



Departamento de Derecho
Internacional Público

Facultad de Derecho
Universidad de Chile

DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES Y LA PENALIZACIÓN ABSOLUTA DEL ABORTO EN CHILE

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

José Francisco Lechuga Guerrero

Claudia Sarmiento Ramírez

Profesora Guía: Cecilia Medina Quiroga

Santiago, Chile

2007

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS	2
INTRODUCCIÓN	4
PRIMERA PARTE: SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES	8
CAPÍTULO I: EL SISTEMA INTERAMERICANO	8
1. NOCIONES GENERALES SOBRE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	8
2. LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA Y LA CONVENCION	11
3. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN LA CONVENCION: RESPETAR Y GARANTIZAR	16
4. INTERPRETACION DE LOS DERECHOS DE LA CONVENCION	18
5. RESTRICCION DE LOS DERECHOS DE LA CONVENCION	22
CAPÍTULO II: PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	25
1. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: CONCEPTO, UTILIDAD Y DIFICULTADES EN SU INCORPORACION EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	25
2. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LA INTERPRETACION DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS ¿UN CAMBIO DE PARADIGMA?	32
CAPÍTULO III: LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS Y EL SISTEMA INTERAMERICANO	37
1. EVOLUCION HISTORICA	37
2. ESBOZANDO UN CONCEPTO DE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS	47
3. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER	52
(i) Introducción	52
(ii) Análisis de casos	56
(a) casos que abordan directamente aspectos de los derechos sexuales y reproductivos	57
<i>X e Y vs. Argentina</i>	57
<i>Mamérita Metanza</i>	61
<i>Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú</i>	64
(b) casos cuyas consecuencias lógicas y jurídicas son determinantes para el avance o definición de los derechos sexuales y reproductivos	71
<i>Caso Baby Boy</i>	71
4. CONCLUSIONES	73

**SEGUNDA PARTE: LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE CHILE
POR LA PENALIZACIÓN SIN EXCEPCIONES DEL ABORTO** 76

CAPÍTULO IV: LA PENALIZACIÓN SIN EXCEPCIONES DEL ABORTO EN CHILE	76
1. TRATAMIENTO LEGAL	76
2. CONCEPTO DE ABORTO	81
3. FIGURAS DE ABORTO	83
4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	87
5. CONCLUSIONES	90
CAPÍTULO V: EL DERECHO A LA VIDA	97
1. EL DERECHO A LA VIDA: SU CONTENIDO Y EXTENSIÓN SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	97
2. TITULAR DEL DERECHO A LA VIDA: LA MUJER EMBARAZADA COMO UN SUJETO EN UN ESTADO VULNERABLE	104
3. LA PENALIZACIÓN SIN EXCEPCIONES DEL ABORTO: ¿UNA RESTRICCIÓN LEGÍTIMA AL DERECHO A LA VIDA DE LA MUJER EMBARAZADA?	109
A. La restricción debe estar establecida por ley	110
B. La restricción debe realizarse conforme a un objetivo permitido por la Convención	110
i. El feto tiene un derecho subjetivo a la vida autónomo e independiente del derecho a la vida de la mujer desde el momento de la concepción	111
ii. El interés del Estado de resguardar el valor intrínseco de la vida de la criatura humana	119
4. CONCLUSIÓN: RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO DE CHILE	123
CAPÍTULO VI: DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL	126
1. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL: SU CONTENIDO Y EXTENSIÓN SEGÚN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	126
2. LA INTEGRIDAD PERSONAL DE LAS MUJERES: LA PENALIZACIÓN DEL ABORTO EN LOS SUPUESTOS DE EMBARAZOS RESULTADOS DE VIOLACIÓN Y FETOS ANENCÉFALOS	138
A. La prohibición del aborto en el caso de un embarazo provocado por una violación sexual	140
B. La prohibición del aborto en caso de fetos anencéfalos o inviables	143
3. CONCLUSIÓN: RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO DE CHILE	147
CONCLUSIONES	150
 BIBLIOGRAFÍA	 153

INTRODUCCIÓN

La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se enmarca en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, momento histórico en el cual la comunidad internacional se percata de la situación de indefensión en la que se encuentran las personas frente a los ataques provenientes de sus propios Estados. Surge en este ámbito la necesidad de crear mecanismos de protección nacionales y supranacionales que protejan la dignidad humana. Esto se plasmó en la adopción de tratados internacionales que consagran derechos humanos exigibles por todas las personas a los Estados parte, así como organismos avocados al control y promoción de las obligaciones convencionales.

En la actualidad importantes sectores de la población se ven imposibilitados de gozar plenamente de sus derechos humanos por ser víctimas discriminación. Las distinciones arbitrarias en el trato entre unos y otros sujetos tienen por objeto o resultado que éstos no puedan acceder a bienes de primera necesidad, beneficios del progreso y la cultura y a posiciones de poder o cargos públicos en el Estado. Patrones culturales férreamente arraigados en las sociedades crean y amparan las diferencias que permiten que un sector de la población domine a otros, enajenando a estos últimos de la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida pleno. En este contexto podemos situar las violaciones de derechos humanos padecidas por niñas y niños, minorías étnicas, minorías sexuales y mujeres, entre otras.

Desde distintos y diversos sectores sociales y ámbitos culturales como la política, la familia, el trabajo y el lenguaje, entre otros, existe una subordinación de las mujeres a los hombres y a la sociedad, un control que busca delimitar su rol a la esfera de lo privado donde los varones ejercen su potestad como jefes de familia. El derecho cumple con un papel fundamental en el mantenimiento de este control al ser reflejo y continente de la realidad social. Podemos encontrar, desgraciadamente, muchos ejemplos de cómo el derecho institucionaliza un trato discriminatorio contra las mujeres. *Verbigracia*, en Chile el Código Civil en el artículo 128 regula las segundas nupcias entre mujeres y

hombres luego del término de un matrimonio previo. Esta norma prescribe que el hombre puede contraer nuevamente este vínculo sin estar sujeto a ningún tipo de restricción temporal o física, mientras la mujer debe esperar hasta el parto en caso de estar embarazada o, *no habiendo señales de preñez*, deben transcurrir doscientos setenta días subsiguientes a la disolución del matrimonio. ¿Cuál es la razón que subyace a esta distinción en el trato? ¿Es ésta una distinción en el trato objetiva y razonable? ¿Cuál es el rol de mujer que existe detrás de esta norma? ¿Es este tipo de injerencia en la vida privada de las mujeres una conducta adecuada para un Estado?

La injerencia excesiva del Estado se torna aun más cuestionable cuando controla la capacidad y autodeterminación de las mujeres sobre sus propios cuerpos. El control sobre la sexualidad y capacidad reproductiva alcanza su punto más radical en la penalización del aborto. Esta normativa constituye una forma en que el Estado fuerza la maternidad sobre las mujeres, les impide autodeterminarse en una esfera tan privada como lo es su propio cuerpo y vida y expone a las mujeres al peligro, inminente y en ciertos casos efectivo, que representa la realización de un aborto clandestino practicado sin el amparo de los servicios públicos de salud y sin condiciones sanitarias idóneas para este tipo de intervención.

¿Cuál es el aporte que puede existir a la superación de la discriminación de las mujeres desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos? La trascendencia de esta disciplina en la superación de este problema es manifiesta y podemos encontrar avances en la materia. Desde ya, destaca la creación de tratados internacionales que abordan específicamente los derechos de las mujeres donde encontramos, a nivel universal, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, y a nivel regional la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará). Ambas dan testimonio de la toma de conciencia de los Estados respecto de la precaria realidad que afecta a miles de mujeres en nuestro continente y en el mundo. Así mismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión o la CIDH) también ha realizado acciones con el objeto de promover un cambio en la conductas de los Estados.

Ejemplo de lo anterior lo constituye el “Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas”, publicado el 13 de octubre de 1998, donde trata, entre otras materias, el principio de no discriminación, el derecho a la igualdad, a la vida, la integridad personal y el derecho a la salud en relación con la salud reproductiva.

Además de los avances específicos en materia de derechos humanos de las mujeres, podemos encontrar en los tratados internacionales generales, es decir, aquellos que no regulan específicamente los derechos de un determinado sector de la población, herramientas que nos permiten superar la discriminación que afecta a las mujeres. Los tratados internacionales de Derechos Humanos en su gran mayoría incluyen el principio de no discriminación en su articulado que, entre otros fines, tiene por objeto resguardar aquellos sectores más vulnerables para que éstos puedan exigir el igual respeto y goce de sus derechos. A lo anterior se suman los principios de la interpretación dinámica y pro persona, según los cuales la exégesis de los derechos debe realizarse teniendo en cuenta el adecuado respeto y garantía de los derechos humanos de todos los individuos, en el contexto y situación particular en que estos se encuentran, teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado: la protección de las personas. Una lectura de los instrumentos de derechos humanos desde la perspectiva de género que reconozca y utilice las herramientas propias de esta área del derecho, nos permitiría avanzar en la temática de los derechos sexuales y reproductivos, particularmente del aborto, así como de otras materias críticas como son la legislación y trato en el trabajo, en el acceso a los cargos públicos y de elección popular, en el ámbito de la familia, etc.

