridad y garantía de un proceso; revelarlo puede traer gran perturbación a las prácticas judiciales y dar lugar a “incalificables abusos que pondrían en peligro a la propia administración de justicia, generando escándalos y prohiendo exacciones”¹⁰. Lo cierto es que cualquiera sea la profesión, el derecho al secreto se vincula esencialmente a la *intimidad*, y esta atadura muestra, desde el principio, la complejidad del problema¹¹. En efecto, “el secreto evoca el silencio, lo íntimo, la discreción; por lo tanto, nada hay de inquietante para favorecer el respeto a la esfera privada. Pero el secreto, como opuesto a transparencia, es portador de oscuridad, tinieblas, disimulación, opacidad, clandestinidad, deslealtad”¹².

⁹ Verdú Pascual, Fernando. *Secreto profesional médico. Normas y usos*. Granada, Comares, 2005, p. 7.

¹⁰ Cepede, Analía de los Ángeles. *El secreto profesional médico en materia de aborto*. Doc. Jud. 2010-543.

¹¹ Panizo Orallo, Santiago. *Riesgos del deber del secreto profesional para la eficacia del derecho*. En Sánchez de la Torre y otro (edit). *Eficacia del derecho. Teoría y aplicaciones*. Madrid, Ed. Dykinson, 2010, p. 229.

¹² Magendie, Jean Claude. Ídem, p. 15.

Por ser la intimidad el valor fundamentalmente amparado, un requisito indispensable para que surja el deber jurídico de proteger el secreto es que la persona a la que atañe tenga voluntad de guardarlo como tal¹³. Algunas figuras jurídicas parten, precisamente, de un secreto que protege la salud, por ejemplo, el parto anónimo, que garantiza a la madre el derecho a parir de modo seguro en un hospital, pero se enfrenta con el derecho fundamental de otra persona como es, el derecho de identidad del nacido¹⁴.

Sea como fuese, lo cierto es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido expresamente que los datos médicos relativos a la salud integran el derecho a la intimidad de la persona. Así lo dijo, entre otros, en el caso *Z vs. Finlandia* del 25 de febrero de 1997, en el que abordó la queja de una mujer que denunció que sus datos, entre los que contaban que ella era portadora del virus de HIV, habían sido incorporados a un proceso en el que se discutía si su marido, que había violado a varias personas, debía ser condenado también por el delito de homicidio en razón de que a la época de los ilícitos, este conocía que también él estaba infectado.

En el caso, los médicos que atendían a la mujer (clínicos y psiquiatra) habían invocado el secreto, pero el tribunal los obligó a revelarlo; más aún, el expediente médico se incorporó a la causa, y se decidió que la confidencialidad sobre estos datos durara solo diez años a partir de la sentencia. Independientemente del resultado final¹⁵, en el párrafo 95 de la decisión del TEDH se lee: “la Corte tiene en cuenta el rol fundamental que la protección de los datos de carácter personal (*entre los cuales se encuentran las informaciones relativas a la salud*) juega en el ejercicio del respeto a la vida privada y familiar garantizado por el art. 8 de la Convención. El respeto del carácter confidencial de las informaciones sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados contratantes de la Convención. Es capital no solo para proteger la vida privada de los enfermos, sino también para preservar la confianza en el cuerpo médico y los servicios de salud en general. Si esa protección faltase, las personas que necesitan cuidados médicos creerían que esa información de carácter íntimo, que es necesaria para su tratamiento, podría ser apropiada y consultada por otro, por lo que deciden ocultarla, lo que pone en peligro, en el caso de las enfermedades contagiosas, a la propia colectividad (Ver la Recomendación n° R (89) 14 sobre *Las incidencias éticas de la infección VIH en el marco sanitario y social*, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 24 octubre de 1989 y, especialmente, las observaciones generales sobre la confidencialidad de los datos médicos que figuran en el párrafo 165 de la exposición de motivos). Por lo tanto, la legislación interna debe proveer garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud que no respeten las garantías previstas en el art. 8 de la Convención”.

¹³ Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento*. En *Protección de menores en el Código penal*. Madrid, Ed. Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1998, p. 311.

¹⁴ Me he referido a este tema en mi artículo *El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso “Odièvre c/ France”*. En “El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales”. Colex, Madrid, 2004, p. 511, y *Revista Derecho de Familia*, N° 26, LexisNexis, 2004, p. 77.

¹⁵ La queja principal fue rechazada, en definitiva, sobre la base del principio de proporcionalidad y la teoría del margen de discrecionalidad del Estado; en cambio, se estimó contrario al art. 8 el plazo de confidencialidad de 10 años, fijado de oficio por el tribunal.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

EL INTERÉS PÚBLICO Y PRIVADO COMPROMETIDO EN EL TEMA DEL SECRETO PROFESIONAL DEL MÉDICO

Jurídicamente, se discute si el deber de secreto está basado solo en el acuerdo entre cliente y profesional, o si también responde al interés público. La tendencia mayoritaria, en la que se incluye el *leading case* del TEDH Z vc. Finlandia, del 25 de febrero de 1997, antes mencionado, se inclina por la segunda opción, es decir, acepta que la obligación de no revelar los secretos a los que se ha accedido en el ejercicio de una profesión u oficio deriva de normas impuestas por el Estado para proteger el orden social¹⁶. Esta posición se funda en los siguientes argumentos:

- (a) El individuo que reclama el secreto se encuentra en la necesidad de acudir a quien ejerce una profesión para solucionar un problema que por sí solo no puede resolver; él renuncia a su intimidad no por capricho, sino por necesidad.
- (b) Si el secreto no existiese, el paciente no se acercaría al médico, no se curaría, y esto amenaza la salud pública. Lealtad y verdad son necesarias entre doctores y pacientes.
- (c) Hay necesidad social en que ciertas profesiones tengan prestigio y sean respetadas por la sociedad de manera que inspiren en sus integrantes la confianza requerida para que tales profesiones funcionen apropiadamente.

En razón del interés social que encierra, la mayoría de los bioeticistas entiende que la regla de la confidencialidad médica es casi absoluta. Sin embargo, no todos los médicos son conscientes de ese deber. Una encuesta realizada en Inglaterra, por Wertz and Fletcher, en 1989, reveló que cerca del 60% de los genetistas de diversos países del mundo que respondieron, estaban de acuerdo con revelar el dato a los parientes sin consentimiento del paciente; no hicieron distinción según que esa enfermedad fuese mortal, como el mal de Huntington, o no mortal, como la hemofilia. En Holanda, el 26% de los médicos entrevistados estaban dispuestos a revelar el dato a familiares, sin el consentimiento del paciente, pero no a terceras personas, como patronal, aseguradora, etc.¹⁷

Verificando esa realidad en el ámbito de los prácticos de la medicina, los eticistas estadounidenses dicen: “muchas veces los médicos suponen, sin justificación, que los pacientes desean que su estado sea plenamente revelado a su familia. Es necesario alejarse de tal suposición”¹⁸.

¹⁶ Duval-Arnould, Domitille. *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris. LGDJ, 1994, p. 142 ; Otero González, María del Pilar, *Justicia y secreto profesional*. Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces SA, 2001, p.14.

¹⁷ Datos proporcionados por Gilbar, Roy. Ídem, p. 205.

¹⁸ Citado por Hoerni, B-Bénézech, M. Ídem, p. 56.

HISTORIA DEL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO¹⁹

Los historiadores remontan el secreto a tiempos antiguos. Muchos recuerdan que aparece en el juramento de Hipócrates: “Lo que en el ejercicio de la profesión, y aún fuera de ella, viere u oyere acerca de la vida de las personas y que no deba ser divulgado, callaré considerando la discreción como un deber en semejantes casos”²⁰.

Esos estudiosos relatan que el secreto médico era conocido antes de Hipócrates, pero no se relacionaba a la confidencialidad y a la intimidad, sino a la transmisión de los conocimientos; o sea, el secreto se refería al que debían conservar los que practicaban la medicina (sacerdotes, hechiceros, adivinos, etc.), respecto a sus saberes, que *no* debían informar a sus pacientes²¹. Después de Hipócrates, el secreto se desvaneció, sin desaparecer completamente. En la Edad Media se reforzó, al ser asimilado al principio más extendido del secreto de confesión. Después de la Revolución francesa, se puso nuevamente de relieve, a punto de ser un símbolo intocable del ejercicio médico, durante más de 150 años. En la última mitad del siglo pasado retomó el camino que nunca debió dejar, cual es, ser considerado un medio de respeto de las personas y no un fin en sí mismo²².

ASPECTOS QUE COMPRENDE EL SECRETO MÉDICO

La información sometida al deber de sigilo médico comprende, entre otros, los siguientes aspectos: (a) el diagnóstico, pronóstico y terapia de la enfermedad del paciente; (b) otras circunstancias de la enfermedad: gravedad, complicaciones y otros hechos vinculados; (c) internación en establecimientos hospitalarios, etc.²³

NORMATIVA GENERAL

El derecho al secreto médico está incluido, desde hace años, en los códigos de deontología médica. Entre otros, el artículo 11 vigente en Francia dispone: “El secreto profesional, instituido en el interés de los enfermos, se impone a todo médico en las condiciones establecidas por la ley. El secreto cubre todo aquello que ha llegado al conocimiento del médico en el ejercicio de su profesión, o sea, no solo aquellos que se le ha confiado, sino todo lo que ha escuchado o comprendido”.

¹⁹ Para el tema, ver Hoerni, B-Bénézech, M., Ídem, pp. 5/13, capítulo 1 del libro.

²⁰ Otero González, María del Pilar. Ídem, p. 23. Costa, María Victoria, *El manejo de la información médica. El consentimiento informado y la confidencialidad*. En Luna, Florencia y Salles, A., *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 183; Lamberti, S. y Viar, J.P. *El profesional de la salud frente al secreto profesional*. En Blanco, Luis G. (compilador). *Bioética y bioderecho. Cuestiones actuales*. Bs., As., Ed. Universidad, 2002, p. 135; Martínez Morán, Narciso. *La protección jurídica del derecho a la intimidad en el ámbito de las investigaciones biomédicas*. En Junquera de Estéfani, Rafael (director). *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ante los retos bioéticos*. Granada, Ed. Comares, 2008, p. 113.

²¹ Sayago, Roberto. *El secreto médico. Su evolución, los nuevos problemas y el marco actual de la bioética*. En JA 2001-IV-1273.

²² Hoerni, B-Bénézech, M., Ídem, p. 5.

²³ Verdú Pascual, Fernando, Ídem, p. 10.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

Las denominadas leyes de “sanidad” de casi todos los países contienen una especie de catálogo de los derechos de los pacientes, entre los cuales se incluye el derecho al secreto médico. Así, por ejemplo, la ley española 14/1986 enumera, entre los derechos con respecto a las distintas administraciones sanitarias, el derecho: (...) “a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas (...)”

En la República Argentina, el artículo 2 inciso c) de la ley 26.529 dispone: “*Intimidad*. Toda actividad médico –asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la ley 25.326.

El derecho aparece en numerosos documentos internacionales vinculados a los derechos humanos. Así, el artículo 10 del Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina, llamado Convenio de Oviedo de 1997 dispone: “*Vida privada y derecho a la información*. 1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud”. El artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Paciente, suscrito en Lisboa en 1981 y completada en Bali en 1994 dice: “*Derecho al secreto profesional*. a) Toda información identificable concerniente al estado de salud, las circunstancias médicas, el diagnóstico, el pronóstico, el tratamiento del paciente y toda otra información que le concierna, debe quedar confidencial, aún después de su muerte. Excepcionalmente, los descendientes pueden tener un derecho de acceso a las informaciones susceptibles de revelar riesgos que puedan correr en su salud. b) La información confidencial no puede ser divulgada excepto consentimiento expreso del paciente o que la ley lo autorice expresamente. La información no puede ser divulgada a otras personas excepto que acrediten la necesidad de saber; c) Todos los datos identificables concernientes al paciente deben ser protegidos. Esta protección debe corresponder a su forma de almacenamiento. Las sustancias humanas a partir de las cuales estos datos son identificables deben ser igualmente protegidas”.

La Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, 1948-1968-1983, proclama la promesa del médico de “guardar y respetar los secretos a mí confiados, aun después de que un paciente haya muerto”. El Código Internacional de Ética Médica, de la misma fuente, reitera: “El médico debe (...) salvaguardar las confidencias de los pacientes”.

SUJETO OBLIGADO

El obligado a guardar el secreto es el médico. Esta afirmación merece algunas aclaraciones. Las prácticas hospitalarias ponen barreras a veces insuperables a la eficacia del derecho al secreto. ¿Qué confianza puede tener el paciente internado en un hospital de que el secreto será guardado si es visitado no solo por el médico sino por la pléyade de asistentes, estudiantes de la facultad, que lo acompañan en cortejo?²⁴

²⁴ Magendie, Jean Claude. Ídem, p. 157.

El ejercicio de la medicina se hace paulatina y permanentemente más complejo en razón de los progresos de la ciencia y la tecnología, desarrollándose la medicina en equipo; la clásica relación entre dos personas (médico y paciente) que permitía con bastante seguridad la guarda y custodia del secreto profesional, se ha modificado profundamente. Cualquiera se sorprende al contabilizar el número de personas que pueden tener contacto con un enfermo internado; obviamente, el número aumenta cuando se impulsa la seguridad social y se generan nuevos sistemas de atención sanitaria²⁵.

Además, actualmente, uno de los modos más frecuentes de violar la intimidad es a través del sistema informático organizado por los centros de salud²⁶, razón por la cual, muchos países han regulado sobre la protección de estos datos y la necesidad de preservar los llamados datos sensibles. Aún así, indudablemente, el mayor riesgo para el secreto médico es la informática²⁷.

Por todo esto (el ejercicio grupal, prácticas frecuentes como consulta, la informatización, etc), hoy se habla del derecho al secreto *compartido* o *participado* (*partagé*, en francés). Cabe aclarar que aunque el concepto de secreto compartido fue elaborado hace muchos años, aún no tiene existencia en la mayoría de los textos legales, por lo que se afirma que se trata, todavía, de un “hijo bastardo”²⁸.

SUJETO BENEFICIADO

Como regla, el derecho al secreto médico está instituido a favor de los pacientes. Esta parece una verdad de Perogrullo, pero es necesario subrayarla, pues aunque hay un interés social en su respeto, los problemas deben ser resueltos teniendo en consideración el derecho humano de la persona a su ámbito de intimidad y reserva.

SANCIÓN POR EL INCUMPLIMIENTO DE ESTAS OBLIGACIONES

1. Principio general

Establecer normativamente el deber del secreto profesional y sus alcances no es un tema baladí; por el contrario, su violación, trae sanciones, incluso penales en algunos ámbitos²⁹.

²⁵ Sayago, Roberto. Ídem. Para este tema y la interpretación del art. 8 de la ley 25.326 que regula los datos personales, ver Peyrano, Guillermo. *Régimen legal de los datos personales y hábeas data*. Depalma/Lexis Nexis, 2002, p. 107 y ss. Palazzi, Pablo. *La protección de los datos personales en la Argentina*. Bs. As., Ed. errepar, 2004, p. 69 y ss. Masciotra, Mario. *El hábeas data. La garantía polifuncional*. La Plata, Ed. Platense, 2003, pág. 268; Gozaíni, Osvaldo A., *Hábeas data. Protección de datos personales*. 2º ed, Bs As, Ed. Rubinzal, 2011, p. 250 (estos últimos dos autores recuerdan la Recomendación 81/1 del Consejo de Europa referida a los bancos de datos médicos automatizados).

²⁶ Para el tema, ver de M. Teresa Requejo Naveros. Ídem, p. 34 y ss.

²⁷ Barni, Mauro. *I doveri del medico*: En Lenti, L. ed altri, *I diritti in medicina*. En Rodotà, S. *Trattato di Biodiritto*, Milano. Ed. Giuffrè, 2011, p. 161 y ss.

²⁸ Hoerni, B-Bénézech, M. Ídem, p. 53.

²⁹ Ver, entre otros, Requejo Naveros, M. Teresa. Ídem.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

2. Las sanciones penales

La historia de la regulación penal por la violación del secreto profesional presenta dos tendencias:

- Una, propicia a la despenalización, por lo que menciona expresamente los sujetos involucrados (eclesiásticos, abogados, médicos, boticarios, barberos, comadronas lo que implica que los no mencionados no cometen el delito³⁰.
- Otra, sanciona de modo genérico la conducta del profesional de divulgar los secretos de otro, cualquiera que haya sido la forma de haberlos llegado a conocer. El distinto tratamiento que reciben los profesionales condujo a propiciar que se sancione, de modo genérico, “al profesional que revelare los secretos de un cliente de los que tuviere conocimiento por razón de su profesión u oficio”.

Cualquiera sea la posición que se asuma, cabe recordar que el Derecho penal es la *última ratio*. Se lee en el voto razonado de García Ramírez sobre la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaído en la causa De la Cruz Flores vs Perú, fallado el 18 de noviembre de: “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”.

Por eso, si el Código penal sanciona el atentado a la intimidad mediante la violación del secreto profesional es porque considera que se trata de una conducta *grave*; esta calificación deriva de los siguientes elementos: (i) el sujeto activo, especialmente si se trata de un profesional funcionario público, pues está en juego el correcto funcionamiento de la administración; (ii) la particular relación de confianza y necesidad que media entre el sujeto activo y la víctima; (iii) el bien jurídico que se protege (la defensa de la intimidad como derecho de la personalidad)³¹.

Así, en el título relativo a los delitos contra la libertad, en el capítulo III, el Código penal argentino regula la “Violación de Secretos y de la Privacidad” y el artículo 156 dispone: “Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.

³⁰ Paralelamente, algunos códigos de procedimiento individualizan qué profesionales no están obligados a declarar, lo que implica que los demás deben hacerlo. Así, por ej., el art. 141 del Código de Procedimientos Penales del Perú dispone que “no podrán ser obligados a declarar: 1. los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstétricas, respecto de los secretos que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión”.

³¹ Otero González. Ídem, p. 6.

De cualquier modo, las sentencias que sancionan penalmente a los médicos por violación del secreto son escasas. Cabe recordar una decisión interesante del Tribunal Supremo Español del 4 de abril de que condenó a una médica a un año de prisión, a una multa e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por dos años (la pena mínima) y a reparar los daños causados. Los hechos eran los siguientes: en un hospital, la profesional de la salud atendió a una mujer a quien conocía por provenir ambas de un pequeño pueblo; de la historia clínica la profesional extrajo el dato que la paciente estaba embarazada y que había tenido dos abortos anteriores; la médica reveló este secreto a la hermana de la gestante quien, en realidad, ya lo conocía de antes. El Tribunal Supremo revocó la absolución de los jueces de grado que entendieron que lo revelado era asimilable a las noticias que publica la prensa amarilla. La sentencia condenatoria argumentó que para diferenciar la conducta típica de la mera indiscreción es necesario que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender, y que lo manifestado por el Tribunal de grado frivolisaba sentimientos de modo que no se ajustaban a la realidad.

3. El Derecho penal, el deber de denunciar del funcionario público y el delito de aborto

Como he adelantado, uno de los conflictos que tiene llegada a la justicia con mayor frecuencia es el de la oposición entre deber de denunciar y violación al deber del secreto. En efecto, por un lado, la ley penal reprime la violación del secreto profesional; por el otro, obliga a denunciar a los que “por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público”.

Los médicos de los hospitales de los países que penalizan la interrupción del embarazo tienen el problema de esa confrontación. Por el contrario, los de los países que autorizan el aborto no tienen dificultad alguna en reconocer que existe deber de mantener el secreto en el médico³².

En la Argentina³³, la sentencia plenaria recaída en la causa *Natividad Frías* de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, del 26 de agosto de decidió por nueve votos contra ocho que “No puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo –oficial o no–, pero sí corresponde hacerlo en todos los casos respecto de sus coautores, instigadores o cómplices”.

Esta posición, que personalmente comparto, se funda en las siguientes razones:

- (i) “La mera presencia ante el médico de la mujer autora o coautora de su propio aborto implica una auto-acusación forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación puesto que acude a él en demanda angustiosa de auxilio para su salud y su vida.

³² Schamps, Geneviève. *Le degré d'autonomie du mineur dans le domaine des soins médicaux en droit belge*. En: Feuillet-Liger, B. et Ida, R., *Adolescent et acte médical, regards croisés. Approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 2011, pág. 105.

³³ Para la comparación de la situación en tres países latinoamericanos (Argentina, Uruguay, Perú) ver Cavallo, Mercedes. *La confidencialidad médica en materia de aborto en Argentina, Perú y Uruguay*. En: Los derechos reproductivos: un debate necesario, I Congreso Latinoamericano Jurídico sobre derechos reproductivos, Arequipa, 2009, p. 53.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

No es, pues, posible, admitir que una auto-acusación de índole semejante sea jurídicamente admisible para pronunciarse a favor de la prevalencia del interés social de reprimir el delito, con desmedro del superior derecho humano a la subsistencia y con menoscabo del principio que informa la norma constitucional citada (artículo 18 CN). Si nadie está obligado a declarar contra sí mismo (...) menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una auto-acusación impuesta por necesidad insuperable”;

- (ii) La colisión entre la obligación de mantener el secreto profesional y el deber de los médicos de hacer conocer a la autoridad los delitos de los que tuvieron conocimiento en ejercicio de sus funciones es superada entendiendo que las manifestaciones de la paciente respecto de su aborto no alcanzan a configurar la “justa causa” que el Código reclama para justificar la violación del secreto profesional. Esta causa es exclusivamente legal. Es decir, que solo una ley puede eximir de guardar el secreto debido, convirtiendo en obligación su quebranto;
- (iii) La posición contraria obliga a la mujer a elegir entre la disyuntiva de “morir o ir a la cárcel”;

El maestro Bidart Campos dio un valioso apoyo a la solución, con estos argumentos: “No dudamos que el médico que bajo revelación del enfermo toma conocimiento del aborto no puede denunciar el delito. Se lo impide el secreto profesional, que para nosotros tiene seguro arraigo constitucional en el derecho a la intimidad o privacidad. El médico no puede disponer, a su criterio, de ese secreto. O sea, no puede optar entre guardarlo o hacerlo público, porque en la relación de privacidad entre él y el paciente tiene el deber constitucional de abstenerse de revelar lo que supo bajo secreto profesional. Es por eso ortodoxo nulificar los testimonios de la mujer abortada y de su madre, por cuanto sus respectivas declaraciones bajo juramento de decir verdad encierran autoinculpación, con alcance incompatible respecto de la inmunidad de declarar contra sí mismo que concede el art. 18 de la CN”³⁴.