Nuestro objetivo es avanzar hacia una nueva lectura de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales vigentes en Chile, así como en otros países del continente, en orden a que contenga la perspectiva y necesidades de las mujeres. Hemos escogido la prohibición del aborto y la infracción de las obligaciones convencionales de los Estados respecto de ciertos derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención) en relación con el tópico en comento, por ser un tema pendiente no sólo en Chile, sino también en el continente. Asumimos, por cierto,

que desgraciadamente esta es solo una más de las muchas carencias que afectan a las mujeres de América Latina, pero limitamos nuestro objeto de estudio en atención a lo crítica que resulta la materia. La regulación que existe sobre el aborto es un reflejo fiel del contexto cultural en el que se desenvuelven las mujeres latinoamericanas a quienes se les niega en forma sistemática la capacidad de determinar en forma autónoma cómo desean vivir sus vidas y, particularmente, decidir en forma libre, informada y segura sobre un ámbito tan privado y relevante como lo es la maternidad y sexualidad. El control que se ejerce por parte de los Estados sobre las mujeres al penalizar el aborto se traduce en nuestra opinión en una conducta lesiva y de injerencia excesiva sobre los cuerpos de las mujeres, cuya consecuencia legal directa es la violación de los derechos a la vida y la integridad personal consagrados respectivamente en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para conseguir nuestro objetivo, hemos dividido nuestro trabajo en dos partes. La primera describe el marco teórico y normativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la perspectiva de género. Luego, integramos ambos conceptos presentando la evolución histórica y la consagración positiva y jurisprudencial de los derechos sexuales y reproductivos. Contando con estas referencias, en la segunda parte de nuestro estudio describimos críticamente como el Estado de Chile ha regulado por medio del derecho penal el acceso al aborto, para luego contrastar dialécticamente esta normativa con las obligaciones del Estado en relación al derecho a la vida y a la integridad personal. Finalmente, el último capítulo analiza y reflexiona sobre la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales.

**PRIMERA PARTE: SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS
HUMANOS DE LAS MUJERES**

CAPÍTULO I: EL SISTEMA INTERAMERICANO

1. Nociones generales sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Referirse a los derechos humanos es referirse a un concepto de uso diario en la sociedad actual, pues se aborda desde ópticas tanto sociales, éticas, políticas y jurídicas. Desde el punto de vista jurídico, los derechos humanos pueden ser definidos como “aquellas áreas de inmunidad, aquellas facultades de acción y aquellas exigencias de prestación reconocidas al individuo –o con pretensión de ser reconocidas por el derecho positivo– con carácter de universal y frente a todos, en especial frente al poder”¹ o “como las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte”².

Quizás, la principal característica de estos derechos es ser inherente a todas las personas. Lo anterior implica que “todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos

¹ PRIETO SANCHIS, Luis. “Notas sobre el origen y evolución de los derechos humanos”. En: LÓPEZ GRACÍA, José Antonio y DEL REAL, J. Alberto, (eds.) *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. Madrid, Universidad de Jaén, 2000. pp. 37-50.

² FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspecto Institucionales y Procesales*. San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Segunda Edición, 2000. p. 28.

fundamentales que la sociedad no puede arrebatarse lícitamente. Estos derechos no dependen de su reconocimiento por el Estado ni son concesiones suyas; tampoco dependen de la nacionalidad de la persona ni de la cultura a la cual pertenezca”³. Como consecuencia de esta inherencia son universales, transnacionales, irreversibles, progresivos y jurídicamente exigibles.

Los diferentes tratados de derechos humanos establecen catálogos de derechos, obligaciones para los Estados y órganos abocados a la protección y control de éstos. Los tratados son la principal fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero no la única, ya que “[e]l derecho internacional está contenido mayoritariamente en tratados. Sin perjuicio de ello la costumbre y los principios generales del derecho cumplen aun un papel en este campo. Naturalmente, la obligatoriedad internacional de todas estas fuentes es evidente”⁴. En cuanto fuente, los tratados en esta materia establecen un mínimo a través de un catálogo de derechos, permitiendo a toda ciudadana o ciudadano conocer las obligaciones del Estado para con su persona y exigir a éste tales obligaciones. Este mínimo umbral no debe ser considerado como un marco restrictivo, pues “[...] nada autoriza a que el Estado restrinja y nada obsta, o más bien todo alienta al Estado para que agregue otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, para que amplíen el alcance y contenido de un derecho del catálogo o para que mejore las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos existentes”⁵.

Existe un sujeto obligado por los derechos contenidos en los tratados, el Estado, y un sujeto capaz de exigir su cumplimiento, toda persona humana. Los órganos de control que se establecen para monitorear el cumplimiento de los tratados, en orden a desempeñar sus funciones, deben contar con mecanismos que permitan, por una parte,

³ NIKKEN, Pedro. *El concepto de derechos humanos*. [en línea]. [consultada 8 de noviembre de 2006]. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/Curso2006/Documentos/Concepto%20DDHH%20-%20PNikken.pdf>

⁴ MEDINA QUIROGA, Cecilia. “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En: MEDINA QUIROGA, Cecilia y MERA FIGUEROA, Jorge, (eds.). *Sistemas Jurídicos y Derechos Humanos*. Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 1996. p. 30.

⁵ *Ibíd.* p 32.

examinar el cumplimiento de las obligaciones convencionales, y por otra, decretar las medidas necesarias y suficientes para proteger los derechos y a la postre, permitir su pleno goce.

En América el instrumento que primogénitamente da un esbozo de la voluntad de proteger los derechos humanos en el continente fue la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre⁶, la cual “establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos considera[ron] adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias”⁷. Si bien, jurídicamente y en términos estrictos es una declaración y no un tratado, “[t]anto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han dictaminado que a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado, en la actualidad la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA”⁸.

El tratado regional más importante en materia de derechos humanos es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica⁹. “La entrada en vigencia de la Convención [...] constituyó un paso fundamental en el fortalecimiento del sistema de protección y permitió incrementar la efectividad de la Comisión, establecer una Corte y modificar la naturaleza jurídica de los instrumentos en los que se

⁶ Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia. 1948 [en línea]. [fecha consulta: 15 noviembre de 2006] Disponible en: www.cidh.org/Basicos/Basicos1.

⁷ Declaración Americana, considerando cuarto.

⁸ SECRETARÍA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Washington, DC. OEA, 2004. p 6.

⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita por la Conferencia especializada Interamericana sobre derechos humanos, San José de Costa Rica. 22 de noviembre de 1969. [en línea]. [consultada 2 de noviembre de 2006], disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

basa la estructura institucional”¹⁰. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante la Convención o la CADH, establece un catálogo de derechos protegidos, obligaciones para los Estados partes y órganos de control de las obligaciones que de ella emanan.

Las principales obligaciones que la Convención establece a los Estados parte son las de respetar y garantizar los derechos consagrados en ella, además de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno. En el capítulo II consagra los *derechos civiles y políticos* y en su capítulo III hace referencia a los *derechos económicos, sociales y culturales*. Por último la Convención establece órganos de protección y control de las obligaciones estatales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Los órganos de protección del sistema y la Convención

En el ámbito americano, el primer órgano de protección de los derechos fundamentales es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Creada en 1959 por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, el mismo año se instala y se establece su primer estatuto por el Consejo de la Organización de Estados Americanos (OEA). En relación al objetivo perseguido en su establecimiento, “la Comisión fue concebida como una entidad autónoma de la Organización de Estados Americanos - de carácter no convencional -, cuyo mandato se limitaba estrictamente a promover entre los Estados partes el respeto a los derechos humanos, entendiendo por tales los consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, pero careciendo de competencias explícitas para asegurar su protección”¹¹. El actual estatuto de la Comisión establece que “[l]a Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano de la

¹⁰ SECRETARÍA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Op. Cit.*, nota 8, p. 9.

¹¹ FAUNDEZ LESDESMA, Héctor. *Op. Cit.*, nota 2, p. 51.

Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”¹².

Actualmente, la Comisión es un órgano convencional consagrado por la propia CADH en su capítulo VII y al mismo tiempo un órgano de la OEA¹³. La importancia de esto es que la competencia de la Comisión se extiende sobre los Estados miembros de la OEA que son parte de la Convención y respecto de aquellos que no lo son. En el caso de los primeros podrá analizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados respecto de la Convención y en el caso de los segundos, hará lo mismo respecto de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre¹⁴.

Las funciones y atribuciones de la Comisión se establecen en el artículo 41¹⁵ de la CADH, que principalmente se refiere a la promoción y defensa los derechos humanos.

¹² Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículo 1. En: www.cidh.org/Basicos/Basicos9.htm,

¹³ El artículo 106 de la Carta de la OEA establece que “Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”.

¹⁴ Al ser Chile un Estado parte de la Convención Americana, analizaremos las funciones y competencias que la Convención establece para estos efectos a la Comisión.

¹⁵ CADH, artículo 41 “La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
 - b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
 - c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
 - d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
 - e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
 - f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
 - g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos”.
- <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

Las atribuciones de la Comisión se complementan por su reglamento¹⁶, en los artículos 18 y siguientes. Si bien las atribuciones de la Comisión son diversas, vale destacar la función de examinar comunicaciones individuales respecto a violaciones de derechos humanos consagrados en la CADH (respecto de los Estados parte de ella) o las violaciones a la Declaración Americana (respecto de los Estados de la OEA que no forman parte de la CADH). En virtud de esta atribución la Comisión, que ejerce sus facultades conforme al procedimiento establecido en la Convención y complementado por su propio reglamento¹⁷, puede conocer de la conducta de un Estado; llegar a establecer si éste ha violado el derecho consagrado en la Convención o la Declaración; entregar una decisión recomendando al Estado infractor las medidas para reparar el derecho o los derechos afectados y, eventualmente, enviar el caso a la Corte Interamericana.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano. Sus decisiones jurídicamente son sentencias, obligatorias para los Estados parte de la CADH y constituyen el elemento fundamental de interpretación y aplicación de los derechos humanos en la región.

La Corte está consagrada en el capítulo VIII de la Convención. Según el artículo 1° de su estatuto “[l]a Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto”¹⁸.

¹⁶ Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión en su 109° período extraordinario de sesiones, celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000, y modificado en su 116° período ordinario de sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 2002, en su 118° período ordinario de sesiones, celebrado del 6 al 24 de octubre de 2003 y en su 126° período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 27 de octubre de 2006.[en línea] [consultado 10 de diciembre de 2006] Disponible en <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos10.htm>

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979. <http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm?&CFID=18690&CFTOKEN=64182996>

La Corte posee competencia (1) contenciosa o jurisdiccional y (2) no contenciosa o consultiva.

(1) La competencia contenciosa se refiere a la facultad de conocer las violaciones aisladas a los derechos humanos contenidos en la CADH cometidas por Estados parte de este tratado y que hayan reconocido competencia a la Corte para estos efectos.

Para que la Corte pueda conocer de una denuncia por una violación a alguno de los derechos consagrados por la Convención, es necesario que haya finalizado el proceso ante la Comisión. La Comisión, una vez que decide sobre la admisibilidad de una denuncia presentada por una violación a uno o más derechos de la Convención determina si emite un informe en los términos del artículo 50 de la Convención. En este informe la Comisión expone los hechos y sus conclusiones, además de formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas. El informe es transmitido al Estado, sin que este se encuentre facultado para publicarlo. Si transcurrido el plazo de tres meses el Estado no ha adoptado las recomendaciones hechas por la Comisión, ésta tiene la posibilidad de emitir un informe del artículo 51 de la Convención, o en caso que sea posible y así lo decida, enviar el caso a la Corte. Los Estados parte también pueden someter el caso al conocimiento de la Corte. Sin bien la víctima o sus representantes no pueden enviar un caso a la Corte, - pues esta es una facultad reservada a la Comisión y a los Estados - su posición se ha visto mejorada con la modificación hecha al Reglamento de la Corte el año 2000¹⁹. Esta modificación permite que “[d]espués de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso”²⁰.

¹⁹ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 y reformado parcialmente por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, [en línea]. [consultado fecha: 15 de noviembre de 2006]. Disponible en: www.corteidh.or.cr/reglamento

²⁰ *Ibíd.* art. 23.1.

El procedimiento de la Corte esta regulado por su reglamento y la Convención. La Corte tiene competencia para resolver respecto del cumplimiento de la CADH, del artículo del artículo 8 del protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materias de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²¹, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas²², la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura²³ y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención Belem do Pará”²⁴.

Una vez agotado el procedimiento y no existiendo una salida alternativa de reparación a la víctima u otro acto procesal que le ponga término²⁵, la Corte dicta su sentencia, la cual es jurídicamente vinculante para el Estado. En el supuesto que la Corte encuentre responsable a un Estado por la violación de las obligaciones de la Convención, éste debe acatar y llevar a cabo las medidas de reparación decretadas. Las reparaciones pecuniarias que establezca la Corte, serán directamente ejecutables en el ordenamiento jurídico interno del Estado por expresa disposición de la Convención²⁶.

(2) La competencia no contenciosa de la Corte se refiere a la facultad que tiene para responder consultas acerca de la interpretación de la Convención, otro instrumento

²¹ Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materias de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado en San Salvador, El Salvador. 17 de noviembre de 1988. [en línea][consultado fecha: 15 de noviembre de 2006]. Disponible en: www.cidh.org/Basicos/Basicos4

²² Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. [en línea][consultado fecha: 16 de noviembre de 2006] <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>

²³ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias en 1985. [en línea][consultado fecha: 15 de noviembre de 2006] <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>

²⁴ Convención Interamericana para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer, adoptada en Belem do Para, Brasil el 9 de junio de 1994. , [en línea]. [consultado fecha: 30 de diciembre de 2006]. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

²⁵ El capítulo V del reglamento de la Corte establece como terminación anticipada del proceso el sobreseimiento del caso, la solución amistosa o el avenimiento.

²⁶ CADH. Art. 68.2.

internacional relativo a la protección de derechos humanos o la compatibilidad de leyes internas con los tratados en la materia²⁷. A diferencia de la competencia contenciosa – donde existe un procedimiento previo ante la Comisión – los Estados partes de la OEA o los órganos de ésta deben acudir directamente a la Corte solicitando la opinión consultiva. La obligatoriedad de las opiniones consultivas emana de la fuerza moral y altura de la Corte, así “[a]un cuando lo que la Corte produce en esos casos es una opinión consultiva, que no es obligatoria para los Estados, constituye una interpretación autorizada de las normas de la Convención que la propia Corte, así como también la Comisión, utilizan como fundamento de futuras interpretaciones”²⁸.

3. Las obligaciones de los Estados en la Convención: respetar y garantizar

La CADH establece la obligación de respetar y garantizar los derechos consagrados en ella a toda persona sometida a su jurisdicción²⁹, al indicar en su artículo 1 que “[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”³⁰, determinando luego en su número 2 que “[p]ara efectos de la Convención persona es todo ser humano”.

²⁷ Sobre la competencia contenciosa de la Corte, PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the inter-american court of human rights*. Cambridge University Press, 2003.

²⁸ MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003. p. 4.

²⁹ Jurisdicción debe ser entendida no solo dentro del concepto clásico como símil de territorio del Estado, sino que debe ser entendida como la facultad o posibilidad de afectar los derechos de las personas. Al respecto ver MEDINA QUIROGA, Cecilia. *Ibíd.* pp. 11-14.

³⁰ Art. 1.1. CADH.

Sin perjuicio de lo anterior el Estado está obligado a adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar los derechos consagrados por la Convención y cooperar con los órganos de control.

La obligación de respetar consiste en la prohibición para el Estado de violar los derechos a toda persona, lo cual significa que “la obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en la Pacto y la Convención, respectivamente”³¹, esta obligación “tiene un carácter eminentemente negativo, en cuanto involucra, fundamentalmente, el deber de abstenerse de intervenir con el ejercicio de tales derechos [los derechos protegidos por la Convención][...]Por consiguiente, esta obligación constituye una prohibición de interferir con el ejercicio de los derechos protegidos, dirigida directamente a los agentes del Estado parte”³². A su vez la Corte ha dicho que “[l]a primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de ‘respetar los derechos y libertades’ reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”³³.

La obligación de garantizar, a su vez, exige del Estado una obligación positiva, no de abstención como en el caso de la obligación de respetar, sino que debe permitir que toda persona pueda gozar de sus derechos y ejercer estos; “ella implica el deber del Estado de adoptar todas las medidas que sean necesarias y que, de acuerdo a las circunstancias, resulten razonables para asegurar el ejercicio de esos derechos e impedir la interferencia de terceros”³⁴; así “[l]a obligación de garantizar exige al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todos los habitantes en el territorio del Estado o sujetos a la

³¹ MEDINA QUIROGA, Cecilia. *Op. Cit.*, nota 4, pp. 27-86.

³² FAUNDEZ LESDESMA, Héctor. *Op. Cit.*, nota 2, p. 81.

³³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165.

³⁴ FAUNDEZ LESDESMA, Héctor. *Op. Cit.*, nota 2, p. 83.

jurisdicción del Estado estén en condiciones de ejercerlos y gozarlos”³⁵. La Corte en el caso *Velásquez Rodríguez* indica que “[e]sta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”³⁶.

4. Interpretación de los derechos de la Convención

La principal fuente de consagración de los derechos humanos son los tratados. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece en su sección tercera artículo 31 que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”³⁷. Sobre este artículo, la jurisprudencia ha señalado que “la Corte utilizará los métodos tradicionales del derecho internacional, tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación, como en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que los mismos han sido recogidos por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”³⁸.

³⁵ *Ibíd.* p 43.

³⁶ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4 párr. 166.

³⁷ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptada en Viena en 1969. [en línea]. [consultada fecha: 21 de noviembre de 2006] disponible en: www.derechos.org/nizkor/ley/viena

³⁸ Corte IDH. "*Otros Tratados*" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

El objeto y fin de los tratados de derechos humanos es proteger la dignidad de los seres humanos de abusos por parte del Estado. Así, “[l]a Convención debe interpretarse en tanto lo que ella es: un sistema de protección de los derechos del ser humano *per se*, y que no son una atribución o una creación del sistema político”³⁹. Esto diferencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos de otras ramas del Derecho Internacional. El clásico entendimiento del Derecho Internacional, supone que éste constituye un conjunto de normas y principios que regula relaciones entre iguales, entre Estados. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos regula relaciones entre Estados e individuos, siendo el sujeto protegido la propia persona. Esta diferenciación o especificación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos exige que la interpretación obedezca a principios que le son propios, mediante los cuales no sólo se subsana la diferencia o desigualdad entre el sujeto obligado y el protegido sino que se pretende que esta protección sea una cuestión efectiva, plena y sostenida en tiempo, y razón para “tener en cuenta, asimismo, la expansión y enriquecimiento constante, en el tiempo, del contenido de los derechos humanos, la progresividad de los sistemas dirigidos a su garantía y protección, la necesidad de considerar la especificidad del Derecho de los Derechos Humanos y el enriquecimiento conceptual de las normas del Pacto de San José con los progresos que se verifican, tanto a nivel nacional como regional en la materia”⁴⁰.