No obstante, las discrepancias continúan. Algunos jueces, aún perteneciendo al mismo ámbito del tribunal que dictó el plenario, se rebelan y resuelven lo contrario sobre la base de inexistentes particularidades del caso. En este sentido, se afirma que “la presentación de una persona en un hospital revelando haber cometido un aborto o consentido que otro lo causare no implica autoacusación forzada para preservar su vida, sino el desenlace en todo caso natural de una acción ilícita que habría sido ejecutada conociendo los riesgos que previsiblemente podrían afrontarse. La comunicación del aborto a la autoridad policial efectuada por el médico de la paciente no es típica del delito de violación de secretos, no solo porque no impone un daño en el sentido de injusta afectación de bienes jurídicos amparables, sino también porque existe justa causa de revelación”³⁵.

³⁴ Bidart Campos, Germán. *Denuncia de aborto y secreto profesional del médico*. ED 166-224.

³⁵ Ver sentencia de la Sala 7° en el caso GN del 1 de abril de 2007, con nota crítica de Gulco, Hernán. *La tutela de la intimidad y el rechazo de “Navidad Frías”*. En: JA 2007-IV-295. En la sentencia se encuentran amplias referencias a la jurisprudencia en uno y otro sentido. Algunas motivaciones son muy interesantes, pero lamentablemente, la regla que formula luego se aplica mal. Así, por ej., se afirma: “Los derechos constitucionales no son gallos de pelea; debe partirse de la unidad de los derechos fundamentales, en una visión tendiente a su concreta armonización”. Las distintas posiciones jurisprudenciales también se reseñan en Cepede, Analía de los Angeles. Ídem. (la posición que adopta la autora no es clara; parece compartir el criterio mayoritario de la Suprema Corte de Santa Fe).

Más aún, un Tribunal Superior de provincia, me refiero a la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe , el 12 de agosto de 1998³⁶ decidió: “Los profesionales que presten servicios en instituciones privadas no están exentos del deber de denunciar los hechos ilícitos que pudieran llegar a su conocimiento. Ello es así, pues además de la normativa adjetiva que les impone tal comportamiento, se ven compelidos por lo previsto en el art. 277 del CPP en cuanto prevé la figura de encubrimiento y por las leyes específicas que regulan el ejercicio de las ramas del arte de curar en nuestro país”³⁷. Bidart Campos criticó con su habitual agudeza los argumentos del voto mayoritario: “la vida en gestación que se había destruido con el aborto ya no podía protegerse en el caso, porque el *nasciturus* no existía. Ergo, el conflicto verdadero que con realismo tenía que resolverse no incluía la protección a la vida en gestación de un ser al que el aborto había eliminado. Un criterio de eficacia, unido a un juicio de previsibilidad sobre las consecuencias del fallo parece decirnos que, desde el plano del Derecho constitucional, la política criminal y la legislación penal consecuente, no han de trasladarse a las mujeres pobres el riesgo de la persecución penal por el delito de aborto ya consumado, porque el secreto médico y la vida o salud de la madre colocan en un nivel más alto y más valioso la obligación (también constitucional) del Estado (incluidos los jueces) y de los profesionales del arte de curar, de promover la igualdad real de oportunidades y de trato mediante las prestaciones de salud a favor de todas las mujeres, incluidas las que han abortado. No nos olvidemos que el art. 75 inc 23, después de instar a la igualdad, particulariza cuatro grupos humanos en especial, y dentro de ellos, menciona a las mujeres”.

En Argentina, la cuestión debe considerarse definitivamente zanjada por la Corte Federal en el caso Baldivieso, César Alejandro, del 20 de abril de 2010, que ratificó el criterio del plenario Natividad Frías en el caso de un imputado por el delito de tráfico de drogas que concurrió a un hospital público, frente al grave riesgo que significaba portar esa droga dentro de su cuerpo.

En el resto de América Latina, el debate también debe estimarse cerrado tan pronto los jueces nacionales apliquen la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso De La Cruz Flores Vs. Perú, fallado el 18 de noviembre de 2004, aceptó la tesis según la cual: “Perseguir penalmente actividades profesionales lícitas, so pretexto de combatir el terrorismo, vulnera el artículo nueve de la Convención Americana, al penalizar un hecho lícito: la actividad médica”.

Si el médico puede asistir al terrorista herido y guardar silencio sobre ese acto, con mayor razón puede y debe asistir a una mujer que se ha sometido a un aborto clandestino y concurre a un centro de salud para

³⁶ LL 1998-F-545, con nota desaprobatoria de Bidart Campos, Germán. *Deber de denuncia penal y secreto profesional del médico. Entre medio: aborto, vida, salud, igualdad*. En: ED 179-191 y en Foro de Córdoba 54-179, y de Gil Dominguez, Andrés. *Aborto voluntario: la constitucionalización de la pobreza*.

³⁷ El art. 277 del CP ubicado en el capítulo Encubrimiento dispone: 1.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:

- a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de esta.
- b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.
- c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.
- d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.
- e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

ser asistida. Recuérdese que en este caso, el Tribunal Constitucional del Perú había justificado la sanción con el siguiente argumento: “[...] respecto de los [m]édicos cuya responsabilidad está acreditada, si bien como profesional de la salud estaban obligados a usar su ciencia a favor de quien la necesita, sin distinción alguna, velando por la vida humana, haciendo caso omiso a credos políticos religiosos, las sindicaciones contra ellos no son simplemente por haber actuado como médicos en favor de elementos terroristas, pues de ser así, no sería delito, sino 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*”. O sea, según el tribunal peruano el médico tiene ambas obligaciones: asistir y denunciar.

La Corte Interamericana respondió categóricamente con el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949, que señala que “Nadie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos”, y con el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, que 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”. Concretamente, en el parágrafo 97 de la decisión se lee: “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”. “En consecuencia, a la luz de las consideraciones precedentes, el Tribunal estima que el Estado peruano incurrió en una violación del principio de legalidad, por (...) penalizar el acto médico que no solo 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”.

El voto razonado del juez García Ramírez agrega: “8. *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 estas 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 solo 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 inculpado, 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”.

EL SECRETO MÉDICO Y NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

La situación de los adolescentes en la región

Intento, de aquí en adelante, trasladar los principios generales sobre el secreto médico a la situación de los adolescentes.

La cuestión es cuantitativa y cualitativamente importante. La población joven de entre 10 y 24 años representa el 24.5 % de la población de las Américas. En América Latina y el Caribe hay más de 100 millones de adolescentes de entre 10 y 18 años. Esta cifra es la más alta en la historia de la región, lo cual implica un cambio en la estructura de edades. Esto aporta muchos beneficios, pero también casi el mismo número de desafíos. En América Latina, aproximadamente 58 millones (41% de los jóvenes) viven en la pobreza y el 22% de aquellos que viven en pobreza extrema tienen entre 13 y 19 años de edad.

Con esos índices, no debe extrañar que se registre la segunda tasa más alta de embarazos adolescentes del mundo. Un promedio de 38 % de las mujeres se embarazan antes de cumplir los 20 años. Casi el 20% de nacimientos vivos son de madres adolescentes. Entre las que se encuentran en situación de pobreza, la fecundidad es tres veces más alta que en el resto; el uso de los métodos anticonceptivos es menor y tienen más probabilidad de dar a luz antes de los 20 años³⁸.

Se advierte, pues, un círculo vicioso entre exclusión social y fecundidad adolescente, en la medida en que esta se produce especialmente en mujeres de escasos recursos y con bajo nivel educativo. El embarazo adolescente afecta el desarrollo de las mujeres jóvenes y sus hijos e hijas, tanto en el ámbito de la salud como en la inclusión social, en la educación y en el trabajo³⁹.

³⁸ CEPAL. Objetivos de Desarrollo del Milenio: una mirada desde América Latina y el Caribe. Unicef, Fast facts, 2005, [www.unicef.org/lac/Fast_facts_SP\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Fast_facts_SP(1).pdf).

³⁹ Morlachetti, Alejandro. *Adolescencia y juventud: sus derechos sexuales y reproductivos*. En: JA 2011-II-1233.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

Según la Organización Mundial de la Salud, cerca de dos tercios de muertes prematuras ente los adultos están ligadas a afecciones contraídas o a comportamientos adoptados durante la infancia y la adolescencia. Esta situación debería ser, entonces, una preocupación central de las políticas de salud pública. En un mundo en el que la juventud tiene dificultades para encontrar su lugar, en el que ella es la primera víctima de las crisis sociales o humanitarias, nuestro deber es comprometernos a fin de proteger su salud y garantizar sus derechos como personas⁴⁰.

PRIMER PUNTO DE PARTIDA: PRESENCIA DE UN MENOR COMPETENTE, AUTÓNOMO

Como es sabido, la consciencia del propio cuerpo llega a cada ser humano mucho antes que su mayoría de edad; si se puede poner sobre la mesa la voluntad del niño cuando se trata de su cuerpo es, precisamente, porque es “sobre su cuerpo que el espíritu se despierta primero y pronto”⁴¹. De allí que todas las referencias que siguen a continuación se refieren al adolescente, o al llamado “menor maduro” (*mineur mûr, mature minor*) o competente, o con autonomía suficiente para comprender el acto médico⁴².

SEGUNDO PUNTO DE PARTIDA. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Toda solución debe estar presidida por un principio básico de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Obviamente, me refiero al interés superior del niño previsto, específicamente, en el artículo 3 que dice: “ 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones

⁴⁰ Bachelot-Narquin, Roslyne, prólogo al libro de Feuillet-Liger, B et Ida, R., *Adolescent et acte médical, regards croisés. Approche internationale et pluridisciplinaire*, Bruxelles, ed. Bruylant, 2011, pág. 1.

⁴¹ Cornu, Gerard. Ídem, p. XVI.

⁴² Para estas nociones, desarrolladas en Inglaterra a partir del caso Gillik, ver de mi autoría, *El derecho del menor sobre su propio cuerpo*, en libro *La Persona Humana*, dirigido por el Dr. Guillermo Borda, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 249, y 1er. Seminario Internacional en Minoridad y Familia, Mza. 2001, pág. 7; en *Bioética y Derecho* (Coord. Bergel-Minyersky), Rubinzal, 2003; p. 105; y en *O Directo Civil no Século XXI* (Cor. M.E. Diniz y otra), Saraiva, 2003, p. 1. Compulsar también, entre muchos, Ademola Bello, Bidemi. *Dignity and informed consent in the treatment of mature minors*. En: *Journal International de Bioéthique*, vol. 21, Dec. 2010, n° 4, p. 103. La autonomía progresiva es reconocida en la mayoría de las modernas leyes que regulan el derecho a la salud; así, por ej., el art. 5 de la ley 26743 de identidad de género dice: “Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061, de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la ley 26.061”. Para el consentimiento de personas menores de edad en los procesos de investigaciones en salud, la Resolución 1480/2011, aprobada el 19/9/2011, del Ministerio de Salud Pública, que aprueba la Guía para las Investigaciones en seres humanos dice: “En general, debiera buscarse la cooperación voluntaria o asentimiento de un menor para participar en una investigación, luego de brindarle la información adecuada a su grado de madurez. Los niños que fuesen inmaduros para asentir con entendimiento pueden ser capaces de manifestar una ‘objeción deliberada’, es decir, una expresión de desaprobación o negación al procedimiento propuesto, la cual debiera respetarse, a menos que el niño necesite un tratamiento no disponible fuera del contexto de la investigación, la intervención en estudio implique una probabilidad de beneficio terapéutico y no haya una terapia alternativa aceptada. El CEI (Comité de Ética en la Investigación) deberá determinar la edad a partir de la cual se requerirá el asentimiento del menor, en función de las características de cada estudio”. La Ley 3301 de la ciudad autónoma de Buenos Aires, relativa a la Protección de Derechos de Sujetos en Investigaciones en Salud, publicada en el Boletín oficial el 9/2/2010, en sentido coincidente ordena: “Toda persona mayor de 14 años que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, deberá brindar su asentimiento previo a toda intervención en investigaciones. En caso de desacuerdo entre el niño/a o adolescente y su/s representante/s, prevalecerá el interés superior de aquél/aquella determinado por el CEI o un/a juez/a competente según corresponda. El/la menor de edad recibirá, de personal que cuente con experiencia en el trato con niños, niñas y adolescentes, una información sobre la investigación, los riesgos y los beneficios adecuados a su capacidad de entendimiento.

públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Si el interés superior del niño consiste, como dice el artículo 3 de la ley 26061, en la “máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, es imprescindible hacer un muestreo de qué derechos tiene el niño vinculados a su cuerpo, pues toda solución debe respetarlos:

a) El artículo 16 de la Convención ordena:

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitraria o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

Con palabras semejantes, el artículo 10 de la ley 26.061 afirma:

“Derecho a la vida privada e intimidad familiar. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales”.

b) Los artículos 25 y 26 de la Convención dicen:

“Los Estados partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación”.

1. Los Estados partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.
2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre”.

Coincidentemente, el artículo 22 de la ley 26.061 menciona expresamente: *“Derecho a la dignidad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen”.*



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

- c) **El artículo 2 inciso c) de la ley 26.529**, referido al derecho del paciente a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos y a revocar posteriormente su manifestación de voluntad, agrega: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”.⁴³

TERCER PUNTO DE PARTIDA. EL DERECHO DEL NIÑO MADURO FRENTE A SUS REPRESENTANTES

La normativa antes citada me lleva al convencimiento de que todo niño tiene derecho a su dignidad, a su intimidad y, en consecuencia, todo lo dicho respecto al secreto de los adultos no debería ser diferente para los niños. Al contrario, estos derechos deberían estar profundizados en tanto el niño tiene derecho a un plus, a más derechos, precisamente por su situación de vulnerabilidad⁴⁴.

La cuestión planteada, entonces, es cómo juega este secreto cuando el niño maduro pide que determinados datos no sean revelados a sus representantes o guardadores. En otras palabras, el tema es si el niño o adolescente maduro, competente, autónomo, tiene derecho al secreto médico aún frente a sus representantes legales⁴⁵. La cuestión no es fácil de resolver; parafraseando a Kornprost podría decirse que es “una zona de sombras, en la que el Derecho no la pasa bien”⁴⁶.

EL DERECHO AL SECRETO DEL ADOLESCENTE. DOS POSICIONES ENCONTRADAS

Como en muchos ámbitos del Derecho, existen, como mínimo, dos posiciones opuestas que, sin embargo, se encuentran en muchos puntos, esencialmente, cuando una y otra reconocen excepciones a la regla.

⁴³ Un análisis de esta norma puede verse en Fernández, Silvia. *Los derechos de niños y adolescentes en el ámbito de la salud y del cuidado del propio cuerpo. Una aproximación a la cuestión frente a la ley 26.529 de Derechos del Paciente*. JA 2010-III-928.

⁴⁴ Ver, por ej., García Noriega, Antonio. *Límites a la libertad de expresión por motivos profesionales*. Madrid, Ed. Grupo Difusión, 2009, 219/315; el autor desarrolla la cuestión bajo el título “La protección de la infancia y de la juventud como límite a la libertad de expresión”; en el mismo sentido, Gil-Rosado, Marie-Philomène. *Les libertés de l'esprit de l'enfant dans les rapports familiaux*. Paris, Ed. Dedrénois, 2006, 123 y ss.

Compulsar también Alemán Monterreal, Ana. *La protección de datos de menores en el ámbito sanitario: ¿discriminación necesaria?*. En: Navas Navarro, Susana (directora). *Iguales y diferentes ante el derecho privado*. Barcelona, Ed. Tirant Lo Blanch, 2012, 552 y ss.

⁴⁵ No me refiero, por lo tanto, al derecho de los padres a controlar la correspondencia de sus hijos y, consecuentemente, respetar el secreto que ella encierra (para este tema, en España, ver Corcoy Bidasolo, Mirentxu. Ídem, p. 313).

⁴⁶ Kornprost, M., cit. por Duval. Arnould, Domitille, Ídem, p. 81.

FUNDAMENTOS DE LA TESIS NEGATIVA, O SEA, LA QUE SOSTIENE QUE LA PERSONA MENOR DE EDAD, AÚN MADURA O COMPETENTE, NO TIENE DERECHO AL SECRETO PROFESIONAL FRENTE A SUS REPRESENTANTES LEGALES

Esta posición argumenta de la siguiente manera:

- a) El cliente del médico es incapaz; tiene representantes; por lo tanto, no se puede sancionar al galeno por haber comunicado lo que le ocurre al incapaz a esos representantes.
- b) La obligación del representante es cuidar a la persona incapaz; debe presumirse que la revelación del secreto será en el propio interés del menor, en tanto permitirá al médico explicar y aconsejar a los representantes, sobre todo cuando el joven no puede mensurar la gravedad de su estado.
- c) Este efecto es especialmente aplicable tratándose de enfermedades genéticas, en tanto los integrantes de la familia pueden llegar a ser la fuente mayor de confort del paciente.
- d) El niño es un incapaz para contratar; el médico tiene derecho a percibir sus honorarios; solo puede reclamárselos a los representantes legales, por lo que no le queda otra posibilidad que revelarles el secreto para poder cobrar lo que legítimamente le pertenece.
- e) La posición que sostiene que no se debe revelar el secreto ni siquiera a los parientes implica una posición liberal individualista; la confidencialidad se basa en la percepción según la cual el paciente es visto como alguien separado de los otros o libre de los constreñimientos sociales. Muy por el contrario, la familia juega un importante rol, especialmente cuando el paciente no tiene suficiente competencia para tomar decisiones.

FUNDAMENTOS DE LA TESIS POSITIVA, O SEA, LA QUE SOSTIENE QUE LA PERSONA MENOR DE EDAD MADURA O COMPETENTE TIENE DERECHO AL SECRETO PROFESIONAL TAMBIÉN EN CONTRA DE SUS REPRESENTANTES⁴⁷

Esta tendencia, mayoritaria en la mayoría de los países, razona de la siguiente manera:

- a) Las libertades fundamentales de la persona menor de edad, entre las cuales se encuentra su intimidad, tienen también eficacia directa en las relaciones paternofiliales⁴⁸.
- b) La persona menor de edad puede tener secretos, aun cuando sea un incapaz para contratar. Puede ser que los comparta con una persona de confianza y no con sus representantes legales; por eso, las leyes más modernas de salud autorizan al adolescente a concurrir a petitioner al servicio con esa persona de confianza (por ej., la ley belga del 22 de agosto de 2002)⁴⁹.
- c) El interés del menor puede estar en guardar el secreto profesional. Se reconoce que el interés superior del niño es un concepto fluido y variable, difícil de definir y, después de

⁴⁷ Esta es la tesis que predomina en Bélgica (Schamps, Geneviève Ídem, p. 91.)

⁴⁸ Aláez Corral, Benito. *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid, Ed. Tecnos, 2003, 227.

⁴⁹ Schamps, Geneviève. Ídem, p. 97.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

todo, pertenece en primer lugar a los padres apreciar qué es mejor para su hijo. Sin embargo, tratándose de salud, esto no siempre es así; hay enfermedades o situaciones atingentes al cuerpo que sin ser una enfermedad, generan en los padres grandes sufrimientos que pretenden apagar invadiendo el cuerpo del niño, como son las mutilaciones en adolescentes hermafroditas o pseudo hermafroditas y otros tipos de personas transgénero.

Es importante disuadir al adolescente para que revele a los padres lo que le sucede, especialmente tratándose de enfermedades vinculadas a la salud psíquica (bulimia, anorexia, etc.). Pero si después de los mejores esfuerzos del profesional, el adolescente le insiste en que no revele la enfermedad, la conducta contraria del médico puede ser vista como una traición, el paciente pierde confianza y, frecuentemente, abandona el tratamiento.

- d) Revelar el secreto puede significar conflictos familiares muy graves; por ejemplo, en una familia muy religiosa, manifestar que la hija mujer ha perdido la virginidad; más aún, en algunos casos, esta información puede haber sido pedida por los propios padres para cumplir con una convención fundada en las costumbres. Piénsese también en el testigo de Jehová que no quiere revelar a los padres la enfermedad que exige una transfusión sanguínea, y otros supuestos que enfrentan al adolescente con creencias de sus padres que él no siempre comparte.

Teniendo en cuenta estos casos y otros análogos, la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño (ONU) sobre el derecho del niño a ser escuchado - CRC/C/GC/12 - 1/7/2009, dice: “Es necesario que los Estados introduzcan normas para garantizar el acceso de los niños *al asesoramiento y consejo médico confidencial sin el consentimiento de los padres, independientemente de la edad del niño*, en los casos que sea necesario para la protección de la seguridad o el bienestar del niño”.

- e) El reconocimiento del derecho al secreto médico camina a la par de la evolución del estatuto del niño. Como paciente, él tiene derecho al secreto médico; de allí que lo deseable es que el médico pueda administrar el tratamiento sin informar a los padres si el adolescente maduro así lo reclama.
- f) Se reconoce, sin embargo, que en las legislaciones que no establecen una edad para el acto médico, (por ej., 16 años), quien juzga si el adolescente tiene o no autonomía es el médico; por lo tanto, si este considera que no tiene madurez, avisará a los padres.

LA TESIS POSITIVA EN LA DECLARACIÓN DE OTTAWA

La declaración de Ottawa sobre la Salud del Niño adoptada por la 50ª Asamblea Médica Mundial, Ottawa, Canadá, Octubre 1998 y enmendada por la 60ª Asamblea General de la AMM, Nueva Delhi, India, Octubre 2009⁵⁰, dice: Los principios de esta Declaración se aplican a todos los niños del mundo

⁵⁰ Compulsar Caramelo, Gustavo. *Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos*. En Rev. Derecho Privado, año I, n° 1, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2012, 97. También Peigné, Violette. *La tutela del segreto professionale nei confronti dei genitori del paziente minore di età*, en Amram, D., y D'Angelo, A. (a cura di). *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*. Padova, Cedam, 2011, 189.

desde su nacimiento hasta la edad de 18 años, sin consideración de raza, edad, etnia, nacionalidad, afiliación política, credo, idioma, sexo, enfermedad o discapacidad, capacidad física, mental, orientación sexual, historia cultural, experiencia de vida o posición social del niño o de sus padres o representantes legales. En todos los países del mundo, sin considerar los recursos, cumplir estos principios debe ser una prioridad para los padres, comunidades y gobiernos. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) establece los derechos de todos los niños y jóvenes, pero estos derechos no pueden existir sin la salud.