El primer principio es el “pro persona”. Éste establece la regla al intérprete de realizar la interpretación más favorable al titular de los derechos. *Ergo*, ante una situación en la que deban ponderarse dos derechos, la interpretación que se realice debe ser siempre la más favorable al sujeto por sobre el Estado⁴¹.

³⁹ GROSS ESPIELL, Héctor. “Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Jurisprudencia Contenciosa”. En: NIETO NAVIA, Rafael. (Ed.) *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica, Corte IDH, 1994. p. 226.

⁴⁰ *Ibíd.* p. 227.

⁴¹ Así al quedar claro que el objeto que del tratado es la protección de la persona humana el interprete debe optar siempre por la interpretación que proteja a la persona de una manera más cabal, manteniendo en equilibrio la seguridad jurídica otorgada por la positivización de los derechos con la protección de persona como fin de esta.

El segundo principio es el de “interpretación dinámica”. Los derechos humanos protegen la dignidad de la persona y, a medida que la sociedad evoluciona, también lo hace la forma en la que comprendemos qué es dignidad y como puede afectarse. Vg., la concepción de la protección de la libertad de expresión se ve expuesta a afectaciones o límites diferentes desde la masificación de las nuevas tecnologías. El intérprete debe comprender la esencia de la protección y aplicarla a la nueva situación de hecho, dentro de los márgenes del sistema, aunque la situación no haya sido contemplada al momento de la entrada en vigor del tratado que consagró este derecho. “Esta técnica, por tanto, exige interpretar las normas sobre derechos humanos de modo que éstas se adapten a las nuevas realidades y puedan ser efectivas en el momento en que se interpreta”⁴².

El tercer principio se refiere a la “integridad del sistema”. Los derechos humanos emanan de la persona humana y su dignidad. Los sistemas normativos que reconocen y protegen este objetivo, constituyen fuentes diversas y complementarias que se refuerzan y conectan. “Las diversas fuentes del Derecho Internacional se influyen recíprocamente. Los principios generales de derecho, el derecho consuetudinario, los actos unilaterales de los Estados y las resoluciones de las organizaciones internacionales preceden o suceden a las normas de los tratados. No es posible intentar aplicar un tratado con desconocimiento de los principios generales de derecho consuetudinario que lo precede o lo complementa, como tampoco lo es ignorar las otras fuentes de derecho que pueden haberlo sucedido, aclarándolo o complementándolo”⁴³.

La Convención en su artículo 29 establece normas de interpretación⁴⁴. Estas normas no sólo reflejan el principio de integridad del sistema interamericano, sino que sirve como

⁴² MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio. “Parte I”, Doctrina. *En: Defensoría Penal Pública. Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Penales Públicos*. Santiago de Chile, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2003. p. 40.

⁴³ *Ibid.* p. 40.

⁴⁴ CADH, art. 29 “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

elemento de complementación, tal como se deduce de lo indicado por la Corte en su Opinión Consultiva OC-10⁴⁵ donde encuentra necesario en la interpretación de la Convención, interpretar la Declaración. Si bien el ejemplo anterior se refiere a la competencia consultiva de la Corte, en materia contenciosa este Tribunal ha integrado la Convención con otros tratados a través de la interpretación integral. Este último hecho, a la postre, ha complementado y perfeccionado el sistema de protección. Vg., la Corte ha interpretado el artículo 19 de la CADH a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁶.

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.” Disponible en: www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html

⁴⁵ Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

⁴⁶ El párrafo 194 del caso Niños de la Calle establece: “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.”. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

5. Restricción de los derechos de la Convención

La Convención señala que “[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”⁴⁷. Así los derechos humanos no son absolutos; estos deben ejercerse dentro del propio marco legal respetando los derechos de los demás, resultando lógico que con el fin de armonizarlos, el Estado pueda afectarlos para que puedan coexistir con los derechos de los demás.

El Estado puede restringir de manera permanente los derechos humanos siempre que lo haga satisfaciendo los requisitos que al efecto establece el propio marco de los derechos humanos. La primera exigencia es que toda restricción debe ser establecida por ley. En el sistema interamericano el concepto “ley” ha sido definido como una “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”⁴⁸. Este requisito se consagra expresamente en el artículo 30 de la CADH, el cual indica que “[l]as restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Se instaura así no solo el requisito de formalidad de *toda ley*, sino que además del texto de la Convención se colige que la ley debe obedecer a un elemento subjetivo: el bien común. En términos más precisos, “[e]l artículo 30 también establece que las leyes que impongan restricciones a los derechos humanos deben ser dictadas “por razones de interés general” [...]. Esta expresión puede ser considerada como una salvaguarda contra la imposición arbitraria de limitaciones, que refuerza las disposiciones que establecen las causales específicas que se pueden invocar

⁴⁷ CADH, art. 31.2.

⁴⁸ Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión.1 Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.*

para restringir los derechos. La Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-6 ha interpretado “el interés general” como “el bien común”, el que sería “un elemento integrante del orden público del Estado democrático”⁴⁹.

El segundo requisito es que toda restricción de derechos debe basarse en una causa autorizada por el sistema de protección. Es decir, la causa esgrimida por el Estado como justificación de la afectación del derecho debe estar establecida en la Convención. La causales autorizadas por el derecho internacional “[g]eneralmente [...] son el orden público, la seguridad nacional, la salud pública, la moral pública o los derechos y libertades de los demás y pueden variar de un derecho a otro, pero se encuentran siempre señaladas en el tratado respectivo, que hace una enumeración taxativa de ellas”⁵⁰. La Convención hace mención a tales causales, por ejemplo, en términos generales en el artículo 16.2⁵¹ y como causales específicas respecto de un derecho determinado, como el caso del artículo 23.2⁵².

El tercer requisito para la restricción de derechos de la Convención es que la propia restricción sea *necesaria en una sociedad democrática*. Si bien este requisito no se establece de manera general en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que es propio del sistema interamericano, estimamos es esencial y consustancial a la protección de los derechos humanos en la región. La Carta Democrática Interamericana en su artículo 7 establece “[l]a democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos

⁴⁹ MEDINA, Cecilia. *Op. Cit.*, nota 28, p. 43.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ CADH, art. 16.2 “El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

⁵² CADH, art 23.2 “La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso pena”.

humanos”⁵³. La Convención prohíbe toda interpretación tendiente a “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que derivan de la forma democrática representativa de gobierno”⁵⁴. Si bien de la lectura de la Convención resulta patente la existencia de este requisito, han sido la jurisprudencia y la doctrina las encargadas de delimitar su significado. Así, “[e]sta interpretación constante de la expresión podría resumirse diciendo que la restricción debe ser (i) conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; (ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y (iii) no debe haber otra alternativa para conseguir el fin que restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la de mayor restricción”⁵⁵.

⁵³ Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 11 de septiembre de 2001. [en línea] [fecha consulta: 20 de noviembre de 2006] disponible en: www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm

⁵⁴ CADH, art. 29.c).

⁵⁵ MEDINA, Cecilia. *Op. Cit.*, nota 28, p. 45.

CAPÍTULO II: PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. La perspectiva de género: concepto, utilidad y dificultades en su incorporación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

En Chile y en América latina “[l]as mujeres han sido discriminadas históricamente por el hecho mismo de ser mujeres. Se les ha dado un tratamiento desigual y discriminatorio en virtud de un conjunto de normas de conducta, de estereotipos, de valores, de significaciones distintas y desventajosas otorgadas por la sociedad al hecho de ser mujer”⁵⁶.

En los últimos años el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha comprendido que la discriminación que padecen las mujeres impide que éstas gocen plenamente de sus derechos⁵⁷. Lo anterior significa que los Estados y la comunidad internacional reconocen que las diferencias y roles culturales que se imponen a las mujeres permiten

⁵⁶ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Los derechos humanos de las mujeres: fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción*, IIDH, San José – Costa Rica, 2004. pp. 72-169. Sobre los problemas que aquejan a las mujeres en América, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre la situación de la mujer en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.100. Doc. 17, 13 octubre 1998.

⁵⁷ En este sentido, encontramos: I Conferencia Mundial sobre la Mujer, ciudad de México durante el Año Internacional de la Mujer, en 1975, teniendo como resultado la proclamación por la Asamblea General del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer; II Conferencia Mundial sobre la Mujer, Copenhague en 1980, se aprobó un Programa de Acción para la segunda mitad del Decenio; III Conferencia Mundial sobre la Mujer, Nairobi en 1985. Su objetivo fue evaluar los avances logrados y los obstáculos enfrentados durante el "Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer". Se aprobó por consenso el documento denominado "Las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de las mujeres hasta el año 2000"; Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993; Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo 1994. Reconoció que los derechos reproductivos son derechos humanos y que la violencia de género es un obstáculo para la salud reproductiva y sexual de las mujeres, la educación y el desarrollo; Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Copenhague en 1995, donde entre otros compromisos se decidió lograr la igualdad y la equidad entre el hombre y la mujer y reconocer y aumentar la participación y función directiva de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural; IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing en 1995 que aprobó la Declaración y Programa de Acción de Beijing. Consultado el 30 de junio de 2006 en <http://www.choike.org>.

que éstas sean subordinadas por los hombres y la sociedad en su conjunto⁵⁸. Este reconocimiento ha encontrado sustento teórico en el concepto de género el cual es “una forma de referirse a los orígenes exclusivamente sociales de las identidades subjetivas de hombres y mujeres. Género es, según esta definición, una categoría social impuesta sobre un cuerpo sexuado”⁵⁹. Este concepto ha resultado ser muy útil en la lucha contra la discriminación de la mujer, pues permite identificar y justificar las siguientes situaciones: (1) las identidades y roles de hombres y mujeres no son ontológicos, ni necesariamente determinados biológicamente, sino el resultado de un proceso histórico de definición de las diferencias permitidas/prohibidas y socialmente aceptadas/rechazadas⁶⁰; (2) los roles sociales legitiman el uso y abuso del poder en la sociedad y la dominación de unos por sobre otros⁶¹ y, (3) si estos roles son el resultado del devenir histórico cultural, es absolutamente plausible cuestionar su legitimidad y buscar su modificación.