Al enunciar los *principios generales* declara:

“3. Una amplia gama de recursos de salud para todos significa:

- a) El interés superior del niño será el criterio principal en la prestación de atención médica... () ; j) El consentimiento informado es necesario antes de iniciar cualquier procedimiento diagnóstico, terapéutico, rehabilitador o de investigación en un niño. En la mayoría de los casos, el consentimiento debe obtenerse de los padres o representante legal, o en algunos casos, de la familia, *aunque los deseos de un niño competente deben tomarse en cuenta antes de otorgar el consentimiento.*
- b) Las acciones de investigación y monitoreo para un mejoramiento continuo. Incluyen (...)
- e) *La privacidad del paciente niño será respetada.*

Los principios *específicos* que surgen de los documentos que sirvieron de base a este dicen, entre otros aspectos:

“Dignidad del paciente

- a) Todo paciente niño debe ser tratado en todo momento con respeto a su dignidad e intimidad.
- b) Los médicos y otros trabajadores de la salud deben mantener la confidencialidad y la información sobre los pacientes niños como si fuesen adultos.
- c) El paciente niño suficientemente maduro para realizar una consulta no acompañado por sus padres o guardianes tiene derecho a la intimidad y deben prestárseles servicios confidenciales. Su pedido debe ser respetado y la información obtenida durante esa consulta o la sesión de consejos no puede ser revelada a los padres o representantes, excepto con el consentimiento del niño. Si el médico no comparte el pedido del niño por razones religiosas o morales, el niño debe ser derivado a otro médico para la consulta, el consejo o el tratamiento”.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

La confidencialidad hacia el niño maduro puede no respetarse si es para denunciar abusos o abandonos, o si está en eminente riesgo de muerte o de seria y permanente discapacidad⁵¹. Obviamente, si estos abusos o abandonos provienen de la propia familia, el levantamiento del secreto no opera frente a los propios agresores, sino frente a las autoridades competentes del Estado.

Otra disposición importante de este documento que no cabe silenciar, aunque no sea el tema estricto de estas reflexiones, es la que dice: “Ninguna niña puede estar sujeta a mutilaciones genitales, y remite al *WMA Statement on Female Genital Mutilation*.”

La existencia de estas normas (que se incluyen en el denominado *soft law*), no ha eliminado las dificultades generadas en la aplicación de las normas positivas sobre secreto médico respecto de los niños y adolescentes.

UN PROBLEMA ESPECÍFICO: LA POSICIÓN POSITIVA Y EL PROBLEMA DEL PAGO DE LOS HONORARIOS MÉDICOS

No niego importancia a la cuestión relativa a quién toma a cargo el pago de los servicios. Cuando esos servicios los presta el Estado gratuitamente, no hay problemas. Tampoco si el menor paga; esto es posible, a veces, cuando se trata de una consulta, o de tratamientos o intervenciones breves; en cambio, cuando el adolescente requiere un tratamiento largo, no parece que el menor se pueda hacer cargo.

El secreto también parece debilitarse cuando los servicios son a cargo de la seguridad social y el beneficiario titular es el representante legal. La situación, en estos casos, parece limitar la autonomía.

JURISPRUDENCIA QUE APOYA LA TESIS AFIRMATIVA

Hace más de un siglo, el 28 de marzo de 1900, un tribunal de Bruselas dijo: “si el médico tuviese derecho de dirigirse al representante legal del paciente menor de edad que se fue a vivir al extranjero para cobrar sus honorarios, no podría hacerlo sin violar el secreto profesional, revelando al padre la naturaleza de la enfermedad que motivó el pedido de cuidados, especialmente, en el caso en que el médico fue consultado por una enfermedad llamada secreta, que evidentemente el menor deseaba ocultar a su padre”⁵².

⁵¹ Un resultado similar se deriva del art. 226-13 del Código penal francés, que reprime la violación del secreto profesional, salvo que se trate, para el médico, de revelar la existencia de privaciones o ataques a menores de quince años. La doctrina señala que la norma no distingue expresamente según que el servicio sea requerido por un tercero o por el propio menor (Duval –Arnould, Domitille. Ídem, p. 142).

⁵² Citada por Duval –Arnould, Domitille. Ídem, p. 143.

CONSECUENCIAS DE LA TESIS AFIRMATIVA: EL MÉDICO, INTERMEDIARIO ENTRE EL NIÑO Y LA FAMILIA

La obligación de guardar el secreto coloca al médico en el carácter de intermediario entre el adolescente y sus representantes legales; más aún, él debe ofrecerse para actuar como tal.

EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE GUARDAR EL SECRETO

El derecho al secreto no es absoluto, sea el paciente adulto o adolescente; en todas las épocas, se han reconocido excepciones. Como regla, la revelación de la información médica a los integrantes de la familia sin el consentimiento del paciente, sea este plenamente capaz o un adolescente maduro, se justifica en circunstancias *excepcionales*, cuando la información permite a los miembros del grupo familiar evitar serias lesiones físicas o incluso la muerte.

Véase los siguientes casos:

- 1) La importancia de las epidemias y la observación de su carácter mortal, hizo aparecer la necesidad de declararlas para poder tomar medidas destinadas a reducir la propagación. Así, por ejemplo, en 1640, en un tratado sobre la peste, F. Ranchin, que conducía la Universidad de Montpellier, escribió: “Los médicos, cirujanos y farmacéuticos están obligados a informar al Consejo de Salud sobre el número y calidad de sus enfermos y, particularmente, la condición en la que los enfermos se encuentran; este informe sobre los enfermos debe ser diario a fin de que se puedan tomar medidas”⁵³.
Actualmente, entre los casos de excepción que permiten revelar el secreto, se mencionan las enfermedades contagiosas; el riesgo de contagio implica la necesidad de que las personas con las cuales el paciente enfermo (plenamente capaz o adolescente) tiene contacto, sean advertidas para poder protegerse a sí mismas.
- 2) Las enfermedades genéticas presentan algunas peculiaridades; la información genética se distingue por su carácter compartido, pues los datos no atañen solo a la persona que se somete a la prueba genética, sino también a los familiares biológicos y sus posibles descendientes, dada la condición hereditaria de las características genéticas⁵⁴. Así, por ejemplo, si a una persona se le diagnostica que es portadora de una determinada anomalía genética, puede significar que alguno de sus hermanos también lo sea; dicho de otro modo, la información sobre la constitución genética de un individuo puede ser también información de sus familiares por lo que estos familiares pueden tener un interés significativo en acceder a esa información.

⁵³ Cit. por Hoerni, B-Bénézech, M. Ídem, p. 34.

⁵⁴ Requejo Naveros, M. Teresa. Ídem, p. 263. Para el tema, en general, ver Nicolás Jiménez, Pilar. *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*. Granada, Ed. Comares, 2006.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

La Comisión de Genética Humana de Inglaterra dijo en el año 2002: “La revelación de información genética personal y sensible en beneficio de los integrantes de la familia puede estar justificada en ciertas circunstancias, cuando el paciente no da su consentimiento para esta revelación y el beneficio de esa revelación es sustancialmente de mucho mayor peso que la demanda de confidencialidad del paciente”⁵⁵. En esta línea, algunos sostienen que esa información, más que pertenecer al paciente, corresponde a la familia.

Sin embargo, esa titularidad conjunta, que puede afirmarse desde un punto de vista biológico, no lo es desde una perspectiva jurídica; la quiebra de la confidencialidad acabaría teniendo un efecto negativo de magnitud en la protección de la salud en general⁵⁶, por lo que se trata, como en otros supuestos, de casos de excepción.

- 3) Para los supuestos específicos de pacientes adolescentes, maduros, o autónomos, hay un cierto acuerdo en que el secreto puede ser relevado en situaciones de excepcional riesgo o peligro, como es el caso del menor que amenaza suicidarse, o causar lesiones a otros; pero aún así, los jueces, para relevar del secreto exigen que: (i) pueda identificarse el pariente o familiar a quien se alertará; (ii) hay conciencia del riesgo serio y grave; y (iii) se entiende que revelando la información, serios daños pueden ser prevenidos⁵⁷.

UN CASO PARTICULAR: LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO SIN COMUNICACIÓN A LOS PADRES EN LOS PAÍSES DONDE LA PRÁCTICA ES LÍCITA. EL SECRETO MÉDICO FRENTE AL PEDIDO DE LA ADOLESCENTE QUE LA INTERVENCIÓN NO SE COMUNIQUE A LOS PADRES

El informe presentado ante la Asamblea de Naciones Unidas el 3 de agosto de 2011, titulado “*El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”, preparado por Anand Grover, Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos, recuerda la preocupación del Comité de los Derechos del Niño por los efectos nocivos producidos por las leyes que restringen el aborto en el derecho a la salud de las niñas adolescentes (n° 22). También refiere que algunos Estados obligan a las adolescentes a obtener el consentimiento de sus padres para adquirir determinados medios anticonceptivos; califica a estas leyes como órdenes normativos que “infringen el derecho de las niñas a tomar decisiones libres y bien fundadas en lo que respecta a su salud sexual y reproductiva”, y señala que responden a “nociones discriminatorias del papel de la mujer en la familia y en la sociedad” (n° 57).

⁵⁵ Cit. por Gilbar, Roy. *Medical confidentiality within the family: the doctor's duty reconsidered*. Ídem, p. 195.

⁵⁶ Requejo Naveros, M. Teresa. Ídem, p. 264.

⁵⁷ Estos son los casos más frecuentes en los que los jueces ingleses relevan del secreto al médico. Ver Gilbar, Roy. Ídem, p. 195; la solución también se acepta en España (San Julián, Verónica, *Adolescence et acte médical en Espagne, en Feuillet-Liger, B. et Ida, R.* Ídem, p. 161.

Afortunadamente, también existen normas y decisiones jurisprudenciales que escapan a estos calificativos, tales las que se mencionan a continuación, a vía de ejemplo:

- 1) En Alemania, después de una decisión judicial del 24 de abril de 1997, la mayoría de los autores aprueba la práctica médica según la cual *no* se necesita autorización parental para practicar la interrupción del embarazo si la adolescente es apta para comprender las consecuencias de sus actos. La capacidad de discernimiento se presume a los 16 años, pero el médico debe estar a la capacidad de facto de cada menor y puede entender que una adolescente más joven tiene discernimiento. Por eso, la determinación de si la adolescente es o no madura, tiene o no competencia o autonomía, recae en las espaldas del médico. En definitiva, el profesional no está habilitado para informar a los parientes sin el acuerdo del interesado, siempre que este tenga discernimiento; si no lo tiene, la voluntad de los padres debe ser requerida. Si la paciente mantiene su voluntad de abortar, debe orientarla hacia un centro de planificación familiar donde, como a cualquier mujer adulta, se le dará un plazo de reflexión de tres días; si persiste en su posición, el médico practicará la interrupción del embarazo⁵⁸.
- 2) En España, la adolescente que tiene madurez suficiente puede tomar por sí sola la decisión de interrumpir o proseguir con su embarazo; el artículo 13 de la ley del 24 de febrero de 2010 presume esa capacidad en la mujer de 16 años. Los médicos deben respetar su derecho a la confidencialidad, salvo que exista peligro para la vida de la adolescente, en cuyo caso, deben comunicarlo a los padres⁵⁹.
- 3) En Inglaterra, las nociones de autonomía y competencia se aplicaron en el caso *Axon*, del año 2006. Si la joven tiene autonomía, entonces puede seguir adelante con la interrupción del embarazo, sin que se comunique a sus padres, si esa es su voluntad⁶⁰.
- 4) En Francia, el artículo 1111-5, según redacción impuesta por la ley 2002-303 (Ley relativa a los Derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud), dice: “El médico puede ser dispensado de obtener el consentimiento del o de los titulares de la autoridad parental sobre las decisiones médicas a tomar cuando el tratamiento o la intervención se imponen para salvaguardar la salud de una persona menor y esta se opone expresamente a que se consulte a los titulares de la autoridad parental a fin de guardar el secreto sobre su estado de salud. Sin embargo, el médico debe, desde el primer momento, esforzarse en obtener el consentimiento del menor para esta consulta. En el caso que el menor mantenga su oposición, el médico puede hacer el tratamiento o la intervención. En este caso, el menor se hace acompañar de una

⁵⁸ Furkel, F. *L'adolescent face à l'acte médical en République Fédérale d'Allemagne. Une autonomie grandissante malgré les silences regrettables du législateur*. En Feuillet-Liger, B. et Ida. Ídem, p. 77.

⁵⁹ De Lama Aymá, Alejandra. *Menores y aborto: el fin de una situación discriminatoria* En Navas Navarro, Susana (directora). *Iguales y diferentes ante el derecho privado*, Barcelona, Ed. Tirant Lo Blanch, 2012, 577; Julián, Verónica. Ídem, p. 161. Para una visión crítica de la solución, ver Ruiz de Huidobro de Carlos, José M., *El valor jurídico de las decisiones del menor maduro: adolescencia y menor maduro, visión desde el derecho*. En De la Torre, Javier (ed.). *Adolescencia, menor madura y bioética*, Madrid. Ed. Univ. Pont. de Comillas, 2011, 133.

⁶⁰ Callus, Thérèse. *L'autonomie relative du mineur mur en droit anglais*. En Feuillet-Liger, B. et Ida, R., Ídem, p. 240.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

persona mayor a su elección. Cuando una persona menor cuyos lazos de familia se han roto es beneficiaria, a título personal, del reintegro de las prestaciones derivadas del seguro de salud o de coberturas de maternidad previstas en la ley 99/641, solo se requiere su consentimiento.”

OTRO CASO ESPECÍFICO. LOS TEST PARA DETECTAR HIV

En Alemania, un adolescente maduro, sin autorización de los padres y, consecuentemente, bajo secreto, puede solicitar se le practique los test de despistaje del Sida y que se guarde secreto sobre su resultado⁶¹.

En la República Argentina, la ley nacional de Sida N° 23.798, sancionada en 1990 y reglamentada en 1991, por Decreto 1244/91 dispone:

“Art. 2º- Las disposiciones de la presente ley y de las normas complementarias que se establezcan, se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda:

- a) Afectar la dignidad de la persona;
- b) Producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación;
- c) Exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma respectiva;
- d) Incursionar en el ámbito de la privacidad de cualquier habitante de la Nación Argentina;
- e) Individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada”.

“Art. 8º- Los profesionales que detecten el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o posean presunción fundada de que un individuo es portador, deberán informarles sobre el carácter infecto contagioso del mismo, los medios y formas de transmitirlo y su derecho a recibir asistencia adecuada”.

La ley no contiene ninguna limitación según la edad del paciente. La doctrina entiende que el médico debe hacer comprender al portador que la notificación a los integrantes de su familia será *beneficiosa* para todos, por lo que es frecuente la incorporación del vocablo “paciente colaborador”.

⁶¹ Furkel, F. *L'adolescent face à l'acte médical en République Fédérale d'Allemagne. Une autonomie grandissante malgré les silences regrettables du législateur*. En: Feuillet-Liger, B. et Ida, R. Ídem, p. 77.



CONCLUSIONES PROVISORIAS

La regla del secreto no ha sido hecha para ser respetada hasta el absurdo⁶². Como se ha visto, reconoce excepciones. Sin embargo, esas excepciones, como tales, deben ser aplicadas con criterio de estricta razonabilidad. Lo ideal es que adolescentes y padres marchen unidos en la defensa del cuerpo de una persona que está en pleno desarrollo; lamentablemente, lo ideal no siempre se concreta en la práctica; de allí, la necesidad de contar con médicos preparados para resolver estos desafíos.

Como dice Mordecai Kaplán, por regla general, los hombres no se intimidan por la complejidad creciente de la vida cuando esa complejidad abre nuevos horizontes. La autonomía progresiva es una noción compleja, pero abre nuevos horizontes; de allí, la necesidad de que sea comprendida por los padres y por todos los profesionales de la salud.

⁶² Villey, R., citado por Hoerni, B-Bénézech, M. Ídem, p. 524.



IV.

ACCESO A LA INFORMACIÓN: UN DERECHO PARA LA AUTONOMÍA REPRODUCTIVA

Vernor Muñoz¹

RESUMEN: El presente texto se centra en los resultados del informe presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas que, como Relator Especial sobre el Derecho a la Educación de esa organización en el año 2010, se enfocó en el estudio de las comunidades y las personas que han sido históricamente excluidas, discriminadas y segregadas de las oportunidades educativas como las niñas y las adolescentes, las mujeres, las personas con discapacidad, los grupos migrantes y las personas privadas de su libertad. De esta manera, la educación –la educación sexual– se traduce en un generador de cambio social y cultural; y una forma de romper el sistema desigualdad que existe entre mujeres y varones.

El informe presentado a la Asamblea General se inspira en la lucha de las mujeres por su emancipación y a favor de sus derechos humanos, pero convoca también a los hombres a avanzar en la construcción de nuevas masculinidades con apego al respeto a la diversidad humana y al disfrute de la igualdad en general. Asimismo, reconoce avances importantes, entre ellos, los precedentes que incluyen a la Conferencia sobre Población y Desarrollo de El Cairo y al trabajo de la CEDAW; a la UNESCO, que también trabajó una guía sobre el tema de educación sexual integral; y, por supuesto, al trabajo sostenido que han realizado CLADEM y otras organizaciones de mujeres en la región. Asimismo, se buscó posicionar al máximo nivel deliberativo de las Naciones Unidas el tema de la educación sexual integral.

Los efectos de dicho informe fueron diversos y abrió el camino para otros informes como el que recientemente presentó Anand Grover a la Asamblea General², sobre derechos sexuales y derechos reproductivos. El informe enuncia una concepción de normalidad que termina naturalizando la

¹ Ex Relator de las Naciones Unidas para el Derecho a la Educación.

² GROVER, Anand. El derecho de toda personal al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Informe Provisional). Naciones Unidas: 2011. URL:

http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/66/254&referer=/english/&Lang=S



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

violencia sexual y la violencia de género contra las mujeres, contra la población gay-lésbica, contra las personas con discapacidad y contra todo lo que sea diverso. En el fondo, se trata de una concepción que naturaliza la desigualdad, la violencia y la subordinación como principios que definen las relaciones entre las personas y que terminan o eliminan la responsabilidad, los afectos, el placer y la felicidad como principios básicos que deberían caracterizar a las personas.

Esta alergia a la diversidad ha sido, a su vez, alimentada por las estructuras educativas de aproximadamente 300 años, se ha consolidado mediante sistemas de subordinación y de control sobre los cuerpos y las mentes, cuyas principales víctimas han sido las mujeres. Y estos sistemas han prohibido el placer, el pensar y el sentir.

Entonces, **¿cuál es el significado de la educación sexual integral?** Al respecto, seguimos moviéndonos en lugares comunes como “la sexualidad es intrínseca a los seres humanos”. Evidentemente, la educación sexual no se refiere únicamente a lo biológico, tiene un contenido valorativo, es necesaria tanto para hombres como para mujeres. Sin embargo, **lo que no se expresa con total claridad es que la posibilidad de desarrollar la educación sexual está condicionada por factores esencialmente políticos que confirman la tesis de que muchos de los grandes dilemas educativos no pueden ser resueltos en la escuela ni desde la escuela.** Diversos temas que corresponde resolver, deben ser resueltos en el esquema político. Estos dilemas dependen, al menos, de dos grandes condicionantes estructurales: uno de carácter ideológico, que tiene que ver con la persistencia del patriarcado, y otro de carácter institucional, que tiene que ver con la prevalencia de un sistema educativo estandarizador y segregador que está condicionado, a su vez, por el primero.

El dispositivo jurídico normativo en materia de educación sexual o la falta de este, debe entenderse en profunda relación con lo que se explicará a continuación: con la aparición de los primeros sistemas educativos encausados en la tarea de formar mano de obra comercial e industrial, se perfilaron mundialmente conceptos y modelos de escuela concentrados en la eliminación de las diferencias entre estudiantes, y en la idea de crear y diseminar consumidores que eran considerados trabajadores estandarizados y que recibían un tratamiento parejo.

Se tiene que insistir o recordar, que los sistemas educativos son, en cuanto sistemas, relativamente recientes, es decir, que el fenómeno de la educación existe desde épocas inmemoriales, pero que la educación como sistema es un producto de la modernidad industrial. Recordando la tesis de Foucault, tendríamos que decir, también, que los sistemas educativos nacen en el mismo momento histórico en que surgen las cárceles, los hospitales y las fábricas. Claramente nacieron con la idea de disciplinar la mano de obra del mercado. No en vano a las materias en la escuela, las materias educativas, se les llama también disciplinas, porque tienen este sentido.

En el contexto de esta corriente educativa que se inició hace algunos siglos, el conocimiento, las habilidades y los aprendizajes fueron concebidos como instrumentos para el entrenamiento común de niños, jóvenes, seguidores y reproductores del estereotipo del hombre blanco cristiano occidental. De esta manera, el marco social de creencias y conductas patriarcales que configuraron aquellos conceptos

y modelos de viejas sociedades industriales, ha tenido un impacto dramático en la institución escolar de nuestros días al validar, consolidar y reproducir de generación en generación, los estereotipos, prejuicios y desigualdades, incluso al margen de aquellos que tienen el poder para tomar decisiones, subordinando así, las múltiples identidades históricas y culturales a un proyecto educativo único y propenso, por lo tanto, a las discriminaciones institucionalizadas.

El tránsito de la educación hacia los derechos humanos se encuentra ciertamente en ciernes y, además, debe enfrentar el duro embate de las fuerzas refractarias que siguen considerando a la educación como un instrumento subordinado al mercado, a las lógicas utilitaristas y, consecuentemente, como un tipo de servicio, un derecho que responde a los intereses de la economía antes que a los intereses de las personas.

El marco social de asimetrías y desigualdades que identificamos como patriarcado, precede a los sistemas educativos y conserva una influencia decisiva en los determinantes que producen la exclusión social en la escuela.

El patriarcado es un contexto social que define las relaciones entre las personas como relaciones de desigualdad. Como base de esa asimetría, el sistema impone la supremacía de los hombres sobre las mujeres, con lo que también determina estrictos roles a los hombres, incluso divide a los géneros en contra de sí mismos. El patriarcado no es una estructura de opresión autónoma concentrada en la relación de subordinación de las mujeres a los hombres, sino más bien un amplio conjunto indiferenciado de opresiones sexistas, racistas, de género, etnia y condición social.

Además de la desigualdad de género, el patriarcado impide la movilidad social y mantiene las jerarquías sociales, teniendo un impacto negativo sobre la organización de los derechos humanos, el desarrollo, la paz y la seguridad, pues controla los recursos económicos y asigna valores sociales y culturales que son esencialmente injustos. Según nos recuerda Marcela Lagarde, el rompimiento de este sistema implica la transformación de las sociedades y las culturas para construir la convivencia de mujeres y hombres en condiciones de igualdad. Por su parte, la CEDAW establece que la eliminación de los prejuicios, de las costumbres y todo tipo de prácticas basadas en la idea de inferioridad o superioridad de los sexos o en los roles estereotipados de hombres y mujeres constituye el principal desafío para identificar nuevas políticas educativas.

En ese sentido, la educación debería tener como objetivo, potenciar esos cambios con la construcción de capacidades en todas las personas que respeten y realicen los derechos humanos tal como ordenan los instrumentos del Derecho Internacional, y los Estados deberían garantizar una educación para la igualdad y, por ende, para una sociedad más justa, solidaria, equitativa y pacífica. Pero la pregunta sigue siendo la misma: **¿están los Estados realmente dispuestos a asumir este reto?**

La Observación General N° 16 del Comité de la CEDAW indicaba que la igualdad sustantiva no puede ser alcanzada simplemente mediante la promulgación de leyes o la adopción de políticas que en la práctica fallan al tratar o, incluso, perpetuar la desigualdad entre hombres y mujeres porque esas leyes



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

o políticas no consideran las desigualdades económicas, sociales y culturales existentes que afectan especialmente a las mujeres. Por esta razón, el Comité resaltó la necesidad de que los Estados eliminen las actitudes y estereotipos discriminatorios, así como las costumbres y prácticas persistentes de las tradiciones que han puesto a las mujeres en condiciones de inferioridad.

El marco de desigualdad y discriminación estructural que se encuentra en la base de los procesos de socialización y construcción de los estereotipos de género en un gran número de sistemas educativos, afecta también a los niños y a los adolescentes, quienes comúnmente se encuentran condicionados o son incitados a comportamientos intolerantes abiertamente violentos.

Si bien la desigualdad de género en la educación tiene particularidades locales y regionales, existe una serie de elementos que comparten muchísimos países, como la pobreza, que a su vez alimenta múltiples exclusiones como los entornos escolares peligrosos y diversos efectos patriarcales como los estereotipos curriculares, la falta de voluntad de los padres para invertir e interesarse en la educación de las niñas y de las adolescentes, el trabajo infantil, las prácticas sociales y culturales discriminatorias y, por supuesto, la guerra y todo tipo de violencia.

Las prácticas patriarcales que limitan la autonomía femenina y alejan a las niñas y a las adolescentes de la educación tienen como referencia usual los matrimonios, embarazos y la maternidad temprana o no deseada. Frecuentemente, la socialización de las adolescentes refuerza la idea a los padres y madres de familia de que el objetivo final de las niñas es el matrimonio o la maternidad. Esta idea no solo se propaga en el entorno escolar sino que también se agrava con el desempoderamiento que las niñas sufren en sus relaciones primarias y en las que se alimenta la creencia de que la educación no es una opción para las mujeres casadas.



El tipo de socialización que excluye a las adolescentes casadas de las oportunidades educativas, se acompaña de leyes de varios países que autorizan el matrimonio temprano validándose, de esta manera, una estructura de sujeción que obstaculiza su derecho a la educación con el asocio paradójico de normas que garantizan la autonomía de la voluntad. De esta manera, el embarazo y la maternidad de las adolescentes son motivos de discriminación comunes en la educación y, lo que es más grave, cuando el embarazo constituye una ofensa disciplinaria y las adolescentes corren el riesgo de ser expulsadas de sus centros educativos, ellas se ven obligadas a enfrentar la opción del aborto si lo que desean es continuar estudiando.

El Estado moderno, en tanto construcción democrática, debe velar para que la totalidad de sus ciudadanos y ciudadanas accedan a una educación de calidad sin permitir que las diversas instituciones religiosas establezcan patrones de educación o de conducta que pretenden aplicar no solo a sus fieles, sino a la totalidad de la ciudadanía, profesen o no esa religión. Consecuentemente, hemos sido testigos de incontables episodios en los que, en nombre de las concepciones religiosas, se ha denegado el derecho a la educación sexual. Como se indicó anteriormente, el patriarcado es un sistema que causa y perpetúa violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos como son la violencia y la discriminación contra las mujeres.

La educación, entonces, debería ser la herramienta primaria para generar ese cambio cultural tan necesario para la igualdad entre las personas, pues cuando no se organiza de manera adecuada, el sistema educativo conduce exactamente al resultado inverso perpetuando la injusticia y la discriminación. Uno de los principales medios de los que se vale el sistema patriarcal y sus agentes para perpetuar su vigencia consiste en negar a las personas el recibir una educación en derechos humanos con perspectiva de género y diversidad.

De manera específica, la educación sexual integral resulta de extrema importancia ante la amenaza del VIH/Sida y las enfermedades de transmisión sexual, especialmente para los colectivos de riesgo y para aquellas personas que viven en situaciones de especial vulnerabilidad como las mujeres y las niñas expuestas a la violencia de género o las personas con escasos recursos económicos.

El Comité de los Derechos del Niño ha destacado que para que la prevención del VIH/Sida sea efectiva, los Estados están obligados de abstenerse de censurar, ocultar o tergiversar deliberadamente las informaciones relacionadas con la salud, incluidas la educación y la información sobre sexualidad, y que deben velar por que el niño y la niña tengan la posibilidad de adquirir conocimientos y aptitudes que los protegen a él o a ella y a otras personas en el momento en que empiece a manifestar su sexualidad. Por lo tanto, no existen excusas válidas para evitar proporcionar la educación sexual integral que necesitan para vivir digna y saludablemente. La realización del derecho humano a la educación sexual tiene un rol preventivo crucial y recibirla o no puede resultar una cuestión de vida o muerte.

No obstante, también es cierto que no se puede restringir la educación sexual al abordaje de las enfermedades de transmisión sexual. En nuestra opinión, **reducir la educación sexual a estos aspectos puede inducir a la errónea asociación entre sexualidad y enfermedad que es tan perjudicial, o a la asociación con la idea del pecado, que también es dañina.**



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

La educación sexual proporciona oportunidades para explorar los valores y aptitudes propias y la construcción de la toma de decisiones, habilidades de comunicación y reducción de riesgo sobre muchos aspectos de la sexualidad.

En igual sentido, consideramos que el placer y el disfrute de la sexualidad en el marco del respeto de las y los demás debería ser una de las perspectivas buscadas por la educación integral de la sexualidad desterrando, de esta forma, visiones culpabilizadoras del erotismo que restringen la sexualidad a la mera función reproductiva.

Para que sea integral la educación sexual, esta debe brindar las herramientas necesarias para tomar decisiones con relación a una sexualidad que se corresponda con la que cada ser humano elige como proyecto de vida en el marco de su realidad. Para ello resulta crítica la educación sexual que se recibe en la niñez y en la juventud. De hecho, quienes toman decisiones en el plano de la educación formal, deberían considerar la educación sexual como un medio imprescindible para fortalecer la educación en general e incentivar la calidad de vida.

Como se ha dicho anteriormente, la educación para la sexualidad es una parte esencial del buen currículo, y aunque se trate de evitar, lo cierto es que las personas siempre somos informadas sexualmente por acción o por omisión, por vía de las escuelas, de las familias, de los medios de comunicación, etc. De esta forma, la decisión de no brindar educación sexual en los centros educativos, supone optar por una forma silente de educación sexual que deja a los niños, las niñas y a las personas adolescentes libradas a su suerte en cuanto al tipo de conocimientos y mensajes generalmente negativos que reciben sobre la sexualidad.

En ese sentido, ante la ausencia de educación sexual, los niños, niñas y adolescentes buscan sus respuestas en la pornografía. Cuando no se proporciona educación sexual de manera explícita, en la práctica educativa predomina el denominado currículo con toda su carga de prejuicios e inexactitudes. Así, el derecho a la educación sexual integral hace parte del derecho de las personas a ser educadas en derechos humanos. Para que la educación sexual sea integral y cumpla con sus objetivos, debe tener una sólida perspectiva de género y de diversidad.

Diversos estudios han demostrado que la gente joven que cree en la igualdad de género tiene mejores vidas sexuales; inversamente, cuando no es así, las relaciones íntimas generalmente están marcadas por la desigualdad.

En el centro de la educación sexual deben considerarse, entonces, las normas, roles y relaciones de género, y las cuestiones de género no son exclusivas de las mujeres, abarcan también a los hombres, quienes se pueden beneficiar de mandatos menos rígidos y de relaciones más igualitarias.

Los tratados de las Naciones Unidas han desarrollado el tema de la educación sexual integral y han producido observaciones y comentarios generales que son directamente vinculantes para los Estados y que clarifican los contenidos de esta educación, así como también los Comités de la CEDAW, el Comité de los Derechos del Niño, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC).



El último tema a tratar, puesto que es una de las ausencias frecuentes en el currículo de la educación sexual, tiene que ver con el abordaje de la discapacidad, debido a que, frecuentemente, se considera erróneamente que las personas con discapacidades son incompetentes y que no tienen derecho a la educación sexual plena. La educación sexual no solamente debe ser comprensiva, sino también inclusiva a todas las manifestaciones de la diversidad en la sociedad y, por supuesto, en la comunidad educativa.

La educación sexual, o la falta de educación sexual, es el reflejo de una tendencia utilitarista, segregadora y excluyente de los sistemas educativos en general. Avanzar en la igualdad en la educación requiere conducir los sistemas educativos a los derechos humanos, pero no solamente en términos curriculares, sino en todo el dispositivo institucional. Los derechos humanos no solo tienen que ver con los contenidos educativos sino, fundamentalmente, con la gestión escolar y las maneras en cómo se producen las relaciones en la dinámica del aula.

Se debe insistir en que **la igualdad de las oportunidades educativas es un derecho que tiene que garantizar el Estado y, en ese sentido, el derecho humano en la educación debe perfilarse no como un sistema de competencias, sino como una forma de garantizar la igualdad entre las personas** y, desde este punto de vista, la educación sexual integral tiene un rol preponderante.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

V. CONCLUSIONES

Las constituciones y legislaciones de los países de la región reconocen, en su mayoría, lo estipulado en los instrumentos internacionales de derechos humanos¹ a favor de los derechos reproductivos y protegen desde sus textos varios de los derechos humanos que componen los derechos reproductivos. Pese a esto, la realidad que se vive en la región dista mucho de los estándares contenidos en estos instrumentos internacionales y en la normativa regional.

La comunidad jurídica regional no ha abordado el tema de los derechos reproductivos de manera sistemática ni con suficiente profundidad. En parte, esto se debe, al amplio desconocimiento sobre la temática y a concepciones morales y religiosas que todavía prevalecen y permean tanto a las instituciones jurídicas como a las personas que están involucradas en el ejercicio o la implementación del derecho. Este desconocimiento, o falta de reconocimiento, se suele manifestar de dos formas específicamente:

- 1) La primera relacionada con la naturaleza de los derechos humanos en general y de los derechos sexuales y reproductivos en particular. Si bien los derechos humanos son parte esencial del discurso político y jurídico en la región, la práctica judicial, legislativa y administrativa de los Estados de la región demuestran que los mismos son muchas veces considerados como privilegios o normas aspiracionales. Para lo cual, los Estados se atribuyen un amplio margen de discrecionalidad para reconocer y garantizar estos derechos, por lo que su reconocimiento atiende a razones de conveniencia política. Así las autoridades desconocen las características en sí de los derechos reproductivos dentro de un marco de derechos humanos, en donde se habla de derechos interdependientes, indivisibles, inalienables, universales, históricos y progresivos.
- 2) La segunda, relacionada al desconocimiento sobre la *extensión* y *alcance* de los derechos sexuales y reproductivos dentro de ese marco de derechos humanos. En cuanto a su *extensión*, los derechos sexuales y reproductivos surgen principalmente, como lo mencionó el Sr. Anand Grover, como una manifestación particular del derecho a la salud². Y su *alcance* surge de la discrecionalidad de los Estados frente a la distinción de derechos humanos negativos y

¹ Tanto el Programa de Acción de la Conferencia de Cairo en 1994 como la Plataforma de Acción de Beijing de 1995, colocaron a la salud sexual y reproductiva en el marco normativo de los derechos humanos y enfatizaron la importancia que las mujeres y sus derechos se encuentre en el centro de las políticas de desarrollo. El Programa de Acción de Cairo marcó un hito al establecer que “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales de derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, aprobados por consenso” y al instar a los Estados a garantizar el acceso universal a servicios básicos de salud reproductiva y a tomar medidas específicas para garantizar el desarrollo social, económico y el estado de salud de las mujeres. El Programa de Acción de Cairo también reconoce que los derechos reproductivos “se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia”.

² El Comité DESC en la Observación General 14 confirmó la prohibición de la discriminación basada en el sexo en el acceso a los servicios de salud y enfatizó la necesidad de incorporar una perspectiva de género en las estrategias y planes nacionales de salud. Párrafo 20.

positivos³ en relación a los derechos reproductivos. La distinción entre derechos negativos y positivos ha sido utilizada en varias ocasiones por los Estados para darle preeminencia a los primeros e incumplir los segundos sobre la base de considerarlos solo compromisos programáticos (metas aspiracionales) sin ningún carácter vinculante.

Todas las formas de desconocimiento o falta de entendimiento de los derechos reproductivos se traducen en la constante vulneración de los derechos de las mujeres de la región, que frecuentemente se ven enfrentadas a una serie de obstáculos que les impiden acceder adecuadamente a la justicia, a ser tratadas de manera digna e imparcial, y sobre todo, a ejercer sus derechos reproductivos como eje fundamental de sus derechos humanos.

Por lo tanto, el II Congreso Jurídico, partiendo desde el reconocimiento de los derechos reproductivos como *derechos humanos*, seleccionó cuatro ejes temáticos de reflexión (objeción de conciencia, confidencialidad médica y secreto profesional, regulaciones sanitarias, y consentimiento informado). Es así, como el aporte del Sr. Anand Grover a esta publicación constituye una base para la comprensión de los 4 ejes temáticos. El **Sr. Grover** estableció que:

- La obligación de respetar el derecho a la salud exige que los Estados se abstengan de limitar el acceso a los anticonceptivos y otros métodos de protección de la salud sexual y reproductiva. Por consiguiente, los Estados deben eliminar las leyes penales y las restricciones jurídicas de otra índole, incluidas las leyes que exigen el consentimiento de los padres o la autorización de terceras partes, a fin de garantizar el acceso a bienes, servicios e información en relación con la planificación de la familia y los métodos anticonceptivos. La obligación de proteger exige que los Estados eviten que terceras partes o prácticas sociales o tradicionales nocivas interfieran en el acceso a la atención prenatal y posterior al parto y a la planificación de la familia o coarten el acceso algunos métodos anticonceptivos o a todos ellos.
- Asegurar que el alcance de las exenciones por objeción de conciencia esté bien definido y su uso bien reglamentado, y garantizar la derivación de pacientes y la prestación de servicios alternativos cuando un profesional de la salud formule una objeción de conciencia.
- Las mujeres tienen derecho a recibir del Estado una atención de la salud en pie de igualdad como parte de su derecho a la salud. Independientemente de la condición jurídica del aborto, las mujeres tienen derecho a acceder a bienes, servicios e información relacionados con la salud sexual y reproductiva. En particular, tienen derecho a acceder a servicios de salud de calidad para tratar las complicaciones derivadas del aborto, incluidos los practicados en condiciones peligrosas y los abortos espontáneos. Esa atención debe ser incondicional, aun

³ Correspondiendo los primeros a “derechos a ser dejado/a en paz, a comportarse del modo que se considere correcto sin sujeción a la regulación o el control de las agencias gubernamentales” y los segundos a “derechos a una intervención positiva del Estado para garantizar o facilitar el acceso a un determinado bien jurídico”. Cook, Rebecca J., Dickens, Bernard M., Fathalla, Mahmoud F. *Reproductive Health and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press (2003), p. 152.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

cuando el aborto conlleve sanciones penales, no deberá depender de la posterior cooperación de la mujer en el enjuiciamiento penal, y en ningún caso podrá utilizarse como prueba contra ella ni contra quienes hayan practicado el aborto. La legislación no debe obligar al personal sanitario a denunciar a las autoridades policiales o judiciales a las mujeres que hayan recibido atención relacionada con el aborto.

- Asegurar que la población disponga de información precisa y fundamentada en pruebas con relación al aborto y a los supuestos en que la legislación lo permite, y que los profesionales de la salud conozcan bien la legislación relativa al aborto y sus excepciones.
- Los Estados también están obligados a adoptar medidas de protección contra la vulneración del derecho a la salud por terceras partes. En los Estados en los que el aborto está prohibido no pueden existir reglamentaciones de salud y seguridad públicas relativas al aborto, como normas sobre capacitación y certificación de los profesionales de la salud, por lo que aumentan las posibilidades de que se practiquen abortos en condiciones peligrosas. La despenalización del aborto, junto con una reglamentación adecuada y la prestación de servicios seguros y accesibles, es el método más expeditivo para proteger íntegramente el derecho a la salud contra posibles violaciones cometidas por terceras partes. Los Estados también deben adoptar medidas para proteger a quienes desean prestar servicios de aborto y conexos frente al acoso, las agresiones, los secuestros y los asesinatos perpetrados por actores no estatales (por motivos religiosos o de otra índole).

Con esta publicación, esperamos contribuir hacia el avance del discurso de los derechos reproductivos desde una perspectiva de derechos humanos, al acercar al público en general algunos de los aportes teóricos presentados durante el II Congreso Jurídico. Para mayor información sobre las diferentes ponencias presentadas durante el II Congreso Jurídico los y las invitamos a visitar la Relatoría Virtual en donde podrán tener acceso a todas las presentaciones: <http://www.congresoderechosreproductivos.com/html/costa-rica-2011/relatoria>

Es nuestro deseo que estas contribuciones amplíen y multipliquen espacios de discusión en los cuales se puedan abordar los problemas que rodean la temática de los derechos reproductivos en la región. Todo esto para poder contribuir a hacer más visibles no solo los obstáculos que hoy en día impiden a las mujeres de la región gozar plenamente de sus derechos, sino también las posibles soluciones que puedan ser implementadas.

Tal y como lo han demostrado el I Congreso Jurídico celebrado en Arequipa y el II Congreso Jurídico en Costa Rica, no solo es posible dialogar sobre temas controversiales en Latinoamérica, como lo son los derechos reproductivos, sino que también la construcción de alianzas entre diferentes grupos (comunidad jurídica, medica, organizaciones de sociedad civil, académicos/as) es posible y sobre todo necesaria si se quiere avanzar en la protección y promoción de los derechos reproductivos como eje fundamental de los derechos humanos en la región.

VI. ANEXOS

ANEXO 1

I. PROHIBICIÓN DEL ABORTO: ¿SANTIDAD DE LA VIDA O COACCIÓN DE LA AUTONOMÍA SEXUAL DE LAS MUJERES?

*Eduardo A. Chia*¹

Cuestiones previas

Una objeción común contra el establecimiento de leyes que pretenden descriminalizar el aborto consentido, es aquella que apela al principio de inviolabilidad de la vida². Así, para un sector importante del pensamiento conservador, la permisibilidad jurídica (y moral) del aborto es un tema prohibido en términos estrictos, puesto que, al discutirse su plausibilidad, se estaría colocando en entredicho uno de los elementos morales más significativos para la doctrina ético-teológica de la Iglesia Católica: la sacralidad de la vida. Como consecuencia de ello, la interrupción voluntaria de un embarazo nunca estaría justificada, ni siquiera para aquellos casos en que es necesario salvar la vida de la mujer embarazada.

A partir de lo antes dicho, en el siguiente ensayo discutiremos tal principio dogmático e intentaremos mostrar que tras la prohibición absoluta y sin excepciones del aborto consentido, no existe un particular interés metafísico por salvaguardar la incolumidad de la vida del no nacido, sino que más bien, subyace a la teología moral católica, una especial inquietud por reprimir y disuadir el ejercicio de la libertad sexual de las mujeres. En otras palabras, la aplicación de una coerción a la sexualidad femenina autónoma.

Para sostener aquello, efectuaremos una breve revisión histórica de las prohibiciones a la interrupción del embarazo, para exponer que no fue un tema absolutamente prohibido sino hasta que se dotó de alma racional al nonato en el siglo XIII. En ese mismo contexto, se mostrará que la condena al aborto no apelaba a la eliminación del feto, sino a la ocultación de la evidencia de un crimen especialmente grave: la fornicación. En seguida, se expondrán las razones espetadas por doctores de la Iglesia y teólogos escolásticos que lo justificaban con hipótesis de afectación de la vida. En esas circunstancias, es posible

¹ Abogado. Magíster en Filosofía por la Universidad de Chile. Profesor Ayudante de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Abogado del programa MILES-Chile (Movimiento por la Interrupción Legal del Embarazo en Chile).

² Por ejemplo, el Papa Joseph Ratzinger ha dicho: la teología moral siempre ha diferenciado la destrucción de “vida inocente” como algo particularmente atroz que merece ser condenado siempre y en todo lugar. Nadie “en ninguna circunstancia, puede atribuirse el derecho de matar de modo directo a un ser humano *inocente*”. “La vida humana ha de ser tenida como sagrada”. Congregación para la Doctrina de la Fe, *Donum Vitae*, pp. 76-77; intr. 5 (énfasis agregado). URL: www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html. En el mismo sentido, Encíclica *Gaudium Et Spes*, 51, 3.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

apreciar cómo la sacralidad de la vida se relativiza en atención al género, la legítima defensa y la pena de muerte. De ahí que sea necesario preguntarse en qué momento y bajo qué criterios se comenzó a criminalizar de modo severo la interrupción del embarazo.

Una propuesta de aproximación de respuesta a la interrogante, es la tesis de que la teología moral católica disfrazada bajo el sofisma del respeto a la santidad de la vida su repudio a la sexualidad autónoma de la mujer. Es decir, plantearemos que la justificación del delito de aborto no apela a la salvaguarda de la vida inviolable del nonato, sino que más bien, subyace el propósito último de disuadir y castigar el ejercicio libre de una relación sexual premarital o extramarital por parte de la mujer, con lo cual el Estado, como dijo Yasmin Tambiah, pasa a bloquear, sin razones suficientes, los derechos de las mujeres a satisfacer sus necesidades sexuales de una manera responsable, segura e independiente³.

Vida humana y vida humana potencial

En la actualidad, nadie podría negar que la conservación de la vida humana sea, en principio, un interés moral altamente valioso. En efecto, se representa generalmente en forma jurídica mediante el establecimiento de aquel derecho fundamental que tenemos cada uno de nosotros para exigir que terceros no nos priven del goce de la vida fenomenológica en forma arbitraria. Su reconocimiento, de hecho, es a nivel constitucional. Por ende, es, por decir lo menos discutible, que el Estado mediante el uso del aparato punitivo deba tipificar como delitos aquellas acciones u omisiones humanas que pongan en peligro objetivo o violenten el derecho a la vida. Y así lo han hecho, históricamente, los sistemas jurídicos al establecer el tipo penal del homicidio.

Ello ha sido así pues parece algo obvio que se comete una grave injusticia cuando se priva a una persona del disfrute normal de su vida en forma arbitraria. No hay razones que justifiquen tal acción. La especial disvaliosidad de ese acto se condice con la interrupción no razonable de los planes y proyectos de vida de esa persona, respecto de los cuales tenía conciencia hacia el futuro. A ello se deben agregar las consecuencias no deseadas a terceros que pueda generar el atentado. Del mismo modo, se aduce que la no prohibición penal del homicidio podría devenir, eventualmente, en la no conservación de la sociedad⁴.

Pese a tales consideraciones, pensamos que no se puede predicar lo mismo respecto a la protección punitiva de la conservación de la vida humana potencial en tanto bien moral. Ya por razones histórico-políticas, así como también, por consideraciones ético-jurídicas.