Luego, este concepto permite visualizar que el rol de sumisión y subordinación de la mujer es el resultado de un proceso histórico⁶², donde su identidad⁶³ ha sido definida, entre otros fenómenos, a partir de la enajenación del control sobre su propio cuerpo⁶⁴. Si afirmamos que nuestra sociedad se estructura sobre un modelo político democrático que

⁵⁸ Al respecto, en el preámbulo de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), se indica que “[...] para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”.

⁵⁹ SCOTT, Joan W. “El género: una categoría útil para el análisis histórico”. En: *Género. Conceptos básicos. Programa de Estudios de Género*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. p.15.

⁶⁰ Vg. Es socialmente aceptado que las mujeres realicen el trabajo doméstico. Es socialmente rechazado que los hombres realicen en trabajo doméstico.

⁶¹ Sobre el rol que juega el género en la legitimación de la subordinación de la mujer, BUTLER, Judith. “Sujetos de sexo/genero/deseo”. En: *Feminaria*, X 19.1. pp.1-20.

⁶² PATEMAN, Carol. “El contrato sexual”. En: *ANTHROPOS-UAM*. México, 1995 (1988). Capítulos 1,2, pp. 9-29, y 31-57.

⁶³ FLAX, Jane. *Psicoanálisis y Feminismo. Pensamientos Fragmentarios*. Valencia, Ediciones Cátedra, Instituto de la Mujer, Universidad de Valencia, 1990. pp. 7-41.

⁶⁴ RUBIN, Gayle. “El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo”. En: *Género. Conceptos básicos. Programa de Estudios de Género*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. pp. 41-61.

descansa sobre la igualdad y libertad de todas las personas, la precaria situación que padecen las mujeres solo puede ser cuestionada y superada.

La incorporación del concepto de género en el derecho internacional de los derechos humanos se ha denominado “perspectiva de género”. Ésta ha sido definida como “el enfoque o contenido conceptual que le damos al género para analizar la realidad y fenómenos diversos, evaluar las políticas, la legislación y el ejercicio de derechos, diseñar estrategias y evaluar acciones, entre otros”⁶⁵. Lo anterior supone que el derecho internacional de los derechos humanos:

- Debe observar de forma distinta como opera la discriminación, particularmente en lo relativo a la manera en la que incide la condición social y económica de mujeres y hombres en el acceso equitativo a recursos, servicios y derechos.
- Debe cuestionar los roles sexuales y el androcentrismo que permean nuestras estructuras sociales, así como las estrategias diseñadas para superarlo⁶⁶.

Incorporar esta perspectiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica que los Estados reconocen, por una parte, la ilegitimidad del sistema de control social que define los roles sociales/sexuales de la mujer, y por otra que, en orden a cumplir con sus obligaciones internacionales respecto de los tratados de derechos humanos – respetar y garantizar –, deben remover los obstáculos o las barreras culturales que impiden el pleno goce de los derechos por parte de sus titulares⁶⁷.

Lo anterior, se ha plasmado en su positivización a través de la adopción de tratados internacionales de derechos humanos que reconocen la particular situación de

⁶⁵ GUZMÁN, Laura y CAMPILLO, Fabiola. “Marco de referencia y estrategia para la integración de la perspectiva de género en el IIDH, Módulo I”, 2001. Citado en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Op. Cit.*, nota 56, pp. 72-169.

⁶⁶ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Op. Cit.*, nota 56, p. 77.

⁶⁷ *Vg.*, el artículo 2° de la CEDAW establece que “[l]os Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer [...]”.

precariedad que padecen las mujeres en el mundo y en la adopción de esta óptica en el accionar de los organismos internacionales, particularmente, de los órganos de protección y control de tratados internacionales de derechos humanos⁶⁸.

En relación a la positivización de la perspectiva de género en el derecho internacional de los Derechos Humanos, los tratados más importantes en esta materia son la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁶⁹ y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención *Belem do Pará*”⁷⁰. “La CEDAW tiende a concretar en términos materiales las igualdades formales que todos los tratados y normas consuetudinarias en materia de derechos humanos tienen consagradas, favorece la adopción de medidas de acción afirmativa y generaliza criterios de distinción en igualdad. La segunda, por su parte, es la normativa internacional más completa respecto de la violencia doméstica que tiene a la mujer como víctima”⁷¹.

Estos tratados implican un reconocimiento, una manifestación de voluntad cuyo principal objetivo es superar esta situación. Desgraciadamente los Estados, en relación a los tratados que abordan específicamente los derechos humanos de las mujeres, han tenido una práctica contraria al objeto y fin de los mismos, pues los ratifican haciendo reservas a la exigibilidad de sus obligaciones, creando organismos de vigilancia con escasos poderes y recursos e ignorando las recomendaciones que estos órganos les

⁶⁸ GARCÍA, Soledad. “La progresiva generización de la protección internacional de los derechos humanos”. En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2001. Sobre la incorporación de la perspectiva de género y su tratamiento en el sistema interamericano de derechos humanos ver *infra* *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer*.

⁶⁹ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, fue adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).

⁷⁰ La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer "Convención De Belém Do Pará".

⁷¹ PINTO, Mónica. “Cuestiones de género y acceso al sistema internacional de derechos humanos”. En: BIRGIN Haydée, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores, y experiencias comparadas*. Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2006. p.193.

señalan, entre otros obstáculos. Vg. Chile ratificó la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, pero no el protocolo facultativo que establece el órgano de vigilancia del tratado⁷². “La contradicción señalada en el punto anterior proviene principalmente de dos factores: la falta de voluntad política de los Estados para impulsar programas que impulsen procesos de cambio a favor de nuevos patrones de integración social horizontal de la mujer, y la resistencia social inducida por los centros de poder en el sistema social, que se oponen a modificar la dominación tradicional. Pero la contradicción puede también moverse por las señales equivocadas provenientes de la legislación sobre los derechos de la mujer, en cuanto sus mecanismos de protección carecen de adecuada fuerza y eficacia”⁷³.

Se ha criticado el proceso de positivización indicando que en la práctica se ha traducido en la ampliación de la cláusula de no discriminación o el establecimiento de tratados internacionales dedicados específicamente a la situación de los derechos humanos de las mujeres, sin abordar el fenómeno en la magnitud y dimensiones del problema, sino más bien aislándolo, particularizándolo o bien relativizándolo⁷⁴.

Lo anteriormente expuesto se enmarca dentro de una crítica general al rol del derecho internacional de los derechos humanos en el camino hacia el pleno respeto y goce de los derechos de las mujeres. En este sentido, existen sectores que han afirmado que el derecho internacional de los derechos humanos, en general, ha tenido un “desarrollo

⁷² El 11 de diciembre de 1998 se publicó el decreto que promulgó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. A la fecha, el Estado de Chile no ha ratificado el protocolo facultativo de la CEDAW.

⁷³ BERNALES, Enrique. “Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos de las Mujeres”. En: *Derechos Humanos de la Mujeres. Aportes y Reflexiones, Serie Mujer y Derechos Humanos 6*. Lima, Movimiento Manuela Ramos y UNIFEM, 1998. p.181.

⁷⁴ Para una crítica a este proceso de *generización* del derecho internacional de los derechos humanos, CHARLESWORTH, Hilary. “What are “Women’s International Human Rights”? En: Cook, Rebecca J (ed.) *Human Rights of Women. National and International Perspective*, University of Pennsylvania Press, 1994. p. 60 (Traducción Pro Familia, Colombia). En relación a la creación de mecanismos e instrumentos abocados o dedicados específicamente a los derechos humanos de la mujer, encontramos en América Latina: (1) la Comisión Interamericana de Mujeres, creada en La Habana en 1928, durante la Sexta Conferencia Internacional Americana. (2) Y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención Belém do Pará”.

parcial y androcéntrico, y ha privilegiado una visión del mundo masculina”⁷⁵. Si bien el Derecho internacional de los Derechos Humanos consagra el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, ha existido “[...] una gran brecha entre la norma y la práctica, entre la igualdad de *jure* y la igualdad de *facto*. Las reglas del ordenamiento social responden a patrones socioculturales y por ello, la concepción y la aplicación de los derechos humanos se concibió desde sus inicios en clave masculina: el hombre como centro del pensamiento humano, del desarrollo histórico, protagonista único y parámetro de la humanidad”⁷⁶. Radicalizando este argumento, se discute si el lenguaje de los derechos humanos puede ser útil para superar la desmejorada situación que padecen las mujeres en el mundo⁷⁷, habida consideración que el derecho ha operado como una forma de control e institucionalización del rol subordinado de la mujer. Con este razonamiento en mente, las organizaciones que bogan por los intereses de las mujeres no utilizaron el discurso de los derechos sino hasta unos pocos años atrás⁷⁸.