En atención a ello, en lo que sigue profundizaremos algunas posibles explicaciones que servirán como apoyo a lo que acabamos de enunciar como hipótesis de trabajo.

³ Tambiah, Yasmin. "Sexuality and Human Rights". En: Margaret Schuler (editora). *From Basic Needs to Basic Rights: Woman's claim Human Rights*. Washington: Woman and Law Development International, 1995, p. 380.

⁴ Garófalo, Rafael. *La Criminología*. Traducción de Pedro Borrajo. Madrid: La España Moderna, 1912, pp. 9, 37.

Algunos antecedentes históricos

En el ideario histórico y filosófico-jurídico anglonorteamericano, difícilmente se podría sustentar que las acciones tendientes a interrumpir un embarazo siempre tuvieron un carácter criminal⁵. En efecto, Blackstone en sus *Commentaries on the Laws of England*, sostenía que en el ámbito penal, solo se comete homicidio a las personas nacidas y vivas, esto es, aquellas que pueden ejecutar alguna actividad. Luego, si se interrumpe un embarazo (*abortion*) y el producto de la concepción ya efectúa movimientos intrauterinos —en tanto que “el derecho ‘natural’ a la vida comienza en Derecho tan pronto como el niño puede moverse en la matriz materna” [*quickening*]⁶—, entonces es posible castigar ese hecho como *manslaughter*⁷ (para diferenciarlo del *murder*⁸).

Agrega por igual que si bien históricamente se consideró la interrupción del embarazo, en algunos supuestos, como un crimen, debía entenderse que era un delito menor⁹ (*misdemeanour*).

Si analogamos lo antes dicho a nuestra cultura jurídica heredera del Derecho continental de Derecho romano, podemos encontrar el mismo razonamiento, aunque con algunos matices diferenciadores. En efecto, desde la antigüedad se ha estimado la condición del no nacido con una minusvaloración respecto del estatus de una persona nacida. Así, en el mundo occidental, ya en Roma se construye el concepto ‘*nasciturus*’ (que era considerado no-persona), para diferenciarlo de las personas nacidas. De hecho, una legislación de esa época explicaba que “respecto al hijo que esperaba una esclava no se

⁵ En el Reino Unido, a través de la *Malicious Shooting or Stabbing Act* del año 1803 se criminalizó por primera vez de forma severa “la ejecución ilegal de un aborto espontáneo” (*malicious miscarriage*). Pero no por razones de protección o consideración al feto, sino como una medida paternalista que buscaba resguardar a las propias mujeres de los eventuales daños generados a partir de una mala praxis abortiva y, asimismo, como una medida punitiva para quienes causaran un aborto contra la voluntad de la mujer.

⁶ Estándar que según la ciencia médica de ese momento era cercano a las 30-32 semanas de gestación. Hoy en día, la ciencia embriológica estima que esta fase se alcanza alrededor de las 15-20 semanas de desarrollo fetal.

⁷ Resulta complejo efectuar una traducción exacta del término *manslaughter* (que sería algo así como un homicidio con reproche de culpabilidad atenuado), pero para el caso en comento, alude al *infanticidio*, que para el Derecho inglés antiguo era una forma comisiva del *manslaughter* (pues el reproche de culpabilidad era menor). Actualmente se entienden también como hipótesis comisivas del *manslaughter* el homicidio no intencional (culposo).

⁸ “[...] *Life [...] begins in contemplation of law as soon as an infant is able to stir in the mother's womb [...] If a woman is quick with child, and by a potion, or otherwise, kills it in her womb; or if any one beat her, whereby the child dies in her body, and she is delivered of a dead child; this, though not murder, was by the ancient law homicide or manslaughter. But at present it is not looked upon in quite so atrocious a light, though it remains a very heinous misdemeanor [...]*”. En seguida, citando a Henry de Bracton (*De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, 1267) agrega que “[...] *If any one strike a woman pregnant, or administer poison to her, by which abortion shall ensue, if the child should be already formed, and particularly if it be alive, that person is guilty of manslaughter [...]*”. Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book 1, Chapter 1. 1769. URL: www.lonang.com/exlibris/blackstone/bla-101.htm#fn18u.

En similar sentido, este planteamiento fue recogido por la sentencia *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), la cual estableció que la interrupción de embarazo antes que el feto comience a efectuar movimientos no es reprochable: “[...] *It is undisputed that, at common law, abortion performed before 'quickening'—the first recognizable movement of the fetus in utero, appearing usually from the 16th to the 18th week of pregnancy—was not an indictable offense [...]*” (Citando a Bracton, Blackstone y otros). 410 U.S. 113 (1973) y sus notas al pie de página. URL: www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZO.html.

⁹ Incluso, previo a la sentencia *Roe v. Wade*, ningún Estado de los EE.UU. había considerado al feto como una persona moral. De hecho, “...aun en Estados con las más restrictivas leyes anti-aborto no se castigaba la interrupción del embarazo tan severamente como se pune el homicidio. Lo cual debieron haber hecho si estimaban que la Constitución considera al feto como una persona...”. Dworkin, Ronald. “The Great Abortion Case”. En: *The New York Review of Books*, Vol. 36, No. 11, 1989, p. 50.

Vale prevenir que para el sistema jurídico del *common law*, constituye un principio el hecho que cualquier práctica o conducta siempre está legalmente permitida en tanto no se establezca una prohibición expresa a través de una decisión judicial o mediante la promulgación de una ley. Por ende, el aborto siempre fue lícito, salvo para los casos en que se prohibía por vías expresas. Cook, Rebecca & Bernard Dickens. “Human Rights Dynamics of Abortion Law Reform”. En: *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, No. 1. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2003, p. 8. De acuerdo a ello, nunca se entendió el aborto consentido como un *injusto* o un acto antijurídico.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

admite distinción de momentos y, no sin razón, pues en tanto aquel no ha nacido no se dice que exista un esclavo¹⁰. En ese contexto, el producto de la concepción se estimó como parte de las entrañas de la gestante —*partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum*¹¹. De esa manera, el acto de abortar no era considerado criminal, pues si la mujer interrumpía su embarazo no hacía otra cosa que disponer de su propio cuerpo. La mujer únicamente tenía deberes de responsabilidad con su marido porque de acuerdo a la estructura patriarcal de la época, él era propietario de la descendencia y, en esa condición, amo absoluto de la mujer y las entrañas de esta.

A partir de ello, con el transcurso del tiempo se fueron adoptando algunas prácticas derivadas de esa idea, tales como aquella en la cual si la mujer rehusaba el hijo contra la voluntad del marido, este podía hacer que la castigasen. Tal como relata Simone de Beauvoir, en esas circunstancias, “era el acto de desobediencia de la mujer lo que constituía el crimen”¹² y, en ningún caso, la acción que eliminaba el producto de la concepción. Inclusive, de acuerdo con la autora, en los Libros Penitenciales el castigo a la mujer que abortaba se fundaba, ya no en consideraciones acerca del valor moral de la vida del feto, sino en lo disvalioso que resultaba el acto de borrar la evidencia del crimen de fornicación¹³.

Esto es particularmente interesante. Veámoslo con atención.

Penitencias, teología moral católica e interrupción del embarazo como crimen

Los Libros Penitenciales¹⁴ (*Liber Poenitentialis*) fueron antiguos catálogos normativos que establecían penitencias específicas asignadas a cada pecado y servían como guía al confesor para que este prescribiese la satisfacción necesaria para otorgar la absolución. Las más antiguas de estas colecciones se remontan a comienzos del siglo VI y desaparecen totalmente en el siglo XII. Elaborados por la jerarquía eclesiástica, su núcleo normativo estaba constituido por los llamados cánones penitenciales, los cuales muestran una rica información sobre la teología moral de aquella época, particularmente en lo que concierne a la responsabilidad, la práctica de la administración de la penitencia, el derecho y la moral. Para nuestros efectos, lo relevante de estos es que con posterioridad algunos fueron tomados como base para la introducción de diversas disposiciones normativas de la doctrina moral católica.

Una de las acciones que merecía una penitencia rigurosa era la fornicación (que incluía todo tipo de actos sexuales). De acuerdo con algunas traducciones e interpretaciones del Antiguo Testamento,

¹⁰ Digesto, 35, 2, 9.1 [Available at] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/601/31.pdf>>

¹¹ “[...] antes de nacer, el niño es una porción de la mujer, una especie de víscera [...]” Digesto, 25, 4, 1 [Available at] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/601/10.pdf>>

¹² De Beauvoir, Simone. *El Segundo Sexo*. Buenos Aires: De Bolsillo, 2011, p. 112.

¹³ Lo dicho se puede corroborar en: Hurst, Jane. *Historia de la ideas sobre el aborto en la Iglesia Católica. Lo que no fue contado*. México D.F.: Católicas por el Derecho a Decidir, 1998, p. 9 ss.

¹⁴ Sobre los Libros Penitenciales véase: Schaff, Philip. *History of the Christian Church, Volume IV: Mediaeval Christianity. A.D. 590-1073*. Oak Harbor: Logos Research Systems, Inc., Christian Classics Ethereal Library, 1997, p. 578. Los Libros Penitenciales castigaban también la embriaguez, la avaricia, el perjurio, el homicidio, la herejía, la idolatría, entre otras acciones. “...*The common object of these Penitentials is to enforce practical duties and to extirpate the ferocious and licentious passions of heathenism...*”

para la doctrina moral católica, el acto de fornicar y la prostitución eran conceptos sinónimos siendo ambas conductas pecaminosas. En ese contexto, de acuerdo con los Libros Penitenciales, la práctica del aborto también era motivo de penitencia, pero no precisamente por razones de consideración hacia el feto. Acá la penitencia se aplicaba a quien buscaba ocultar la evidencia que dejaba un crimen mucho más grave que ha sido condenado por los textos bíblicos desde antaño: la fornicación¹⁵. El crimen, en cuanto pecado capital, era la unión sexual no procreativa y fuera del matrimonio entendido este como sacramento. Lo castigado, era el callar advertidamente la consecuencia de la relación sexual, es decir, como una cuestión procedimental probatoria¹⁶.

Estos datos, de gran valor, muestran que durante un extenso periodo de tiempo la eliminación del producto de la concepción no fue una cuestión especialmente relevante para la teología moral católica, sino hasta que se dotó al feto de alma racional y se hizo potente la idea de la santidad de la vida.

Así, entonces, tenemos antecedentes esclarecedores concernientes a que el aborto, para la Iglesia Católica, no tuvo la significación simbólica ni criminal de hoy en día. Ello es así pues, antes que la protección de la vida del nonato, lo que interesaba era el castigo de la fornicación. La penitencia aplicable a la mujer que abortaba era una consecuencia secundaria que obedecía a la reprimenda por su acción de ocultar un embarazo producto de una interacción sexual pre o extra marital.

Corroboran lo antes dicho, las aseveraciones de algunos doctores de la Iglesia como Agustín¹⁷, Tomás de Aquino¹⁸ y Buenaventura de Fidanza¹⁹, además de algunos teólogos escolásticos como Pedro Lombardo en el sentido de que el aborto en las primeras etapas del embarazo no constituía un homicidio. Estos autores, fundados en el principio aristotélico que predica la inexistencia de espíritu sin materia, pensaban que el nonato no adquiere alma al concebirse sino que esta ingresa al cuerpo del feto una vez transcurrido varios días desde que es concebido. En ese contexto, Alberto Magno (seguido con posterioridad por Tomás de Aquino) elaboró la tesis del momento en que el alma es infundida por Dios: 40 días los varones y 90 días las mujeres, distinción que se mantuvo sin mayores modificaciones hasta fines del siglo XVIII²⁰.

Entonces, se preguntará el lector, ¿a partir de cuándo se comenzaron a criminalizar las prácticas tendientes a ejecutar un aborto y, concretamente, en las formas severas que hoy conocemos?

¹⁵ Ver el capítulo II (*De fornicatione*) del libro I del *Poenitentiale Theodori* (Arzobispo de Canterbury), Councils and Eccles. Doc. relating to Great Britain and Ireland, vol. III rd. p. 177 ss. URL: <http://www.ccel.org/ccel/schaff/hcc4.i.viii.i.html>.

¹⁶ Corroboran lo dicho el siguiente cánón penitencial: "...Existe gran diferencia entre la mujer pobre que destruye su hijo por dificultades de alimentación y la que no persigue otra finalidad que ocultar el crimen de fornicación...". Citado por De Beauvoir, op. cit., p. 113.

¹⁷ Ver: Agustín. *Comentario a San Juan*. URL: <http://www.augustinus.it/spagnolo/discorsi.htm>.

¹⁸ Ver: Tomás de Aquino. *Quaestiones Disputatae De Potentia Dei*. URL: <http://dhspriority.org/thomas/QDdePotentia.htm>.

¹⁹ Ver: Buenaventura. *Comentarios sobre el libro de Sentencias*. URL: <http://www.franciscan-archive.org/bonaventura/opera/distinction-III-A1.htm>. Con textos de Pedro Lombardo.

²⁰ El debate entre los teólogos y filósofos medievales en torno al momento en que el feto adquiría el alma, distinguiendo entre fetos animados e inanimados, no fue pacífico.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

La criminalización del aborto en la forma que la conocemos a la fecha es producto del advenimiento del paradigma teológico enarbolado por la Iglesia Católica Romana, concretando las más draconianas sanciones durante el siglo XIX d.C.²¹. Esto tiene sentido si consideramos que la relación entre Estado e Iglesia durante la Edad Media fue indivisible. Sobre todo a partir de la reforma gregoriana del siglo XI d.C., cuyos objetivos, entre otros, apuntaron a establecer la hegemonía moral y espiritual del Papa, bajo una fuerte arremetida moralizadora, junto a la pretensión de regreso a los orígenes ideológicos del cristianismo. De ahí que los pecados cometidos (o ilícitos morales cristianos) podían ser equiparados a los delitos penales (que constituían una agresión a Dios) y, particularmente, aquellos relacionados con el ejercicio de la sexualidad, en atención a la unificación conceptual de los pecados de carne en el pecado de lujuria mediante la previsión de los siete pecados capitales²².

En efecto, han sido la doctrinas pregonadas por el catolicismo las que trastocaron en este aspecto las ideas morales al dotar de un alma racional al nonacido; entonces, el aborto (que no era un pecado en sí) se convirtió en un crimen contra el feto mismo²³. A partir de ello, “se ha invocado a las disposiciones penales para sustentar los valores espirituales metafísicos inherentes a la vida del nonato, antes que reconocer explícitamente los derechos que con el fin de proteger las vidas o la salud de las mujeres contrarrestan estos valores”²⁴.

Sin embargo, pese a esta potente idea espiritual, es una nota interesante que, como bien lo dijimos previamente, varios filósofos católicos consideraron que “el aborto en sus primeras etapas no constituía un homicidio”²⁵.

¿Y qué ocurre con la sacralidad de la vida?

Antes bien, es preciso hacer presente que para la teología moral católica la vida posee un valor intrínseco —colegido a partir de una intuición no corroborada intersubjetivamente— a partir de lo cual se construye la sacralidad de esta. ¿Qué quiere decir esto? Significa que su valor es independiente de lo que las personas quieren, disfrutan o necesitan, o de lo que es bueno para ellas. Esto es así porque sería un don divino emanado de un dios creador y todopoderoso, respecto del cual nosotros los mortales no estamos en condiciones de disponer. Efectuar lo contrario, supondría usurpar el derecho divino a decidir cuándo hemos de vivir y cuándo hemos de morir. De este modo, Tomás de Aquino lo justificaba aduciendo que “quitar una vida humana es un pecado contra Dios de la misma manera que matar a un esclavo sería un pecado contra el amo a quien perteneciese el esclavo”²⁶.

²¹ “El 12 de octubre de 1869 el Papa Pío IX en su bula *Apostolicae Sedis Moderatoni* (que estableció un nuevo sistema de censuras y reservas en la Iglesia Católica) decretó la ilegitimidad del aborto en todo momento, considerándolo injustificable desde el punto de vista de la moral cristiana, al igual que el uso de los anticonceptivos, independiente del trato que le diera la normatividad laica”. Pérez Duarte y Noroña, Alicia. *El aborto: Una lectura de Derecho comparado*. México D.F.: UNAM, 1993, p. 19. (Énfasis del autor).

²² Hurtado Pozo, José. “Moral, sexualidad y Derecho penal”. En: José Hurtado Pozo (Dir.), *Derecho penal y discriminación de la mujer: Anuario de Derecho Penal 1999–2000*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 27.

²³ De Beauvoir, op. cit., p. 112. Citando a Agustín: “[...] Toda mujer que hace de modo que no pueda engendrar tantos hijos como podría tener, se hace culpable de otros tantos homicidios, lo mismo que la mujer que trata de herirse después de la concepción [...]”.

²⁴ Cook y Dickens, op. cit., pp. 8-9.

²⁵ Entre ellos los padres de la Iglesia: Pedro Lombardo, Agustín, Tomás de Aquino. También el Concilio Euménico de Trento.

²⁶ Tomás de Aquino, citado en: Singer, Peter. *Ética Práctica*. Madrid: Alianza, 1984, p. 102.

Más allá del contexto histórico y religioso en que fueron enunciadas aquellas ideas, tales concepciones sobre la sacralidad de la vida actualmente son tremendamente problemáticas puesto que si nos alejamos del sentido religioso y discutimos bajo exigencias seculares de argumentación racional, la autoevidencia de la santidad de la vida no es tal. De hecho, es un problema moral no resuelto el establecer por qué la vida humana en forma exclusiva es especialmente valiosa y no así la vida de otras especies no-humanas. Si el lector responde: es más valiosa porque “somos humanos”, incurre en antropocentrismo o especismo ético. Si se responde: es algo “obvio” por tanto ofrecer razones parece superfluo, incurre en dogmatismo ético.

¿Relativización de la inviolabilidad de la vida?

Independiente de este grave problema ético y argumentativo antes esbozado, el catolicismo, pese a defender con tenacidad la santidad de la vida humana, admite claras exclusiones a la incolumidad de esta, tales como la pena de muerte y la legítima defensa²⁷. Pero sin embargo, no admite excepciones a la práctica del aborto, aún para aquellos casos en lo que existen buenas razones para efectuarlo, tales como las hipótesis en las cuales llevar a término el embarazo amenaza el derecho a la vida de la grávida, los casos en que esta ha sido vejada sexualmente o aquellos en que existe un detrimento considerable a la integridad psíquica. En todos estos casos ¿no es acaso valiosa la vida de la mujer? ¿No son acaso valiosos sus derechos?²⁸

Como se ve, para el catolicismo, la santidad de la vida es relativizada en atención al género y respecto a las hipótesis de pena capital y legítima defensa. De igual manera, se mostró que históricamente tampoco consideró un hecho criminal la eliminación del producto de la concepción sino hasta el siglo XIII cuando se dota de alma racional al feto. Por lo tanto, si no es la vida humana algo absolutamente valioso para la teología moral católica, ¿por qué ha sido severamente recalcitrante en la liberalización de las leyes de aborto? ¿Es que existe algún otro interés involucrado?

²⁷ [...] Cuando la muerte de los malos no extraña un peligro para los buenos, sino más bien seguridad y protección, se puede lícitamente quitar la vida de aquéllos [...] Tomás de Aquino, citado en: Bascuñán, Antonio. “La píldora ante la jurisprudencia”. En: *Estudios Públicos*, No. 95. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2004, p. 67. Con respecto a la legítima defensa, Tomás de Aquino señaló: “[...] La acción de defenderse [...] puede entrañar un *doble efecto*: el uno es la conservación de la propia vida; el otro, la muerte del agresor”. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, 2-2, q. 64, a. 7. (Énfasis del autor).

²⁸ Una respuesta común a estas objeciones sostiene que el aborto trata específicamente de la destrucción de *vida inocente*, en cambio las otras hipótesis plantean enfrentamientos con algún enemigo o agresor. Asimismo, las excepciones a la incolumidad de la vida estarían justificadas bajo la tesis del doble efecto. De hecho, Tomás de Aquino dijo: “[...] Nada impide que un solo acto tenga dos efectos, de los que uno solo es querido, sin embargo, el otro está más allá de la intención [...]” Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, 2 - 2, q. 64, a. 7.

El problema de estas respuestas es que presuponen que el feto es acreedor de derechos. La relevancia moral de dañar una entidad está condicionada al hecho de si es posible adscribirle ciertos derechos morales básicos. El hecho de enjuiciar *a priori* algo como “inocente” (contraponiéndolo a lo culpable) involucra una carga discursiva teológica inadmisibles en el debate racional. Por otra parte, las respuestas confunden la vida con el derecho a la vida. Una cuestión es la vida en tanto bien moral, como un proceso de fenómenos en que se despliega la vida biológica y en el que se ejecutan las actividades de los seres humanos en el mundo. Y otra muy distinta es el derecho moral a la vida, el cual opera (en lenguaje de derechos) como la exigencia (a particulares y el Estado) de no privar arbitraria o injustificadamente a un sujeto del goce de aquellas condiciones básicas bajo las cuales transcurre el desempeño cotidiano de los seres humanos.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

Sexualidad autónoma de las mujeres: ¿crimen o pecado?

A partir de estos antecedentes, nos parece posible extraer razones para ensayar la tesis de que el catolicismo, más que un compromiso por un interés metafísico hacia la santidad de la vida, le guía por sobre todo repudiar el ejercicio de la sexualidad autónoma de la mujer²⁹. De esta manera, siguiendo una idea expuesta por Carillo³⁰, creemos tentativamente que la condena eclesiástica absoluta al aborto y su imposibilidad de excepción, responde a que mediante la criminalización de este se reprueba el pecado de fornicación en que incurre una mujer cuando ejerce autónomamente su sexualidad.

Es sabido que, de acuerdo con la moral patriarcal católica, el sexo no es inmoral únicamente si va ligado en forma estrecha a su función específica, esto es, la reproducción de la prole dentro del matrimonio. El sexo ha de estar, como mandata la Iglesia, abierto a la procreación. Así, el ejercicio de la sexualidad libre (de la mujer) es pecado, considerado un acto libertino y, por ende, digno de represión y castigo. Dicho de otra manera, el catolicismo repudia a la mujer lujuriosa, aquella que lleva a cabo relaciones sexuales prematrimoniales o extramaritales³¹, es decir, la mujer de escasa moralidad. A esto se debe agregar el hecho de que la mujer debe necesariamente soportar el dolor del parto como una manifestación del castigo divino, consecuencia de la mancha y culpa del cuerpo femenino proveniente de la simbología del mito adánico³².

Apoya lo antes dicho el hecho que la doctrina moral católica reprueba de manera enfática y categórica el uso de mecanismos preventivos de control de la natalidad tales como los anticonceptivos y contraceptivos³³. Hoy en día, desapruaban incluso los instrumentos de fecundación asistida y

²⁹ Trabajaremos el concepto de sexualidad propuesto por Tambiah, op. cit., p. 373, como la amplia gama de sentimientos y experiencias eróticas que una persona experimenta en la relación consigo misma o en interacción con otros, en la que esta interacción puede tener lugar entre personas de sexos biológicos similares o diferentes.

³⁰ Sobre esto en Carrillo Trueba, César. "Decisiones". En: *Ciencia*, No. 27. México D.F.: UNAM, 1992, pp. 30-39, se especifican algunos detalles.

³¹ Para la doctrina moral católica, el matrimonio constituye un triple bien, a saber, representa el bien de la prole (*Bonum proli*), el bien de la fidelidad (*Bonum fidei*) y el bien del sacramento (*Bonum sacramenti*). Agustín. URL: http://www.augustinus.it/latino/dignita_matrimonio/index.htm. De esto se sigue que aquellos actos sexuales efectuados fuera del matrimonio rompen con este esquema tripartito del bien y no se ajustan a las exigencias morales de la religión. Estos planteamientos agustinos fueron recogidos por la *Encíclica Humanae Vitae* de 1968 del Papa Pablo VI.

³² De acuerdo con la lectura tradicional del mito adánico (Libro del Génesis, 2: 18 – 15), la mujer, al ser portadora del pecado, debe soportar con dolor la maternidad como una forma de castigo divino. De este mito se ha interpretado, erróneamente, a lo largo de la historia otras manifestaciones simbólicas de subordinación de la mujer tales como identificar a la mujer con el apetito sexual (debilidad moral) y el vínculo entre ejercicio de la sexualidad y comisión de un pecado (pues la virginidad implica maternidad espiritual). Ver: Hopman, Jan. "Sexualidad y Cristianismo. Una Relectura Crítica a partir de la Teología y el Género". En: José Olavarría & Enrique Moletto (Editores). *Hombres: identidad/es y sexualidad/es*. Santiago: FLACSO-Chile, 2002, p. 144. El autor explica que esta lectura del mito adánico ha pasado a constituir "el mito fundamental del patriarcado". Esta afirmación no es baladí, recientemente, *La Congregación para la Doctrina de la Fe*, a través del documento "Sobre la relación entre hombres y mujeres" del año 2004, recalca que cada sexo tiene una identidad y un rol, y que al olvidarlos, se cuestiona la familia. Define la esencia femenina como ser para el otro, ser "el otro yo" del hombre, donde también se justifica la dominación de la mujer puesto que Eva cometió el pecado divino al haber tentado a Adán para comer el fruto del árbol del bien y el mal. De esta manera, la culpa por el pecado original acompañará a la mujer por siempre no pudiendo liberarse de ello. Sobre esto ver: Lemaitre Ripoll, Julieta. "Anticlericales de Nuevo. La Iglesia Católica como Actor Político Ilegítimo en Materia de Sexualidad y Reproducción en América Latina". En: *Derecho y Sexualidades, SELA 2010*. Buenos Aires: Librería, 2010, p. 294.

³³ Esta es la doctrina oficial de la teología moral cristiana. Sobre estas prohibiciones, fundamental *Encíclica Humanae Vitae* de 1968, Papa Pablo VI. En 1993, a través de la *Encíclica Veritatis Splendor* del Papa Juan Pablo II, se definen las prácticas anticonceptivas como "intrínsecamente desordenadas e indignas de la persona humana". Estas técnicas de control de la natalidad vuelven el "acto conyugal intencionalmente infecundo". De acuerdo con esto, el efecto pernicioso seguido de estas prohibiciones en razón de la fe, deviene en una degradación severa de la autonomía de la mujer. Las *Encíclicas* pueden ser consultadas en castellano en este enlace: http://www.vatican.va/offices/papal_docs_list_sp.html.

maternidad subrogada, puesto que todas estas herramientas vienen a distorsionar la función precisa de reproducción de la especie humana que exige la doctrina católica.

Por supuesto que este énfasis en la prohibición penal de una conducta no es predicable al sexo masculino, puesto que la consecuencia indeseada de la relación sexual extramarital o prematrimonial, por razones de constitución biológica, no podría ser reprochada a los hombres. Sin embargo, sus consecuencias fácticas son soportadas por las mujeres puesto que son estas quienes se embarazan y asumen como propios los efectos seguidos de la sanción moral a la sexualidad femenina³⁴, entre los cuales se cuentan las restricciones estatales para llevar a término un embarazo no deseado.

El lector podrá pensar que ciertamente no existe nada de negativo y reprobable en lo que acabo de describir. De hecho, queda entregado a la libertad de conciencia de cada persona el acatar o no los mandamientos éticos de la ortodoxia religiosa sobre el ejercicio libre de la sexualidad. Desde luego que las distintas religiones tienen el derecho de proponer a sus congregantes y feligreses pautas morales acerca de cómo deben ejercer su sexualidad y por cierto que tienen el derecho de castigar religiosamente a todos aquellos que no cumplan con los estándares éticos exigidos.

No obstante, este asunto se vuelve especialmente problemático cuando aquello se quiere lograr a través de las herramientas del Derecho penal (so riesgo de caer en el moralismo legal). De este modo, en la actualidad, la existencia de un delito se cimienta sobre la base de la pretensión de imposición de un dogma ético de una religión particular. Esto último nos impulsa a dejar abiertas las siguientes preguntas: ¿es aquello lo que efectivamente se protege bajo el disfraz de la vida en potencia? De ser correcto, ¿es legítimo (y moralmente admisible) que se utilice la intensidad de las leyes penales para lograr tal propósito?

³⁴ A esta afirmación se debe incorporar la consideración de las implicancias y efectos seguidos de la valoración de los factores culturales y sociales que intervienen en el soporte del proceso reproductivo en una sociedad que ha sido construida bajo premisas y estructuras masculinas.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

CONCLUSIONES

A partir de lo ensayado en este trabajo, creemos inaceptable tratar de justificar la imposición de la coacción penal mediante subterfugios retóricos como la protección de la vida potencial, considerando que el verdadero propósito de la punibilidad de la acción es disuadir una conducta privada como lo es la sexualidad autónoma de la mujer.

Bajo esos criterios, creemos posible esbozar como conclusión hipotética, que la intensidad de la reacción penal en la tipificación del delito de aborto se convierte en una medida desproporcionada e injustificada, pues se respalda la existencia de un delito sobre la base de pretender imponer un dogma ético de una religión particular. Cuestión que no puede admitirse como razón válida en una sociedad plural, donde imperan principios básicos de un Estado laico y democrático como la libertad de conciencia y el derecho a la privacidad.

En definitiva, pretender disfrazar el repudio a la sexualidad libre mediante excusas y sofismas como la santidad de la vida, actualmente, parece una medida injustificada e hipócrita.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bascuñán, Antonio. "La píldora ante la jurisprudencia". En: *Estudios Públicos*, No. 95. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2004.

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England, Book 1, Chapter 1*. 1769. URL: www.lonang.com/exlibris/blackstone/bla-101.htm#fn18u.

Carrillo Trueba, César. "Decisiones". En: *Ciencia*, No. 27. México D.F.: UNAM, 1992.

Cook, Rebecca & Bernard Dickens. "Human Rights Dynamics of Abortion Law Reform". En: *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, No. 1. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2003.

Congregación para la Doctrina de la Fe. *Instrucción Donum Vitae Sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación*. 1987. URL: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html.

De Aquino, Tomás. *Obras Completas. Summa Theologiae*. URL: <http://www.tomasdeaquino.es/corpus/obras-mayores/suma-de-teologia>.

De Beauvoir, Simone. *El Segundo Sexo*. Buenos Aires: De Bolsillo, 2011.

De Hipona, Agustín. *Obras Completas. De Bono Coniugali*, Libro 1. URL: www.augustinus.it/spagnolo/index.htm#top.

Dworkin, Ronald. "The Great Abortion Case". En: *The New York Review of Books*, Vol. 36, No. 11, 1989.

Garófalo, Rafael. *La Criminología*. Traducción de Pedro Borrajo. Madrid: La España Moderna, 1912.

Hurst, Jane. *Historia de la ideas sobre el aborto en la Iglesia Católica. Lo que no fue contado*. México D.F.: Católicas por el Derecho a Decidir, 1998.

Hurtado Pozo, José. "Moral, sexualidad y Derecho penal". En: José Hurtado Pozo (Dir.), *Derecho penal y discriminación de la mujer: Anuario de Derecho Penal 1999 – 2000*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

Hopman, Jan. "Sexualidad y Cristianismo. Una Relectura Crítica a partir de la Teología y el Género". En: José Olavarría & Enrique Moletto (Editores). *Hombres: identidad/es y sexualidad/es*. Santiago: FLACSO-Chile, 2002.

Jaramillo, Isabel. "La Iglesia Católica, el sexo, y la sexualidad en América Latina. Más allá de la distinción público/privado". En: *Derecho y Sexualidades, SELA 2010*. Buenos Aires: Librería, 2010.

Lemaitre Ripoll, Julieta. "Anticlericales de Nuevo. La Iglesia Católica como Actor Político Ilegítimo en Materia de Sexualidad y Reproducción en América Latina". En: *Derecho y Sexualidades, SELA 2010*. Buenos Aires: Librería, 2010.

Pérez Duarte y Noroña, Alicia. *El aborto: Una lectura de Derecho comparado*. México D.F.: UNAM, 1993.

Singer, Peter. *Ética Práctica*. Madrid: Alianza, 1984.

Schaff, Philip. *History of the Christian Church, Volume IV: Mediaeval Christianity. A.D. 590-1073*. Oak Harbor: Logos Research Systems, Inc., Christian Classics Ethereal Library, 1997.

Tambiah, Yasmin. "Sexuality and Human Rights", En: Margaret Schuler (Editora), *From Basic Needs to Basic Rights: Woman's claim Human Rights*. Washington: Woman and Law Development International, 1995.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

ANEXO 2

I. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE PLANIFICACIÓN FAMILIAR EN EL PERÚ

Ydalid Rojas

I. Introducción

El presente ensayo tiene por objeto analizar los alcances del consentimiento informado de las mujeres en las políticas públicas sobre planificación familiar en el caso peruano. Para ello, en una primera parte presentamos el marco teórico desarrollado por Laura Roberts¹ sobre los elementos y alcances del consentimiento informado en general. En una segunda parte, ofrecemos una breve mirada al curso que las políticas públicas sobre salud sexual y reproductiva, han seguido en el Perú a lo largo de los últimos 20 años. Finalmente, en una tercera parte, desarrollamos el contenido específico que asume el consentimiento informado en el campo de la salud sexual y reproductiva, para seguidamente contrastar dichos alcances con la situación del consentimiento informado de las mujeres en el Perú, a lo largo de los últimos 20 años. El ensayo finaliza con las conclusiones del caso.

II. Consentimiento informado

El consentimiento informado es el procedimiento médico formal que tiene como objetivo garantizar el derecho de los pacientes a hacer prevalecer sus preferencias en cuidados médicos. Son diversos los trabajos académicos que han desarrollado desde una perspectiva ético-filosófica los alcances del consentimiento informado. Sin embargo, en esta oportunidad enmarcaremos nuestro ensayo sobre la base de los aportes de Laura W. Roberts titulado “Informed Consent and the Capacity for Voluntarism” (Consentimiento informado y la capacidad para la voluntariedad).

De acuerdo con Laura Roberts², el consentimiento informado tiene como elementos a) la información, b) la capacidad de decisión, y c) la voluntariedad. El primer elemento, que es la información en el proceso del consentimiento, generalmente implica conocer asuntos como la naturaleza de la enfermedad, conocer anticipadamente los riesgos y beneficios del procedimiento propuesto, así como posibles alternativas, incluyendo la no intervención. El segundo elemento: la capacidad de decisión, comprende la habilidad de comunicar, entender y trabajar lógicamente la información recibida y apreciar el significado de una decisión dentro del contexto de la vida de uno. Finalmente, el tercer elemento, la voluntariedad implica ideales filosóficos de libertad, independencia y personalidad.

¹ Roberts, Laura W. “Informed Consent and the Capacity for Voluntarism”. En: *The American Journal Psychiatry*, Vol. 159, No. 5, 2002, pp. 705-712.

² *Ibidem*, p. 705.

Para Laura Roberts, la voluntariedad involucra cuatro áreas de influencia a saber: a) los factores del desarrollo; b) consideraciones relacionadas con la enfermedad del paciente; c) aspectos psicológicos y valores religiosos y culturales, y finalmente; d) presiones y características del exterior.

Pasemos a revisar estas áreas de influencia brevemente.

2.1. Factores del desarrollo

En cuanto a esta primera área, Roberts³ asevera que la capacidad de un individuo para la formación de su voluntad es afectada por su desarrollo en términos de habilidades cognitivas, madurez emocional y carácter moral. Mientras que resulta claro que incluso los niños más pequeños pueden expresar sus deseos, también se reconoce que estos son incapaces de tomar decisiones sobre sí mismos que sean independientes y cognitivamente complejas. A medida que pasa el tiempo, la capacidad para formar la voluntad se va incrementando.

2.2. Consideraciones relacionadas con la enfermedad del paciente

Sobre la segunda área de influencia de la voluntariedad, Roberts⁴ afirma que muchas personas que se encuentran física o mentalmente enfermas suelen resolver o discernir en torno a las prioridades en la vida que han asumido en función a la experiencia que han tenido con su enfermedad. Y este hecho puede afectar negativamente la determinación de su voluntad.

La ambivalencia y la indecisión, la poca energía, y los pensamientos negativos se encuentran entre los elementos que definen la depresión y los desórdenes físicos. Este tipo de síntomas afectan la habilidad para leer el propio estado emocional interno, así como las preferencias que se tienen para determinar la voluntad.

2.3. Aspectos psicológicos y valores religiosos y culturales

Respecto a la tercera área de influencia de la voluntariedad o la determinación de la voluntad, y que constituye uno de los dos aspectos de nuestro especial interés para el desarrollo del presente ensayo, Roberts⁵ señala que los aspectos psicológicos y los valores religiosos y culturales pueden servir tanto para realzar el sentido de autonomía individual de uno mismo y empoderarlo, así como también disminuir la determinación de la voluntad.

Para Roberts⁶, los aspectos psicológicos y los valores que resultan de la afectación que un individuo recibe de su entorno cultural y espiritual influyen sobre su idea de lo que es bueno, así como qué

³ *Ibíd.*, p. 707.

⁴ *Ibíd.*, p. 705.

⁵ *Ibíd.*, p. 708.

⁶ *Ibíd.*, p. 708.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

elecciones son aceptables o no cuando debe enfrentar elecciones decisivas para su vida. De hecho, los conceptos relevantes sobre uno mismo, la personalidad, la autonomía y la moralidad que son moldeados por nuestras primeras experiencias internas y luego son revisadas a lo largo de la vida, constituyen factores que pueden afectar nuestra forma de percibir los síntomas de enfermedad, así como nuestra forma de definirla y si el consentimiento a una intervención resulta aceptable o no. El nivel de compromiso hacia una elección particular es afectado por dichos factores.

Por otro lado, el acto de definir una preferencia apartada de las necesidades de otros o diferente a la tradición de una comunidad, puede para algunas personas ser visto como equivocado o impensable. En ese sentido, el proceso para expresar una elección también es moldeado por este tipo de fuerzas.

Incluso estudios sobre los estilos masculinos y femeninos para tomar decisiones personales han también otorgado evidencia de que las mujeres colocan gran importancia en la colaboración, la adaptación y la preservación de la relación de pareja ante decisiones morales, mientras que los hombres colocan mayor importancia en la confianza en sí mismo, la asertividad, y la adherencia a reglas aceptadas. Por estos motivos, es que Roberts considera que estos elementos psicológicos, culturales y religiosos deberían ser considerados cuidadosamente por el impacto que tienen en el proceso de los pacientes para generar una decisión llena de significado, auténtica y coherente⁷.

2.4. Presiones y Características del Entorno Exterior

De acuerdo con Roberts, existe una serie de presiones y características del entorno exterior que constituyen la cuarta área de influencia de la voluntariedad. Los determinantes externos más evidentes son la limitación de recursos que es inherente en muchos sistemas de salud. Asimismo, la legislación local o regional también pueden definir los parámetros para la toma de la decisión individual⁸.

Otros factores externos residen dentro de la naturaleza de la decisión misma, como la novedad, complejidad, seriedad y tiempo del que se dispone para otorgar la decisión y si esta puede hacerse paso a paso sin la pérdida de otras opciones significantes⁹.

Los marcos institucionales delimitan las libertades de los individuos y pueden generar presiones significantes en los individuos. La relación con el cuidador o el investigador, también puede tener sutilmente escondidas influencias coercitivas que pueden estar presentes. La presencia o ausencia de seres queridos puede también afectar el proceso de aclarar y expresar una elección¹⁰.

De esta forma, la voluntariedad se constituye en un ideal que abarca la habilidad individual para actuar de acuerdo con el sentido auténtico de uno mismo sobre lo que es bueno, correcto y lo mejor a la luz

⁷ *Ibíd.*, p. 709.

⁸ *Ibíd.*, p. 709.

⁹ *Ibíd.*, p. 706.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 706.

de la situación de uno, de sus valores y su historia previa. La voluntariedad implica la capacidad de hacer esta elección libremente y con ausencia de coerción alguna¹¹. Por estos motivos, la verdadera voluntariedad constituye una fuente de fortaleza para la seguridad filosófica y legal del consentimiento informado¹².

III. Políticas públicas sobre planificación familiar en Perú

Una vez revisados los alcances del consentimiento informado en los tratamientos y procedimientos médicos, pasemos a revisar cuál ha sido el rumbo de las políticas públicas sobre salud sexual y reproductiva en el Perú durante las dos últimas décadas.

Hasta inicios de la década de 1990, el programa de planificación familiar estuvo organizado de manera precaria y carecía de suficientes fondos y apoyo político¹³ debido a la profunda crisis económica y política que Perú había experimentado a finales de la década de 1980¹⁴.

Esta situación fue revertida en 1990 cuando el nuevo gobierno decidió promover el uso intensivo de los métodos de planificación familiar como una de sus principales estrategias para combatir la pobreza. Sin embargo, la violencia interna que aún se vivía junto a la débil economía del país obligó al gobierno a abandonar dichos propósitos con el objetivo de conseguir desesperadamente el respaldo de la Iglesia Católica, cuyas autoridades habían largamente jugado un rol privilegiado y de poder en los asuntos públicos del Perú y habían tenido una posición apasionada en contra del acceso a los anticonceptivos modernos¹⁵.

En 1993, cuando la situación política y económica se estabilizó y ya no se requería del apoyo de la Iglesia Católica, el gobierno de Fujimori retomó sus objetivos iniciales y promovió abiertamente el acceso universal de los anticonceptivos¹⁶. El programa también incluyó el libre acceso a las vasectomías voluntarias y la ligadura de trompas¹⁷. Sin embargo, al no lograr esta política de promoción de la planificación familiar una disminución radical de la pobreza, Fujimori decidió radicalizar su política promoviendo el uso intensivo de modernos anticonceptivos, especialmente el de esterilización, entre mujeres pobres con escasa educación¹⁸.

¹¹ *Ibidem*, p. 707.

¹² *Ibidem*, p. 709.

¹³ Coe, A. "From Anti-Natalist to Ultra-Conservative: Restricting Reproductive Choice in Peru". En: *Reproductive Health Matters*, Vol. 12, No. 24, 2004, pp. 57, 59.

¹⁴ Cáceres, C., Cueto, M. y Palomino, N. "Sexual and reproductive rights policies in Peru: Unveiling false paradoxes." En: Parker, R., Petchesky, R. y Sember, R. (Editores.), *Sex Politics: Reports from the Front Lines*, Sexuality Policy Watch, 2007, p. 131. URL: <http://www.sxpolitics.org/frontlines/home/>.

¹⁵ Coe, op. cit., p. 59.

¹⁶ Coe, op. cit., p. 60.

¹⁷ Cho, T. J. "The Double Moral: Compliance of International Legal Obligations of Reproductive Rights vs. Allegiance to the Catholic Church". En: *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, Vol. 5, No. 2, 1998, p. 424.

¹⁸ Coe, op. cit., p. 61; Cáceres y otros, op. cit., p. 138.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

Se determinaron objetivos numéricos para la contracepción quirúrgica de manera oficial y extraoficial y muchas mujeres de zonas rurales fueron presionadas para aceptar la esterilización¹⁹ sin contar con un consentimiento informado. A inicios de 1998, cuando los problemas en los servicios de esterilización salieron a la luz pública, la Iglesia Católica oficial, líderes de derecha de grupos laicos y políticos ultraconservadores utilizaron la evidencia de los abusos cometidos para promover su propia agenda y solicitar que culmine inmediatamente el patrocinio del gobierno de los servicios de planificación familiar²⁰.

A finales del 2000, Fujimori renunció al poder debido a un gran escándalo político de corrupción. Después de un breve gobierno de transición encabezado por Valentín Paniagua, las nuevas elecciones generales designaron a Alejandro Toledo como nuevo Presidente del Perú para el periodo 2001-2006²¹.

Con el nuevo gobierno, las políticas públicas sobre planificación familiar pasaron de un modelo antinatalista a un modelo ultraconservador que también pasó por alto el derecho de las mujeres a elegir libremente sobre el destino de su vida sexual y reproductiva y otorgar su libre consentimiento. El nuevo presidente nombró a dos personajes ultraconservadores para que se desempeñen como Ministros de Salud entre los años 2001 y 2003: Luis Solari y Fernando Carbone, dos médicos aliados estratégicos de los grupos ultraconservadores Opus Dei y el Sodalitium Vitae Christianae²². Ambos hombres trabajaron

[...] para impedir el acceso a los servicios e información sobre métodos anticonceptivos modernos, el uso de condones para protegerse contra las ETS y el VIH, y el tratamiento de complicaciones derivadas del aborto inseguro²³.

En julio de 2003, ambos ministros renunciaron luego de la presión que constantemente ejercieron las agrupaciones de mujeres, movimientos feministas, organizaciones de VIH/SIDA y asociaciones de médicos progresistas²⁴. Sin embargo, quedaron pendientes de resolución asuntos como la distribución de la anticoncepción de emergencia. Este caso fue llevado al Poder Judicial en el año 2002. A finales de 2006, el Tribunal Constitucional falló a favor de su distribución²⁵. Sin embargo, la lucha no había terminado. En octubre de 2009, el Tribunal Constitucional ante una nueva contrademanda prohibió la distribución de este anticonceptivo alegando propiedades abortivas del anticonceptivo. En marzo del 2010, el Ministerio de Salud decidió distribuir la píldora amprado en la posición oficial de la Organización Mundial de la Salud, que establece que la píldora no tiene efectos abortivos²⁶. Esta decisión provocó

¹⁹ Cho, op. cit., p. 444; Cáceres y otros, op. cit., p. 138.

²⁰ Coe, op. cit., pp. 63-64.

²¹ Cáceres y otros, op. cit., p. 132.

²² *Ibidem*, p. 133.

²³ Coe, op. cit., p. 65.