Estimamos que es factible que el tratamiento diferenciado de los derechos humanos de la mujer induzca a la percepción que los Derechos Humanos de la mujer constituyen una materia especial, distinta de los tratados internacionales generales de derechos humanos y que no merecen el mismo cuidado. Esta realidad legitima el discurso del Estado en relación a la particularidad y excepcionalidad con la que hasta ahora se abordan los derechos humanos de la mujer, ya que estos serían parte de estatutos normativos distintos de los tratados generales. Lo anterior, además, puede reconducirnos a una

⁷⁵ CHARLESWORTH, Hilary. *Loc. Cit.*

⁷⁶ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Op. Cit.*, nota 56, pp. 72-169.

⁷⁷ Al respecto se ha señalado que “[e]l recurso del lenguaje de los derechos puede embellecer retóricamente un argumento, pero brinda tan sólo una efímera ventaja polémica y con frecuencia oscurece la necesidad de un cambio político y social”; TUSHNET, Mark. *An essay on Rights*, citado por CHARLESWORTH, Hilary. *Op. Cit.*, nota 74; **Error! Marcador no definido.**, p. 61. Podemos encontrar una crítica análoga desde el derecho penal ZAFARONI, Eugenio. “El discurso feminista y el poder punitivo”. En: BIRGIN, Haydée (comp.). *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000. pp.19 - 37.

⁷⁸ Las dificultades que el discurso feminista ha enfrentado en el derecho son tanto de índole política como teórica. En relación a la teoría feminista socio jurídica, Carol Smart nos indica que, “[...] el derecho, al ser un epifenómeno del patriarcado, difícilmente podría ser utilizado para desmantelarlo”. SMART, Carol. “La teoría feminista y el discurso jurídico”. En: BIRGIN, Haydée *Op. Cit.*, nota 77, p. 32.

nueva estereotipización de la mujer, donde se la asocie a los roles de mujer/madre, mujer/esposa u otros cuya legitimidad también sea cuestionable. La superación, al menos parcial de este problema, puede encontrarse en la interpretación y aplicación de los tratados generales de derechos humanos desde la óptica de la perspectiva de género. Esta propuesta no debe ser comprendida como una situación excepcional o independiente de la aplicación general del derecho, ligada únicamente a los derechos de las mujeres, sino que debe asumirse como enfoque transversal dentro del derecho internacional de los derechos humanos⁷⁹.

Sin perjuicio de las críticas que puedan realizarse a la positivización específica de los derechos de las mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ciertamente el reconocimiento por parte de los Estados que la situación de subordinación de la mujer constituye obstáculo y causa de la imposibilidad del pleno goce de los derechos y deberes que franquea el ordenamiento jurídico, es un avance. Los tratados de derechos humanos que abordan los derechos humanos de la mujer permiten visibilizar que la precaria situación que padecen las mujeres requiere de un esfuerzo adicional por parte del Estado en orden a superar esta discriminación. Esperamos que este avance implique que tanto los Estados como organismos internacionales incorporen la perspectiva de género en todo su accionar.

⁷⁹ Para una perspectiva crítica a la postura del *gender mainstreaming* CHARLESWORTH, Hilary. “Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations”. En: Harvard Human Rights Journal, volume 18, spring 2005 [en línea] [fecha consultada 3 de enero de 2007]. Disponible en <http://www.law.harvard.edu>

2. La perspectiva de Género y la interpretación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ¿Un cambio de paradigma?

Los tratados internacionales de derechos humanos son normas que han estado vigentes en el orden interno de los Estados desde mediados del siglo XX. En el contexto latinoamericano, la universalidad, irrenunciabilidad, integralidad, interdependencia, indivisibilidad y exigibilidad de estos derechos, además del principio de no discriminación, se encuentran vigentes desde mediados de 1960. Igualmente lo han estado las normas sobre interpretación de los derechos humanos, particularmente la interpretación progresiva y pro persona. ¿Por qué si todos estos elementos están dados desde un comienzo subsisten importantes y sistemáticas violaciones a los derechos humanos de las mujeres?

La perspectiva de género propone que el derecho no es neutral, sino que posee una visión sobre los roles sociales que cada sexo debe desempeñar. Para dilucidar cuál es el rol que existe tras una construcción jurídica aparentemente formal⁸⁰, es necesario reconocer distintos niveles de análisis del ordenamiento jurídico: (1) un componente formal normativo, (2) uno político cultural y (3) uno estructural. El componente formal normativo consiste en las normas, en la legislación positiva y en los derechos subjetivos que ésta establece. El elemento político cultural es el reflejo de las doctrinas y valoraciones que la sociedad tiene respecto de la legislación. Finalmente el componente estructural consiste en analizar las personas e instituciones que interpretan y aplican la legislación. Lo anterior, supone entender que las normas son presupuestos lógicos que se aplican e interpretan en contextos culturales determinados; que no son neutras o carentes de valor, sino muy por el contrario, paradigmas sobre lo correcto e incorrecto dentro de

⁸⁰ FACIO, Alda. *Cuando el Género Suena, Cambios trae. Metodología para el análisis de Género del fenómeno Legal* San José de Costa Rica, ILANUD 2º edición, 1996. pp- 86-129.

una sociedad que, además, será intervenida por sujetos concretos con prejuicios y valores determinados⁸¹.

Si bien en materia de derecho internacional de los derechos humanos, el elemento formal normativo contiene los elementos para una protección universal de los derechos fundamentales de la persona humana sin discriminación de ningún tipo⁸², además de tratados específicos que abordan las obligaciones de los Estados en relación a los derechos humanos de las mujeres, estas normas se aplican e interpretan en contextos reales, donde las tensiones sociales y políticas condicionan el pleno goce de los derechos y libertades reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos.

El contexto político cultural latinoamericano está determinado por el sistema patriarcal dominante y la moralidad católica que permea los niveles de análisis de la norma antes esbozados. Desde la perspectiva del componente político cultural, los sectores sociales más conservadores y la Iglesia Católica han propugnado una legislación que, por una parte, refleja una noción de mujer/madre/esposa, y por otra, tiene por objeto o resultado la subordinación de la mujer en distintas facetas de la sociedad, tales como la legislación laboral, familiar, la participación ciudadana e inclusive en sus propios cuerpos, *inter alia*, por medio de la penalización del aborto y las deficientes políticas sobre anticoncepción. Esta legislación no está conforme con lo dispuesto por la Convención y constituye una forma de incumplimiento específico de las obligaciones del Estado: la falta de adecuación de la legislación interna. El componente cultural condiciona, por cierto, la interpretación que se pueda realizar del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación a los Derechos Humanos de la Mujer. De esta forma se invisibiliza

⁸¹ Sobre la forma en la que el derecho actúa como herramienta o reflejo de la subordinación de la mujer, FACIO, Alda y FRIES, Lorena (eds.) *Género y Derecho*. Santiago de Chile, LOM Ediciones Ltda, 1999.

⁸² Sobre el concepto de discriminación y su tratamiento en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PALACIOS, Patricia. *La No Discriminación, Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación*. Santiago de Chile, LOM ediciones Ltda, Junio 2006.

la violación de los derechos humanos de la mujer, tanto en el ámbito interno de los Estados, como en la práctica de los órganos internacionales⁸³.

Por otra parte, el elemento estructural, compuesto principalmente por los gobiernos y su administración, legisladores y tribunales de justicia, en forma sistemática han reproducido los sistemas de control de la mujer, ya sea por medio de la legislación, las políticas públicas de los gobiernos de turno o la interpretación o aplicación concreta de la legislación⁸⁴.

Ciertamente, los problemas culturales antes descritos condicionan que la discriminación padecida por la mujer sea un fenómeno estructural⁸⁵ profundamente anquilosado en el contexto latinoamericano y chileno. No basta la existencia de tratados internacionales de derechos humanos, inclusive aquellos que abordan exclusivamente la problemática de las mujeres, sino que se requiere que estos “elementos formales” sean interpretados y aplicados reconociendo las particulares condiciones en las que se hayan las mujeres, para luego poder implementar las medidas que sean necesarias para asegurar el pleno goce de estos derechos.

La utilización de las normas de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en esta materia es clave. El principio pro persona permite que quienes estén llamados a interpretar una norma, resuelvan un eventual conflicto de derechos entre el Estado y los sujetos a favor de estos últimos. Por otra parte el principio de interpretación dinámica contextualiza el escenario social e histórico en el que se determina el alcance y contenido de un derecho. Luego, frente a la ilegitimidad del control por parte del Estado o de particulares sobre la mujer y su cuerpo, el principio pro persona permite que

⁸³ MEDINA, Cecilia. “Human rights of women: Where are we now in the Americas?” *En: Essays in honour of Alice Yotopoulos-Marangopoulos*, Volume B, A. Manganas (ed.). Greece, Ed. Nomiki Bibliothiki Group, 2003. pp. 907-930.

⁸⁴ CABAL, L; ROA M y LEMAITRE, J (eds.), *Cuerpo y Derecho. Legislación y Jurisprudencia en América Latina*, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2001. Versión resumida. [en línea] [consultada 3 de enero de 2007] Disponible en http://www.crlp.org/esp_pub_bo_cuerpo.html

⁸⁵ SABA, Roberto. “Desigualdad Estructural”. *En: Derecho y Humanidades No. 11*. Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005.

interpretemos las normas de la Convención Americana, y el Derecho internacional de los Derechos Humanos en general, resolviendo a favor de la mujer y ordenando medidas de reparación a favor de ésta. El principio de interpretación dinámica asegurará que las particularidades culturales de cada caso, tales como el nivel de educación de la mujer, su acceso a puestos de trabajo, el patrón de conducta de la sociedad en la que se haya inmersa, sean factores a considerar al momento de determinar el contenido de una política pública o realizar la adjudicación del derecho.