²⁴ Coe, *ibidem*, p. 66; Cáceres y otros, op. cit., p. 147.

²⁵ Faúndes, A., Távara, L., Brache, V. et al. "Emergency Contraception under Attack in Latin America: Response of the Medical Establishment and Civil Society". En: *Reproductive Health Matters*, Vol. 15, No. 29, 2007, p. 135; Chávez, S. y Coe, A. "Emergency Contraception in Peru: Shifting Government and Donor Policies and Influences". En: *Reproductive Health Matters*, Vol. 15, No. 29, 2007, p. 143.

²⁶ Promsex. *Ugarte: "La Píldora del día siguiente" no es abortiva y se entregará gratis*. Lima: Promsex, 2010. URL: <http://www.promsex.org/noticias/ugarte-la-pildora-del-dia-siguiente-no-es-abortiva-y-se-entregara-gratis.html>.

tensiones políticas con las autoridades de la jerarquía de la Iglesia²⁷. En la actualidad, el Ministerio de Salud ha dejado de distribuir el anticonceptivo oral de emergencia ante el mandato del Tribunal Constitucional que constituye la máxima instancia jurídica en el país.

En el caso del protocolo para regular la práctica legal del aborto terapéutico, la Iglesia Católica ha tratado de impedir cualquier intento para implementarlo apelando al lobby político con las autoridades políticas a nivel nacional y en regiones. De acuerdo con el reporte de Human Rights Watch²⁸ la propuesta del protocolo presentado por el Ministerio de Salud ante la Presidencia del Consejo de Ministros fue declarada inconstitucional en diciembre de 2007, sobre la base de la observación de que el contenido del protocolo afecta “el derecho fundamental a la vida del concebido [el feto]”²⁹.

Como resultado de ello, si bien el derecho a acceder al aborto terapéutico se encuentra legalmente autorizado, la ausencia de un protocolo médico que establezca el procedimiento y las condiciones en que este deba ser practicado hace imposible su aplicación. El efecto pernicioso de esta decisión política, sobre la base de la intervención religiosa, es que las mujeres de escasos recursos económicos, que son la mayoría en el Perú, tienen que exponer sus vidas a abortos clandestinos e inseguros, paradójicamente, para salvar sus vidas.

IV. El consentimiento informado en las políticas públicas sobre planificación familiar en el Perú

4.1. El consentimiento informado a la luz de los derechos sexuales y reproductivos

Como hemos revisado en un subcapítulo anterior del presente ensayo, y siguiendo el enfoque de Laura Roberts³⁰, el consentimiento informado tiene como elementos: a) la información, b) la capacidad de decisión y c) la voluntariedad. Cabe señalar que estos tres elementos se encuentran constantemente entrelazados y en no pocas oportunidades suelen superponerse. Ahora bien, trasladando los alcances de estos elementos al campo de la salud sexual y reproductiva de las mujeres, obtenemos lo siguiente:

a) La información

Este primer elemento del consentimiento se relaciona con el derecho de las mujeres a recibir información completa, veraz y oportuna sobre los métodos de anticoncepción disponibles que le permitan decidir el destino de su vida sexual y reproductiva con responsabilidad, estableciendo si desea tener hijos o no, cuántos, en qué momento y con quién. La información debe ser brindada sobre la base de la evidencia médico-científica y exenta de prejuicios morales, religiosos o de otra índole.

²⁷ El Comercio. *Cardenal Cipriani: Un Ministro de Salud que reparte píldoras abortivas debe irse a su casa*. Lima: El Comercio, 2010. URL: <http://elcomercio.pe/noticia/454354/cardenal-cipriani-ministro-salud-que-reparte-pildoras-abortivas-irse-su-casa>.

²⁸ Human Rights Watch. *Tengo derechos, y tengo derecho a saber. La falta de acceso al aborto terapéutico en el Perú*. Nueva York: Human Rights Watch, 2008, p. 22.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Roberts, op. cit., p. 705.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

Asimismo, en el caso de aquellas legislaciones nacionales que permitan el aborto por motivos terapéuticos, las mujeres tendrían derecho a ser informadas sobre el nivel de riesgo al que exponen su vida y su salud con la continuación de su embarazo, así como el derecho de decidir continuar o no con su embarazo sobre la base de sus creencias más íntimas y personales. Lo mismo sucedería en el caso en que legalmente estuviera permitido el aborto por motivos eugenésicos y el aborto en casos de violación e incesto.

b) La capacidad de decisión

El segundo elemento del consentimiento informado es la capacidad de decisión, la misma que está relacionada con la habilidad de las mujeres de comunicar, entender y trabajar con lógica la información recibida sobre su salud sexual y reproductiva, así como apreciar el significado de una decisión en este campo dentro del contexto de su vida. Aquí, por ejemplo, resalta la diferente capacidad de decisión que disponen una adolescente y una mujer madura respecto a la posibilidad de interrumpir un embarazo producto de una violación.

c) La voluntariedad

Respecto al tercer elemento del consentimiento informado: la voluntariedad, que comprende cuatro áreas de influencia, de acuerdo con el enfoque de Roberts³¹, vemos que el derecho al consentimiento informado en el campo de los derechos sexuales y reproductivos está relacionado con:

c.1.) Los factores del desarrollo, ya que la voluntariedad se ve afectada por el desarrollo de las personas en términos de habilidades cognitivas, madurez emocional y el carácter moral. Aquí, nuevamente resulta relevante la diferencia que existe entre una niña, una adolescente, una mujer joven y una mujer madura al momento de tomar decisiones sobre el destino de su vida sexual y reproductiva;

c.2.) Como segunda área de influencia tenemos las consideraciones relacionadas con la enfermedad. En esta área, por ejemplo, la formación de la voluntad para decidir la interrupción de un embarazo no va a ser la misma para el caso de una mujer sana que para el de una mujer con una enfermedad preexistente. Ello, en atención a que las mujeres que padecen previamente de alguna enfermedad van a discernir y decidir sobre la base de la experiencia de la propia enfermedad que padecen;

c.3) En el caso de la tercera área de influencia de la formación de la voluntad, relacionada con los aspectos psicológicos, culturales y religiosos, vemos que estos aspectos pueden afectar negativamente el otorgamiento de un consentimiento informado genuino de parte de las mujeres, en el supuesto de sociedades de corte patriarcal y/o paternalistas. Por ese motivo, el consentimiento informado en el campo de la salud sexual y reproductiva de las mujeres, requiere de un especial tratamiento de parte de los Estados tildados de patriarcales al reconocer que las mujeres en comparación con los hombres se

³¹ Roberts, op. cit.

encuentran en un estado de especial vulnerabilidad para formar su voluntad y otorgar su consentimiento. Las relaciones de género, los códigos culturales y los valores religiosos pueden condicionar de manera negativa la decisión de una mujer sobre un determinado tratamiento y/o intervención médica relacionada con su vida sexual y reproductiva.

Es innegable, que la formación de la voluntad se encuentra fuertemente influenciada por los condicionamientos culturales y/o del entorno, que pueden restringir, limitar o también ampliar el ámbito de voluntad de las mujeres. Desde el enfoque de las “preferencias adaptativas”, Susan Okin Moller afirma que los individuos criados en ambientes estructurados en función a roles de género tradicionales, suelen internalizar valores sexistas y pueden preferir y valorar una vida estructurada en función a dichos roles tradicionales. Así, un ambiente que promueve roles de género tradicionales puede condicionar de manera negativa la voluntad de la mujer al momento de otorgar o denegar su consentimiento sobre alguna intervención médica o quirúrgica relacionada con su salud sexual y reproductiva.

c.4) En cuanto a la cuarta área de influencia de la voluntariedad, relacionada con los condicionamientos y las presiones externas, vemos cómo desde el plano de las políticas públicas de un Estado sobre planificación familiar se puede promover o limitar el acceso a los métodos de planificación familiar y, por lo tanto, facilitar o entorpecer el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y por ende, el otorgamiento de un consentimiento genuino. Asimismo, la falta de suministro de ciertos métodos de anticoncepción puede, en gran medida, limitar el ámbito de elección de las mujeres y, por lo tanto, desvirtuar la calidad del consentimiento informado. Estos constituyen también factores que determinan la calidad del consentimiento informado y que dependen en estricto de las políticas públicas que un Estado adopte.

4.2. El consentimiento informado en las políticas públicas sobre planificación familiar en el Perú

Una vez presentado un breve marco teórico de las particularidades que el consentimiento informado presenta en el campo de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, pasemos a analizar cómo a la luz de este marco, el consentimiento de las mujeres peruanas en el campo de su salud sexual y reproductiva ha sido afectado por las políticas públicas del Estado sobre planificación familiar a lo largo de los últimos 20 años.

Para ello, centraremos nuestro análisis en el tercer elemento del consentimiento informado: la voluntariedad o la formación de la voluntad y emplearemos como categorías de análisis privilegiadas a) los aspectos psicológicos y los valores religiosos culturales; y, b) los condicionamientos y presiones internas. Ello, no solo en atención a la centralidad que ocupa la voluntariedad como elemento del consentimiento informado, sino además por los alcances que dos de sus áreas de afectación tienen en el tema de salud sexual y reproductiva de las mujeres.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

a) Aspectos Psicológicos y Valores Religiosos y Culturales

Valores Religiosos

Dentro de esta área de afectación de la voluntariedad podemos mencionar la trascendencia que los valores religiosos tienen en la sociedad peruana, al igual que en muchas otras sociedades latinoamericanas. La Iglesia Católica ha desempeñado desde los tiempos de la Colonia hasta nuestros días un rol fundamental en la forma de hacer política en el Perú. Por los antecedentes históricos de la Iglesia Católica en el Perú, podemos juzgar que esta institución se ha convertido en un poder de facto que ha servido para dar el espaldarazo político a los gobernantes de turno. De ahí, es que podemos entender por qué el gobierno de Fujimori tuvo que retroceder en la promoción de métodos de planificación familiar a cambio de obtener el respaldo político de la Iglesia Católica en un momento en el que su gobierno se encontraba debilitado por la profunda crisis económica y política del país, por ejemplo.

Los valores de la religión católica no solo se han erigido en el Perú como valores políticos e institucionales, lo han hecho además como valores sociales. Ello, debido al privilegio que la Iglesia goza de enseñar de manera obligatoria en todos los centros educativos públicos el curso de religión católica. Este privilegio ha favorecido el arraigamiento de los valores de la religión católica en la sociedad peruana puesto que son inculcados desde temprana edad. Este hecho genera que la gran mayoría de mujeres en el Perú profese los valores católicos y, por ende, se encuentren influenciadas por la postura que la Iglesia Católica ha adoptado en el campo de la salud sexual y reproductiva, la misma que es bastante restrictiva y negativa para la mujer. Es definitivo que la actitud del Estado peruano de favorecer la divulgación de los valores católicos en la enseñanza estatal primaria y secundaria, termina por condicionar la voluntad de las niñas y adolescentes que posteriormente, en una etapa más madura, deben pronunciarse sobre el destino de su vida sexual y reproductiva incluyendo la posibilidad de interrumpir o no un embarazo.

En ese sentido, el favorecimiento de un Estado laico que no favorezca el adoctrinamiento de ninguna religión en particular permitiría que el fenómeno de la religiosidad y la formación de valores en la sociedad peruana se desarrolle de manera más espontánea, menos dirigida y garantice mejor la libertad de elección de las mujeres, no solo en general sino también en el campo de su salud sexual y reproductiva.

Visión individualista y organicista de la sociedad

Asimismo, dentro de los factores culturales que afectan la formación de la voluntariedad podemos mencionar los códigos culturales que marcan a ciertas sociedades. Roberts³² señala, por ejemplo, que una perspectiva cultural del ideal de uno mismo como interdependiente, y opuesto a lo independiente, es asumida por mucha gente hispana y asiática, retando el concepto de autonomía como predominante y afectando la capacidad individual de proyectarse uno mismo en una construcción independiente occidental.

³² Roberts, op. cit., p. 706.

En el caso peruano, podría decirse que no se encuentra arraigada una visión del individuo como un ente absolutamente independiente del resto de miembros de la sociedad como lo es al estilo europeo. Los patrones culturales íntimamente ligados con la experiencia religiosa, hacen que la sociedad peruana sea aún una sociedad tradicional y conservadora donde tomar una decisión que se aparte de lo esperado o promovido por los valores sociales predominantes puede resultar en fuertes sanciones sociales y recriminaciones de tipo moral. Este hecho se hace particularmente ostensible en el caso de las mujeres embarazadas que desean abortar por motivos terapéuticos. En estos casos, el temor a verse expuestas a la censura social hace en muchas oportunidades que decidan continuar con su embarazo asumiendo las consecuencias perniciosas de tal decisión. En este tipo de casos, es probable que una mujer evite consentir la interrupción de su embarazo guiada primordialmente por el temor que representa la crítica moral no solo de la sociedad sino también de su entorno más cercano: su familia.

Estilos masculino y femenino al momento de tomar una decisión

Asimismo, cabe resaltar dentro de esta área de afectación de la voluntad, los estudios realizados sobre los estilos masculino y femenino para tomar decisiones. Como comentamos en acápite anteriores, existen investigaciones que señalan que las mujeres asumen una posición más solidaria, de colaboración y preservación de la relación de pareja al momento de tomar decisiones morales, mientras que los hombres le otorgan mayor importancia a la confianza en sí mismos. Estas diferencias se exageran en el caso de las sociedades patriarcales como el Perú, donde la mujer, sobre todo la mujer rural, desempeña un rol secundario en la relación de pareja. Debido a ello, si una mujer tuviera que otorgar o denegar su consentimiento sobre una práctica o tratamiento médico relacionado con su salud sexual y reproductiva, es altamente probable que esa elección sea primordialmente direccionada por el parecer y los intereses de su pareja.

Relaciones de poder en sociedades patriarcales

Finalmente, se debe prestar atención a la experiencia psicológica de muchas mujeres que se han criado en ambientes machistas donde la autoridad se encuentra encarnada en la figura masculina. Este hecho condiciona en gran medida su voluntad puesto que su decisión en el ámbito de su sexualidad y reproducción se puede ver influida por la recomendación que reciba de su médico, no necesariamente por la calidad de sus argumentos, sino por el mero hecho de constituir una figura fuerte de autoridad.

En el caso peruano, la experiencia de las esterilizaciones forzadas constituye un claro ejemplo de la imposición de la autoridad del personal médico. Al estar dirigidas dichas prácticas a mujeres de escasa educación, la figura de autoridad del personal médico jugó un rol predominante para imponerse sobre su voluntad. Ello, además del hecho de que recibieron información incompleta, falsa o direccionada.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

b) Presiones y Características del entorno exterior

Limitación de Recursos

Uno de los condicionamientos exteriores que restringen la voluntad de las mujeres es el de la limitación de recursos, es decir, la falta de abastecimiento de métodos de planificación familiar en los establecimientos de salud. Esta carencia puede deberse básicamente a dos causas: la económica o la política. En el caso peruano, el desabastecimiento de determinados métodos de planificación familiar ha respondido a una cuestión estrictamente política por lo menos a lo largo de estos gobiernos. Razón por la cual pasamos a comentar el siguiente factor.

La orientación de la política nacional sobre salud sexual y reproductiva

La política nacional que se adopte en materia de salud sexual y reproductiva puede definir los parámetros para la toma de decisiones de las mujeres en este campo. Paraphrasing Roberts³³, la orientación de la política de planificación familiar define qué elecciones existen de hecho para las mujeres en un lugar y tiempo específicos. Y esta condición puede también afectar la motivación de las mujeres para aceptar una intervención particular simplemente por la ausencia de otras alternativas viables.

En el caso peruano, el derecho de las mujeres a decidir el destino de su vida sexual y reproductiva se ha visto altamente condicionado por las políticas públicas que el Estado ha adoptado en este campo. Como revisamos en el subcapítulo anterior, la política nacional del Estado peruano pasó de un modelo antinatalista a uno ultraconservador durante el periodo de 1990 y 2003, estando pendientes una serie de reformas con un enfoque de derechos que lamentablemente no han sido asumidas por el gobierno del periodo 2006-2011. En ninguno de los dos modelos se respetó la libertad de elección de las mujeres. Mientras que en el modelo antinatalista se forzó a miles de mujeres a someterse a la esterilización sin contar con su consentimiento informado, con el modelo ultraconservador se limitó radicalmente el derecho de las mujeres a acceder a métodos de planificación familiar que les permitieran diseñar su vida sexual y reproductiva, afectando, por ende, la calidad de su consentimiento para aceptar o no un determinado método de planificación.

Actualmente, los temas que hacen más ostensible la restricción del abanico de posibilidades de las mujeres peruanas en este campo son la negativa del Estado para distribuir el anticonceptivo oral de emergencia y para implementar un protocolo nacional para la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos. Estas limitaciones, que responden a una política nacional, limitan drásticamente la libertad de elección de las mujeres y, por ende, la posibilidad de que puedan otorgar un consentimiento que se tilde de genuino. Pero además de ello, se afecta la vida y el destino de las mujeres peruanas.

³³ Roberts, op. cit., p. 709.

El origen del actual estado de cosas en la política pública sobre planificación familiar se encuentra en el rol que viene jugando la Iglesia Católica en la política nacional y que coloca nuevamente en el tintero la necesidad de debatir sobre el carácter laico del Estado peruano.

Modelo paternalista en la relación médico-paciente

Finalmente, otro factor que influye en la determinación de la voluntad de las mujeres es el modelo paternalista que se sigue en el Perú en la relación médico-paciente. En muchos casos, los médicos guiados por criterios morales y no médicos, recomiendan o dejan de recomendar determinados tratamientos médicos por encontrarse reñidos con su moral particular, pasando por alto, que las mujeres tienen derecho a acceder a toda la información posible y decidir en función a su propia moral.

CONCLUSIONES

El presente ensayo ha desarrollado los alcances del consentimiento informado en el campo de la salud sexual y reproductiva, analizando sus implicancias en el caso de las mujeres peruanas a la luz de las políticas públicas que el Estado ha llevado a cabo a lo largo de los últimos 20 años. Este trabajo concluye que el derecho de las mujeres a brindar un consentimiento informado se encuentra expuesto a varios factores que en mayor o menor medida afectan la posibilidad de otorgar un consentimiento genuino. En ese sentido, argumenta que el consentimiento informado en el caso de las mujeres peruanas se encuentra condicionado a que reciban información médica imparcial, libre de prejuicios morales o religiosos y que se den en el marco de una política pública que ponga a su disposición los avances de la ciencia y la medicina y no restrinja a priori la gama de posibilidades a las que las mujeres pueden acceder. Este ensayo argumenta, además, que en el caso peruano no es posible garantizar el derecho de las mujeres a otorgar un consentimiento libre e informado en materia de salud sexual y reproductiva, debido a que el abanico de opciones en este campo se encuentra restringido por el Estado peruano a priori, cuya política en los últimos 20 años ha pasado de un modelo antinatalista a un modelo ultraconservador y ninguno de los dos modelos ha respetado el derecho de las mujeres a decidir sobre sus vidas y cuerpos. Finalmente, se llama la atención sobre la necesidad de reflexionar sobre el carácter laico que debe asumir el Estado peruano en aras de no restringir la libertad de elección de sus ciudadanos y, por ende, garantizar el otorgamiento de un consentimiento auténticamente genuino.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

BIBLIOGRAFIA

Roberts, Laura W. "Informed Consent and the Capacity for Voluntarism". En: *The American Journal of Psychiatry*, Vol. 159, No. 5, 2002, pp. 705-712.

Alai. *Prohíben distribución de píldora del día siguiente en hospitales públicos*. 2009. URL: <http://alainet.org/active/34041>.

Caceres, C., Cueto, M. y Palomino, N. "Sexual and reproductive rights policies in Peru: Unveiling false paradoxes." En: Parker, R., Petchesky, R. y Sember, R. (Editores), *Sex Politics: Reports from the Front Lines*, Sexuality Policy Watch, 2007. URL: www.sxpolitics.org/frontlines/home/.

Chávez, S. y Coe, A. "Emergency Contraception in Peru: Shifting Government and Donor Policies and Influences". En: *Reproductive Health Matters*, Vol. 15, No. 29, 2007, pp. 139-148.

Cho, T. J. "The Double Moral: Compliance of International Legal Obligations of Reproductive Rights vs. Allegiance to the Catholic Church". En: *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, Vol. 5, No. 2, 1998, pp. 421-452.

Coe, A. "From Anti-Natalist to Ultra-Conservative: Restricting Reproductive Choice in Peru". En: *Reproductive Health Matters*, Vol. 12, No. 24, 2004, pp. 56-69.

Diez, J. "Régimen Constitucional de las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica". En: Universidad Nacional Mayor de San Marco (Editor institucional), *Anuario de ciencias de la religión: Las religiones en el Perú, Volumen 2007*, Lima: Fondo Editorial Consejo Nacional de Ciencia y tecnología, 2007, pp. 287-290.

El Comercio. *Cardenal Cipriani: Un Ministro de Salud que reparte píldoras abortivas debe irse a su casa*. Lima: El Comercio, 2010. URL: <http://elcomercio.pe/noticia/454354/cardenal-cipriani-ministro-salud-que-reparte-pildoras-abortivas-irse-su-casa>.

Faúndes, A., Távara, L., Brache, V. y otros. "Emergency Contraception under Attack in Latin America: Response of the Medical Establishment and Civil Society". En: *Reproductive Health Matters*, Vol. 15, No. 29, 2007, pp. 130-138.

García-Montufar, G. y Martínez, E. "Antecedents, Perspectives, and Projections of a Legal Project about Religious Liberty in Peru International Church-State Symposium". En: *Brigham Young University Law Review*, Vol. 1999, No. 2, 1999, pp. 503-531.

Promsex. *Ugarte: "La 'Píldora del día siguiente' no es abortiva y se entregará gratis"*. Lima: Promsex, 2010. URL: www.promsex.org/noticias/ugarte-la-pildora-del-dia-siguiente-no-es-abortiva-y-se-entregara-gratis

ANEXO 3

I. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA, DISCRIMINACIÓN Y MINORÍAS SEXUALES. REFLEXIONES EN TORNO A LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE GAIS, LESBIANAS Y TRANS

Agustín Martínez¹

Introducción

La objeción de conciencia es un fenómeno de vieja data. Fue muy utilizada por personas que se negaron a tomar armas y formar parte del ejército, generalmente por convicciones éticas (o religiosas). La objeción, en general, fue sustentada como principio suprallegal, o bien con fundamento constitucional en aspectos como la libertad de culto o de conciencia desde un punto de vista laico.

Para que exista una objeción de conciencia tiene que existir, por otro lado, un deber legal de realizar un acto. La objeción, viene a presentarse como “excusa” a la hora de justificar la no realización del mismo. En la primer parte de la presente exposición me concentraré en delimitar un concepto de objeción de conciencia que nos sirva como herramienta de análisis para tratar la eventual aplicación del instituto en materia de derechos reproductivos. Para ello tomaré como base un precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de la Nación Argentina y textos doctrinarios que existen sobre la temática.