¿Es esta una propuesta radicalmente distinta de las tradicionales normas de derechos humanos? ¿Es propiamente un cambio en el paradigma interpretativo de los instrumentos internacionales? Ciertamente no. Las normas sobre interpretación y la prohibición de discriminación han estado presentes desde los albores del movimiento de derechos humanos. El elemento innovador es reconocer que la discriminación contra la mujer es un fenómeno histórico que ha abarcado muchas áreas de las ciencias sociales, especialmente el derecho. Una vez que existe conciencia de este fenómeno es que podemos utilizar los razonamientos propios del mismo en orden a modificar, desde las posibilidades y lógicas del ordenamiento jurídico, nuestra realidad.

Luego, la interpretación del alcance y contenido de las obligaciones de los Estados y de los catálogos de derechos desde la perspectiva de género no constituye una novedad. Muy por el contrario, solo exige que éste se ajuste a los parámetros ya establecidos y no discutidos del sistema internacional de los derechos humanos.

Los problemas antes descritos pueden ayudarnos a comprender en parte por qué no se han presentado más denuncias por violaciones de derechos humanos de las mujeres en el sistema interamericano⁸⁶. Es plausible que, además, las mujeres de nuestro continente

⁸⁶ Si consideramos, además, que la práctica de los tribunales internos respecto de demandas de las mujeres relativas a la protección y sanción de la violencia doméstica, el abuso y acoso sexual en el trabajo, el cuidado y manutención de las y los hijos, entre otras, suelen ser invisibilizadas y despreciadas por las instancias judiciales, las expectativas de obtener soluciones en éstas son escasas. Al respecto ver *Bodies on Trial. Reproductive Rights in Latin American Courts*, Center for Reproductive Rights and Universidad de los Andes School of Law, New York, United States of America, 2003.

sólo recientemente distinguan en el sistema interamericano una herramienta útil para la protección de sus derechos. También puede deberse a que las barreras culturales en las que han sido instruidas las mujeres, propias de un sistema de control patriarcal les impidan reconocerse como titulares de derechos, mucho menos de derechos humanos⁸⁷. La toma de conciencia de las mujeres como titulares de derechos y sujetos políticos que pueden demandar del Estado y los organismos internacionales las reivindicaciones que sean pertinentes, es el resultado de un proceso histórico, que estimamos recién comienza a entregar resultados⁸⁸. Es de esperar que este proceso histórico se traduzca en un accionar más decidido en años venideros.

⁸⁷ Sobre la trascendencia que tiene en términos simbólicos, políticos y jurídicos la construcción de un sujeto de derecho, RUIZ, Alicia. “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”. En: BIRGIN, Haydée. *Op. Cit.*, nota 74, pp. 19 – 17.

⁸⁸ Sobre la evolución de la mujer como sujeto político FALCON O’NEILL Lidia, “Historia de los derechos de las mujeres. La construcción del sujeto político”. En: *Derechos Humanos de las Mujeres. Aportes y Reflexiones. Serie Mujer y Derechos Humanos 6*. Lima, Movimiento Manuela Ramos y UNIFEM, 1998. Sobre la demanda por parte de las mujeres por acceso a la justicia, “[d]iversos informes de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en los países de América permiten verificar prácticas comunes [...] además de una enorme dificultad cultural por parte de las mujeres para denunciar y una gran frivolidad oficial para tramitar esas denuncias”, PINTO, Mónica. *Op. Cit.*, nota 71; **Error! Marcador no definido.**, p.200.

CAPÍTULO III: LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS Y EL SISTEMA INTERAMERICANO

1. Evolución histórica

Desde los albores de los movimientos feministas, la sexualidad y la reproducción de la mujer, así como los roles sociales asociados a esta esfera de la personalidad, fueron identificados como un ámbito donde tradicionalmente se había ejercido, y se ejercía, el control de la sociedad patriarcal. Estos movimientos reivindicaban la libertad u autonomía sexual y reproductiva de las mujeres y buscaban denunciar la arbitrariedad de la injerencia del Estado y de la sociedad patriarcal sobre sus cuerpos⁸⁹. La notoriedad que este movimiento otorgó al ejercicio pleno y libre de la propia sexualidad y la reproducción, así como la propia trascendencia social de este tema, han conducido al debate sobre la positivización de esta esfera de la personalidad. Los derechos asociados a este ámbito han sido denominados derechos sexuales y reproductivos.

En orden a encontrar sustento positivo a estos derechos, se ha sostenido que éstos emanan del propio concepto de derechos humanos pues, al estar destinados, *inter alia*, a proteger la dignidad de toda persona, necesariamente deben incluir los aspectos sexuales y reproductivos⁹⁰. En esta hipótesis, los derechos sexuales y reproductivos estarían consagrados en los Tratados y Pactos generales de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este orden de ideas, “[s]i bien estos derechos no están explicitados como tales en ningún instrumento legal internacional de derechos humanos, sí están dispersos en todos, y sí hay consenso sobre la aplicabilidad de los derechos

⁸⁹Sobre este punto, VALLADARES TAYUPANTA Lola Marisol. *Derechos Sexuales*. [en línea] [consultada 2 de mayo de 2007] Disponible en, <http://www.convencion.org.uy/08Debates/Serias2/Lola%20Valladares.pdf>

⁹⁰ Vg. la violación sexual es una vulneración del derecho a la integridad personal de la mujer. Así lo ha sostenido la Corte Interamericana en una sentencia reciente. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 310 – 313.

fundamentales en ámbitos de la vida reproductiva. Es por ello que se puede afirmar que los derechos reproductivos sí están reconocidos internacionalmente y sí son jurídicamente vinculantes”⁹¹.

Compartimos esta tesis: los derechos sexuales y reproductivos emanan de los derechos humanos ya consagrados internacionalmente y éstos simplemente no han sido interpretados de forma tal de reconocer la trascendencia que esta faz de la personalidad representa para todas las personas. La progresividad en la interpretación de los derechos humanos debe permitirnos ampliarlos hacia el ejercicio de la sexualidad y la reproducción. Por tanto, su protección debe estar asociada a los actuales mecanismos protección de derechos humanos, sin que, a nuestro juicio, sea necesaria su consagración jurídica autónoma, sino simplemente su visibilización como parte de los derechos fundamentales de todas las personas.

En forma alternativa a la posición antes reseñada, se ha discutido, por una parte, la necesidad de positivizar estos derechos en forma autónoma en orden a reconocer la trascendencia social que esta faz de la personalidad tiene. Esta posición busca, entre otras cuestiones, responder a aquellos sectores que niegan la existencia de los derechos sexuales y reproductivos⁹². Los riesgos de esta estrategia saltan a la vista: es factible que la especificación de esta materia presente similares inconvenientes a los experimentados

⁹¹ FACIO, Alda. “Asegurando el futuro: las instituciones Nacionales de derechos Humanos y los derechos reproductivos”. *En: Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos*. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003. p 34.

⁹² Con este diagnóstico en mente, las organizaciones de mujeres y pro derechos sexuales y reproductivos han tenido como meta la adopción de una normativa internacional o nacional donde se consagran los derechos sexuales y reproductivos. A modo de ejemplo diferentes organizaciones americanas abogan por la adopción de una Convención Interamericana sobre Derechos Sexuales y Reproductivos. [en línea] [consultada 23 de mayo de 2007] Disponible en <http://www.convencion.org.uy/>. En Chile diferentes organizaciones no gubernamentales crearon el Proyecto de Ley Marco Sobre Derechos Sexuales y Reproductivos [en línea] [consultada 23 de mayo de 2007] Disponible en <http://www.forosalud.cl/forosalud/descargas/descarga.asp>, cual fue ingresado a la Cámara de Diputados con fecha 19/10/2000, Boletín Cámara de Diputados 2608-11. Este proyecto se encuentra en su primer informe en la Comisión de Salud sin registrar avance desde el año 2000. Además con fecha 27/06/06 se presenta en el Senado un proyecto de reforma constitucional para garantizar la libertad sexual y reproductiva modificando el artículo 19 n° 1 de la CPR, Boletín del Senado 4277-07 [en línea] [consultada 23 de mayo de 2007] Disponible en <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>

en el proceso de adopción y vigencia de los tratados de derechos humanos que abordan específicamente los derechos de las mujeres, o inclusive, que los Estados simplemente no ratifiquen estos tratados.

La discusión sobre la existencia de los derechos sexuales y reproductivos – ya sea que se considere que éstos están presentes en los actuales catálogos de derechos, o bien requieran de una consagración autónoma -, no estuvo ni ha estado exenta de debate. Las primeras discusiones sobre estos derechos abordaron la materia desde un enfoque demográfico. La atención se centraba en la superación de la pobreza y el desarrollo en el tercer mundo mediante el control de la natalidad, o bien en la necesidad de aumentar el número de habitantes de zonas escasamente pobladas o deshabitadas por razones geopolíticas. Podemos constatar que, con el correr de los años, existió un cambio en el enfoque con el que se aborda esta materia. Este cambio en el paradigma se encuentra en la inclusión de los derechos humanos en la arena de la sexualidad y la reproducción⁹³. En el enfoque demográfico las decisiones sobre natalidad, anticoncepción o fecundidad se realizaban en base a cifras y análisis económicos, sin considerar a las y los sujetos concretos detrás de estas políticas. La inclusión de los derechos sexuales y reproductivos a los derechos humanos pone el acento precisamente en las personas a quienes se reconoce como titulares de libertades y garantías respecto del pleno goce y ejercicio de la sexualidad y la reproducción.