En segundo lugar, se analizará la pretendida aplicación de la objeción de conciencia contra minorías sexuales (principalmente gais y lesbianas) a la hora de conformar una familia matrimonial, conforme hoy lo autoriza expresamente la legislación argentina.

Este análisis, permitirá abordar de *lege ferenda*, el acceso a derechos reproductivos por parte de gais, lesbianas y trans, a la hora que decidan, por ejemplo, tener hijas e hijos.

Primera parte: Objeción de conciencia. Concepto y caracteres

El alcance del presente trabajo, es analizar lo que denominaré objeción de conciencia “activa”. Con ello diferencio dos aspectos en los cuales se manifiesta la objeción de conciencia. Por un lado, la objeción de conciencia “activa”, es aquella por la cual una persona se abstiene de realizar un deber legal. El otro tipo de objeción de conciencia, la que denomino “pasiva”, es aquella por la cual una persona se abstiene de recibir una prestación de otra persona compelida de algún modo a realizarla, aun a costa de su vida. Lo común en ambos fenómenos es que la conducta asumida por el “objedor”, tiene por fundamento una profunda convicción personal.

¹ Abogado, director de Crisálida Jus.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

La denominada “objección de conciencia activa” es aquella en la cual existe un deber legal de una persona de actuar en beneficio de otra. Para el objetor, en estos casos la conducta exigida es repugnante hacia sus convicciones personales y, por lo tanto, se abstiene de realizarla. Esa inacción perjudica a quienes resultarían beneficiados por el deber legal. La “objección de conciencia pasiva”², la cual no es objeto de análisis en el presente trabajo, se presenta cuando una persona rechaza la prestación de otra, estando esta última especialmente obligada a realizarla. El principal perjudicado por este rechazo en el caso concreto, es el propio objetor. Nuestro interés es la objeción de conciencia que produce un daño en terceros.

Teniendo como sustento un aspecto interno del intelecto de la persona, como lo son sus creencias, resulta imposible para cualquier otra persona el hecho de juzgar la veracidad o falsedad de las mismas, con lo cual este hecho no será puesto en tela de juicio (está fuera del alcance de la autoridad de los magistrados, Constitución Nacional Argentina, art. 19). El hecho que las convicciones personales no puedan juzgarse como verdaderas o falsas, no constituyen en sí un obstáculo a la hora de analizar sus efectos jurídicos, por otras cuestiones objetivas, y asequibles al eventual conocimiento de una autoridad jurisdiccional.

Para poder construir un concepto útil de objeción de conciencia activa, creo conveniente recurrir a su aspecto práctico. Para que exista un acto de objeción de conciencia activa, en primer lugar, tiene que haber una persona con el deber de realizar un acto o serie de actos, en beneficio de otra. En segundo lugar el acto, para esta persona en concreto resulta repugnante para sus creencias, o convicciones “íntimas”, y por ello se abstiene de cumplir con ese deber. El objetor, además, pretende “impunidad” por no haber cumplido con el deber impuesto, y no resultar responsable por esa omisión.

Cómo ejemplo práctico de la objeción de conciencia activa, tomaré el precedente “Portillo”³ de la Corte Suprema de la Nación (Argentina), resuelto el 18 de abril de 1989. Gabriel Portillo fue un joven que salió sorteado para cumplir con el servicio militar obligatorio, según una ley argentina ya derogada. Según el fallo referido, el joven Portillo, al pretender justificar su negativa a cumplir con su deber, manifestó que: *“profesa junto con la totalidad de la familia la religión Católica Apostólica Romana... que el uso de armas en contra de otro ser humano causándole la muerte viola el quinto mandamiento del Evangelio que ordena textualmente ‘no matarás’... que (considera) se puede servir a la patria de muchas otras maneras no solo haciendo el servicio militar sino cumpliendo su servicio civil... que no tiene vocación militar y que entiende que puede cumplir su obligación patriótica de otras mejores formas, como ser servicio sanitario, sociales, espirituales y cualquier otro que no requiera el uso de armas...”*. Según el dictamen del Fiscal, Portillo alegó también que: ***“Se niega, entonces, a desarrollar una actividad que estima como denigrante de la condición humana, y que conculca su libertad individual y autonomía, pues, a su criterio, en un Estado de Derecho estas facultades no están limitadas en***

² CSJN. “Bahamondez, Marcelo”. 6 de abril de 1993. En el fallo, el actor se niega a recibir una transfusión de sangre por ser ello un acto que repugna sus creencias religiosas.

³ CSJN. “Portillo, Alfredo”. 18 de abril de 1989. En el fallo, el actor se niega a cumplir con el Servicio Militar Obligatorio y ofrece cumplir tareas civiles a cambio.

función del poder estatal. Por todo ello, pide que se reconozca y se consagre el derecho a que su comportamiento personal “se ajusten a las propias convicciones en cuanto no comporten lesión o trato indigno y desigual a sus semejantes”.

Para Portillo, como objetor, su negativa se funda en: 1) que profesa un culto religioso particular; 2) que ese culto tiene como mandamiento “no matarás” y que, por lo tanto, el hecho de armarse en contra de otro ser humano viola ese mandamiento; 3) *que puede server a la patria de muchas otras maneras, no cumpliendo servicio militar sino civil;* 4) *que considera que la actividad es denigrante de la condición humana y que se consagre el derecho a que su comportamiento personal “se ajuste a sus propias convicciones en cuanto no comporte lesión o trato indigno y desigual a sus semejantes”.* La pretensión de Portillo, además, es no ser sancionado por haberse negado a cumplir con el Servicio Militar Obligatorio, conforme lo habían dispuesto los Tribunales Inferiores.

Para el Procurador General de la Nación (cabeza del Ministerio Público Federal en Argentina), como también para el voto minoritario de la composición del Máximo Tribunal en aquel momento, **los argumentos brindados por Portillo, como Objeto de Conciencia no eran atendibles.** Tres de los juristas con mayor grado de responsabilidad institucional del País de ese entonces (el Procurador General de la Nación y dos Vocales de la Corte Suprema), afirmaban que la objeción de conciencia no era un argumento válido a la hora de sustraerse del deber de prestar el servicio militar obligatorio, y confirmaban la sanción impuesta en contra del objetor. Por otro lado, debido a que los otros tres Juristas con mayor responsabilidad (los restantes vocales de la Corte Suprema, que conformaron el voto mayoritario), opinaron que la objeción de conciencia era un argumento atendible para abstenerse de la práctica de tomar armas, la objeción de conciencia fue recibida en nuestro derecho interno. Sin embargo, confirmaron la sanción impuesta a Portillo, y lo condenaron a cumplir con su carga del Servicio Militar, pero autorizándolo a cumplir la misma sin el uso de armas.

En 1989, tomando como antecedente Portillo, la objeción de conciencia era entendida como la facultad que tenía una persona, de abstenerse de realizar un acto que repugnaba a sus íntimas convicciones, pero que lo obligaba a realizar otros actos como forma alternativa de cumplimiento, y que la misma en ningún caso lo liberaba de la responsabilidad por no haber cumplido con su deber legal.

Con el transcurrir de la democracia, debido al avance de libertades cívicas y pluralidad ideológica, aumentaron los casos (extrajudiciales), en los cuales la objeción de conciencia fue invocada para liberarse de distintas cargas públicas y otros deberes legales.

Legislativamente, la objeción de conciencia fue regulada por la provincia de San Luis en 2008⁴, garantizando que la misma presentara los siguientes caracteres:

⁴ Provincia de San Luis, Ley Nº I-0650-2008.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

- a) Es un derecho universal, beneficia a todo habitante. **Sin embargo, este derecho no puede afectar a terceros.**
- b) El objetor de conciencia puede abstenerse de realizar la conducta exigida (activa o pasiva). Sin embargo, generalmente, **tiene el deber de realizar una contraprestación substitutiva.** (art. 2)
- c) En ningún caso la objeción de conciencia puede dañar a un tercero (art. 3).

Segunda parte: La ley de matrimonio igualitario: La discriminación disfrazada de objeción.

En 1869, cuando se sanciona el Código Civil a libro cerrado, la única forma de casarse era a través de la Iglesia. Felipe Pigna relata que: *“el Código de Dalmacio Vélez Sársfield notaba explícitamente que para los católicos no era admisible el matrimonio civil; reconocía efectos civiles a los matrimonios oficiados por cualquier religión (en teoría), pero dejaba fuera a los no creyentes. En la práctica, es de presumir que dejaba fuera a todo aquel que no perteneciera a una religión mayoritaria y reconocida. El Código modificado eliminó este efecto civil del matrimonio religioso, tomando como legalmente válida solo la ceremonia civil”*⁵.

Desde ese entonces, las ceremonias religiosas, cualquiera fuera el credo de las personas que las realicen, hacen a la unión espiritual, siendo el matrimonio civil, la única institución jurídica válida, en la cual se encuentran previstos derechos y beneficios que ningún otro rito otorga.

En Argentina, en el año 2010, se aprueba la ley de Matrimonio Igualitario. Siguiendo con la tesis del matrimonio laico, la ley modifica algunos artículos del Código Civil eliminando toda barrera semántica que pudiera considerarse como impeditiva para que gays y lesbianas se casen en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales. La actual redacción del Código Civil, establece que: *“Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles...”*⁶

Es así, que ni bien se aprobó la mentada ley, *“al menos cinco jueces de paz del Registro Civil de la provincia de Córdoba recurrieron a la “objeción de conciencia” para justificar su negativa de casar parejas del mismo sexo, después de la aprobación de la Ley 26.618 de matrimonio igualitario”*⁷.

⁵ Pigna, Felipe. URL: http://www.elhistoriador.com.ar/documentos/republica_liberal/ley_2393_de_matrimonio_civil.php.

⁶ República Argentina. Código Civil. Art. 172.

⁷ Tiempo Argentino. “Oposición a la nueva ley de jueces de paz de la provincia de Córdoba. Por problemas de “conciencia”, se oponen al matrimonio igualitario”. En: *Tiempo Argentino*. Sección *Sociedad*. Edición del 18 de setiembre de 2010. URL: <http://tiempo.elargentino.com/notas/problemas-de-conciencia-se-oponen-al-matrimonio-igualitario>.

Resulta pertinente entonces analizar si en estos casos en particular, es decir, ante la negativa de un oficial público con un deber legal específico, como es el “autorizar el matrimonio civil”, único que tiene efectos legales en Argentina, estamos ante una negativa encuadrable como objeción de conciencia, o bien es un claro acto de discriminación.

Como marco teórico a la hora de analizar esta cuestión, en primer lugar, vamos a tratar la discriminación cómo una violación sistemática de derechos humanos, bajo la óptica de Norbert Lechner: ***“Hablo de sistematicidad suponiendo que 1) las violaciones no se deben a la perversidad de los gobernantes (que la puede haber) o a la maldad intrínseca del hombre y que 2) no se trata de violaciones de derechos individuales”***⁸.

Los hechos de homo-lesbo-transfobia entran perfectamente dentro del concepto de violación sistemática de derechos humanos, puesto que el agente que comete el acto, en ciertas ocasiones no es consciente de que su actuación está afectando los derechos de otras personas (aunque muchas veces, también pueden actuar con perversidad), y que su lesión a más de causar un perjuicio concreto a una persona en concreta, afecta a la humanidad toda.

La cuestión que pretendo analizar es si los oficiales públicos que legalmente se encuentran obligados a realizar una prestación a favor de la comunidad en general, al negarse a celebrar un matrimonio entre “personas del mismo sexo” actúan dentro de las previsiones de la objeción de conciencia, o bien, lisa y llanamente por un acto de discriminación, afectando un derecho humano básico, como lo es conformar una familia.

Algunos de los argumentos brindados por los agentes públicos cuando se niegan a realizar el acto son: 1. “Porque implica desnaturalizar el concepto de matrimonio”, 2. “Porque le quita credibilidad y solidez al matrimonio”, 3. “Porque peligran la civilización”, 4. “Porque no hay demanda”, 5. “Porque al homosexual no le interesa el matrimonio”, y 6. “Pero a los activistas gays les interesa que el matrimonio heterosexual desaparezca”⁹.

Al respecto cabe decir que el matrimonio, como toda institución jurídica y política, es una construcción cultural. No entra en el mismo la naturaleza bajo ningún concepto. Esto significa que no es igual, ni en todo el mundo, ni para todas las personas. Va variando de sociedad en sociedad. En Argentina, concretamente, el matrimonio es desde hace más de un siglo una institución laica. Las ceremonias religiosas, de cualquier iglesia, en principio son jurídicamente irrelevantes. La marcada diferencia entre el matrimonio civil y el católico apostólico romano, por ejemplo, es que el primero admite divorcio vincular, con lo cual las personas no tienen límites a la hora de contraer nuevas nupcias. Los funcionarios civiles no se niegan a casar a mujeres y varones que se encuentran divorciados, su negativa está orientada

⁸ Lechner, Norbert. “Los derechos humanos como categoría política”, conferencia pronunciada en el foro “Los Derechos Humanos y las Ciencias Sociales en América Latina”, en ocasión de la XII Asamblea General del CLACSO, Buenos Aires, noviembre de 1983.

⁹ Varela, Leopoldo. *18 argumentos contra la ley del “matrimonio” homosexual*. Tal como anuncia su título, en este texto se presentan 18 motivos que pretenden justificar la objeción de conciencia por parte de miembros de la iglesia católica. Aquí se han citado solo 6 a modo ejemplificativo. URL: <http://iglesiaadonairosario.jimdo.com/18-argumentos-contra-la-ley-homosexual/>.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

exclusivamente a gays y lesbianas (todo esto ignorando las cuestiones de identidad de género, para no complejizar aún más la cuestión). Su negativa se dirige claramente contra un sector social determinado y no tiene un verdadero fundamento confesional, con lo cual en este caso podríamos inclinarnos más a una situación ilícita de discriminación que a una verdadera objeción de conciencia.

Al igual que con el divorcio vincular, con la aprobación del matrimonio igualitario, la institución ha cobrado mayor fuerza. No se trata de un privilegio de mayorías –considerando que estadísticamente las comunidades de gays y lesbianas son una minoría en cualquier sociedad, tanto en el aspecto numérico esto es cuantitativo, como así también en el jurídico y político, esto es en el efectivo y equitativo disfrute de los derechos en general– sino de una situación jurídica a la que puede aspirar en principio cualquier pareja de personas.

Comprobando que las autoridades públicas que se niegan a casar a gays y lesbianas no se comportan de igual manera al casar a dos personas de “distinto sexo” divorciadas, se pone en evidencia que su actuar es claramente discriminatorio, sin sustento fáctico en su fe, sino por prejuicio causado por la homo-lesbo-transfobia.

Esta situación permite demostrar que su actuar es ilegítimo y no puede justificarse con una pretendida objeción de conciencia. Su negativa está dirigida particularmente en contra de un grupo determinado y concreto.

Por más convicción interna, y por más que se publiciten “argumentos objetivos” por los cuales el funcionario crea legítimo su derecho a “objetar de conciencia” la celebración del matrimonio civil, el hecho es que esa negativa es un acto de discriminación hacia un grupo humano determinado, con lo cual, esa objeción es ilegítima y su negativa arbitraria y sin protección.

Tercera parte: derechos reproductivos y la eventual objeción de conciencia

Para completar esta exposición es necesario establecer el concepto de derechos reproductivos que utilizaré para esta exposición.

En primer lugar, los derechos reproductivos son derechos humanos, y como tales deben ser entendidos como los que todas las personas poseen y deben disfrutar por el solo hecho de ser humanas. Se fundamentan en la dignidad inherente al ser humano. Siendo un derecho humano, por lo tanto, los mismos no pueden ser negados a ninguna persona.

Siguiendo a Vargas Escobar¹⁰, entiendo que Los derechos sexuales y reproductivos se pueden resumir

¹⁰ Vargas Escobar, Milú. *Derechos humanos: Derechos sexuales y reproductivos*. En: Mujeres en Red. El periódico feminista. URL: http://www.mujiresenred.net/IMG/pdf/Milu_Vargas.pdf.

en una frase: Toda persona tiene derecho a decidir con quién, cuándo y cómo tiene, o no hijos y relaciones sexuales. Son los derechos que garantizan la libre decisión sobre la manera de vivir el propio cuerpo en las esferas sexual y reproductiva.

Estando consagrado jurídicamente el derecho a conformar una familia matrimonial, en Argentina, y existiendo normas internacionales que garantizan que las personas pueden tener hijas e hijos, nos centraremos ahora en el análisis de la situación de personas gais y lesbianas que decidan ejercer sus derechos reproductivos: El hecho de tener hijas e hijos, como tenerlos, cuándo y cómo integrarlx a familia.

Las regulaciones legales en materia reproductiva se concentran, por lo general, en parejas estables y heterosexuales (casadas o no)¹¹. Tomando como ejemplo la regulación de Buenos Aires, en la misma se prevé la incorporación como prestación médica obligatoria, a algunos agentes sanitarios, la inseminación artificial, con lo cual la misma no tiene costos económicos, para las parejas. Para acceder a esta prestación las parejas deben demostrar:

La infertilidad, mirada esta situación como una enfermedad, y se contemplan tratamientos para parejas (heterosexuales) en las que la mujer tenga entre 30 y 40 años. Esta ley considera como “pareja estéril” a aquella que tiene un año de relaciones habituales sin protección y que no haya logrado un embarazo.

Dejando de lado el hecho que se considera la infertilidad como una enfermedad, resulta preocupante esta normativa que ignora que existen:

- Personas solteras que desean tener hijas o hijos biológicos.
- Parejas de gais y lesbianas que desean tener hijas e hijos biológicos.
- Parejas en las cuales uno o ambos miembros viven con VIH, con los riesgos de transmisión del virus que una relación conlleva.

Sin embargo, por ser una ley provincial, con un alcance territorial reducido, el trabajo no hará un análisis de esta normativa (salvo como antecedente).

Habiendo establecido un concepto de objeción de conciencia, siguiendo los criterios fijados en el análisis que torna inaplicable el concepto de objeción de conciencia en contra de gais y lesbianas que han tomado la decisión de casarse, y conceptualizados los derechos reproductivos como el derecho que tiene toda persona de no tener o tener hijas e hijos, de cuándo y cómo tenerlos, corresponde analizar si es aplicable o no la “objeción de conciencia”, a la hora de denegarles los derechos reproductivos a personas por el hecho de su orientación sexual.

Como primer aspecto a destacar es que la orientación sexual de una persona no influye en sus facultades biológicas para procrear. Si una pareja de gais o lesbianas no puede procrear, no es causada por la

¹¹ Un ejemplo es la Ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires.



II CONGRESO LATINOAMERICANO
JURÍDICO SOBRE DERECHOS
REPRODUCTIVOS
28, 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2011
SAN JOSÉ - COSTA RICA

“esterilidad” de uno u otro miembro, sino porque existe una imposibilidad biológica que el hecho ocurra.

Sin embargo, y en contra de lo que “dice el sentido común”, la maternidad y paternidad no es una cuestión biológica, sino social y cultural. Que existan aspectos genéticos y biológicos en la generalidad de los casos, no resulta obstáculo a la hora de comprender que además de los aspectos biológicos están también los lazos familiares culturales, primando generalmente estos últimos.

El presente trabajo tiene por objetivo realizar el abordaje de una cuestión en concreto. Si es posible denegar el acceso a la paternidad o maternidad según el caso, a parejas de gais y lesbianas, o a personas con identidades y expresiones de género trans, justificando esta negativa en la objeción de conciencia. Para tratar el tema, tomaremos como hipótesis que la ley prevé expresamente el derecho de estas personas a tener descendencia.

El ejemplo más sencillo de imaginar para esta ley es que haya guardado silencio respecto a la objeción de conciencia, estando regulado el instituto de manera general, ya sea por principios constitucionales, o bien por leyes generales, como la ya citada.

En este caso es posible aplicar directamente el análisis realizado en materia de matrimonio igualitario, para los objetores. Su objeción no es jurídicamente válida, su negativa es un hecho de discriminación. El hecho de realizar las prácticas de procreación asistida en parejas heterosexuales demuestra que para estos profesionales, no está en juego la voluntad divina, la ley natural o la naturaleza de las cosas. Si fuera así, la procreación asistida no se practicaría en ningún caso. La fecundación asistida se realiza, en general, en los casos en que la naturaleza impide una “procreación natural”. Practicarlas en algunas personas y dejar de hacerlo en otras, es claramente un acto de discriminación.

Ahora bien, siguiendo en el terreno de la hipótesis, es posible, que a través de la ley aprobada se prevea expresamente la objeción de conciencia en el caso particular.

Ante esta situación hipotética, la respuesta es la misma. Los tratados de derechos humanos, por los cuales el derecho a conformar una familia es un derecho humano, tienen jerarquía superior a las leyes, y los Estados firmantes de los mismos no pueden alegar disposiciones de derecho interno para dejar de cumplirlos. El objetor se estaría amparando ante, valga el juego de palabras, una ley ilegal. Lo que esta situación generaría en casos concretos sería, en primer lugar, una judicialización excesiva del acceso a los derechos reproductivos, con los costos que ello impone. En segundo lugar, la frustración de derechos reproductivos de personas concretas, quienes ante la demora inevitable de los tribunales en resolver las cuestiones planteadas, podrían tomar ilusorios los derechos reproductivos de estas. En tercer lugar, la eventual responsabilidad internacional del Estado en estos casos, lo cual es un dato menor a la hora de contrastarlo con el daño causado la denegación a determinadas personas a conformar una familia.

CONCLUSIONES

1. La objeción de conciencia es una excusa que permite al objetor realizar una prestación alternativa a la que se encuentra obligado a realizar en beneficio de una persona. La objeción en sí misma no es suficiente como justificación de una abstención.
2. La objeción de conciencia no es aplicable en todos los casos. Debe analizarse concretamente si estamos ante una situación de discriminación (violación sistemática de derechos). En este caso, la objeción, por más que exista íntima convicción, no es justificativo de la abstención.
3. En materia de matrimonio civil, la objeción de conciencia resulta una clara conducta discriminatoria hacia gais y lesbianas (dejando de lado la situación de personas con identidades de género trans). El matrimonio en Argentina es una institución civil, diferenciado claramente de cualquier institución religiosa.
4. Tomando como premisa que los derechos reproductivos son derechos humanos, no puede justificarse la negativa a la prestación a ninguna persona por motivo de su orientación sexual o identidad de género.
5. Toda persona, independientemente de su estado civil o su orientación sexual, tiene derechos reproductivos, y por lo tanto, tiene derecho a recibir la misma prestación que una pareja heterosexual, en igualdad de condiciones.

PROMSEX

Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos



GLOBAL

Con el apoyo de:



FORD FOUNDATION

*Working with Visionaries on the
Frontlines of Social Change Worldwide*