A partir de las discusiones que se generaron en torno a la explosión demográfica, por una parte, y a la perspectiva de los derechos humanos y el ejercicio de la sexualidad y reproducción, por otra, durante la segunda mitad del siglo XX se desarrollaron una serie de conferencias internacionales sobre este tema. Analizaremos aquellos hitos históricos en los cuales se avanzó hacia la visibilización y definición de una noción del contenido y alcance jurídico de los derechos sexuales y reproductivos.

⁹³ DE BARBIERI, Teresita. *Derechos sexuales y reproductivos, Aproximación breve a su Historia*. [en línea] [consultada 17 de abril de 2007] Disponible en <http://www.reddesalud.org/espanol/datos/ftp/barbieri.htm>

La primera conferencia en la que se hace referencia al concepto de “reproducción” se realizó en Teherán en el año 1968. El texto resolutivo de esta instancia recibió el nombre de “Proclamación de Teherán”⁹⁴. En el numeral 16 se declara que “[l]a comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos”. Como se aprecia, no se establece un derecho de carácter universal, sino sólo la titularidad de éste para los padres dentro de la familia. Es decir, este no era un derecho de cualquier persona a definir el número de hijos e hijas y los intervalos entre éstos, sino el ejercicio de la reproducción en el marco de la familia y sólo para los padres. Lo anterior ciertamente refleja las convicciones de la época sobre la relación entre reproducción, familia y sexualidad.

En el año 1974 tuvo lugar en Bucarest la primera Conferencia Intergubernamental sobre Población, donde representantes de 136 países aprobaron un Plan Mundial de Población. En este plan de acción se amplía el derecho reproductivo a determinar el número de hijos e hijas a toda pareja y a todo individuo⁹⁵. La trascendencia de esta afirmación es mayúscula. Se reconoció la licitud del ejercicio de las decisiones sobre la propia reproducción fuera del ámbito de la familia, es decir, este dejó de ser un requisito para exigir su respeto y garantía. Esto fue atacado duramente por sectores conservadores, especialmente por la Santa Sede⁹⁶, los cuales veían en la ampliación de los derechos a toda persona un ataque a la familia y al matrimonio.

⁹⁴ Proclamación de Teherán, Proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968, [en línea] [consultada 13 de abril de 2007] Disponible en http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/b_tehern_sp.htm

⁹⁵ El principio f) del plan de acción señala que: “f) Toda pareja y todo individuo tiene el derecho fundamental de decidir libremente y con toda responsabilidad el número de hijos y cuándo nacen”. Consultado: <http://www.choike.org/nuevo/informes/1724.html>.

⁹⁶ En 1984 la Santa Sede critica el Plan de Acción de Bucarest en los siguientes términos “[e]n este contexto la Santa Sede llama la atención sobre la redacción de las Recomendaciones respecto a las decisiones responsables relativas a espaciar y limitar los nacimientos. Antes de la Conferencia de Bucarest, la decisión se había reconocido como prerrogativa de las parejas casadas en el ejercicio de su paternidad responsable. El Plan de acción para la población mundial habla de “individuos y parejas”, por tanto, da carácter oficial a un punto de vista que acepta la intimidad sexual y la paternidad como algo legítimo para individuos no casados. Actuando así, disminuye la posición especial y exclusiva que pertenece al matrimonio y a la familia. Más aún, hasta cierto punto, la incidencia creciente de la actividad sexual extra matrimonial y el embarazo fuera del matrimonio durante la última década,

En 1979 se aprueba la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer”. Si bien el principal objetivo de este instrumento es la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, posee una especial relevancia en materia de derechos sexuales y reproductivos pues consagró por primera vez en forma explícita en una Convención que establecía obligaciones para los Estados, derechos propios del ejercicio de la sexualidad y la reproducción. El artículo 12.1 establece que:

“[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”;

A su vez, el artículo 16.1.e establece que

“[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: [...] e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”⁹⁷.

En el año 1994 en la ciudad de El Cairo y bajo el auspicio de las Naciones Unidas, se realiza la V Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo⁹⁸. Como resultado

especialmente en los países desarrollados, se puede atribuir a la ausencia de principios éticos universalmente reconocidos que dan exclusividad al matrimonio como el único lugar en donde tanto la intimidad sexual como la paternidad se llevan responsablemente a cabo”. Intervención del jefe de la delegación de la Santa Sede, mons. Jan Schotte, en la conferencia internacional de las naciones unidas sobre la población. México, 8 de agosto de 1984. [en línea] [consultada 12 de mayo de 2007] Disponible en http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19840808_conferenza-popolazione_sp.html

⁹⁷ *Ibíd.*

⁹⁸ Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo (Egipto) del 5 al 13 de septiembre de 1994. con la participación de las delegaciones de 179 países. Las anteriores conferencias fueron Roma en 1954, Belgrado 1965, Bucarest 1974, México 1984. Fuente: NACIONES

de esta instancia, se adoptó el “Programa de Acción del Cairo”⁹⁹. En este programa los Estados participantes adoptaron una definición de salud reproductiva. El párrafo 7.2¹⁰⁰ señala que:

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

UNIDAS. Principales resultados sobre conferencia de la población. [en línea] [consultada 21 de abril de 2007] Disponible en <http://www.un.org/spanish/esa/devagenda/population.html>.

⁹⁹ Programa de Acción sobre población y desarrollo aprobado por aclamación el 13 de septiembre en El Cairo, Egipto. [en línea] [consultada 22 de abril de 2007] Disponible en <http://www.un.org/spanish/conferences/accion2.htm>

¹⁰⁰ Conferencia Internacional sobre Población y desarrollo realiza en el Cairo en 1994, parr. 7.2 [en línea] [consultada 26 de abril de 2007] Disponible en <http://www.cinu.org.mx/temas/desarrollo/dessocial/poblacion/icpd1994.htm#i1>. Destacado propio.

De la lectura del recién transcrito apartado, podemos apreciar que los Estados signatarios del plan de acción establecieron que la salud sexual y reproductiva es un estado completo del ser humano (físico, mental y social) que se une a la posibilidad de disfrutar la vida sexual de manera libre y sin riesgos, junto a la libertad en la procreación garantizando acceso a la información relativa a ello.

La misma declaración, en el párrafo 7.3.¹⁰¹, señala:

“Teniendo en cuenta la definición que antecede, **los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso.** Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos deben ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia. Como parte de este compromiso, se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y

¹⁰¹ Conferencia Internacional sobre Población y desarrollo realizada en el Cairo en 1994, parr. 7.3 [en línea] [consultada 21 de abril de 2007] Disponible en <http://www.cinu.org.mx/temas/desarrollo/dessocial/poblacion/icpd1994.htm#i> Destacado propio.

responsable. La salud reproductiva esta fuera del alcance de muchas personas de todo el mundo a causa de factores como: los conocimientos insuficientes sobre la sexualidad humana y la información y los servicios insuficientes o de mala calidad en materia de salud reproductiva; la prevalencia de comportamientos sexuales de alto riesgo; las practicas sociales discriminatorias; las actitudes negativas hacia las mujeres y las niñas; y el limitado poder de decisión que tienen muchas mujeres respecto de su vida sexual y reproductiva. En la mayoría de los países, los adolescentes son particularmente vulnerables a causa de su falta de información y de acceso a los servicios pertinentes. Las mujeres y los hombres de más edad tienen problemas especiales en materia de salud reproductiva, que no suelen encararse de manera adecuada”.

La importancia de tal Conferencia no sólo se encuentra en la positivización de los conceptos de salud reproductiva y derechos reproductivos, sino que cambia el centro de la discusión desde la política demográfica y poblacional para situarse en el campo de la persona y sus derechos¹⁰².

En 1995, en la ciudad de Beijing, China, se realiza la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer¹⁰³. En ésta se reitera, por una parte, la definición de salud reproductiva establecida en 1994 en la Conferencia de El Cairo. Por otra, el párrafo 96 agrega el derecho de toda mujer a tener control sobre su sexualidad y reproducción¹⁰⁴, en los siguientes términos:

“[I]os derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y

¹⁰² A modo de ejemplo se ha dicho sobre esta Convención “[e]l proceso del Cairo introdujo un nuevo énfasis en la satisfacción de las necesidades y preferencias individuales de las mujeres y los hombres frente a la salud reproductiva, modificando el del pasado en le logro de metas demográficas o poblacionales”. COOK, Rebecca; DICCKENS, Bernard y FATHALLA. Mahmud. *Salud Reproductiva y Derecho*. Editorial Oxford, traducción Profamilia, 2003. p 149.

¹⁰³ Celebrada en Beijing, China del 4 al 15 de septiembre de 1995 con la participación de 185 Estados y 2500 organizaciones no gubernamentales.

¹⁰⁴ Plataforma de Acción, Beijing 1995. [en línea] [consultada 2 de mayo de 2007 Destacado propio. <http://www.eclac.org/mujer/publicaciones/sinsigla/xml/3/6193/Plataforma.pdf>

reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”.

En las últimas décadas podemos constatar una evolución respecto al interés, dentro del tema, en el enfoque con el cual se aborda y en la consecuente consagración y definición positiva de los derechos sexuales y reproductivos. En relación a su evolución, se evidencia que la reproducción y la sexualidad surgieron al alero de los debates sobre control demográfico, para luego ser integrada por una visión cuyo acento se encuentra en los derechos fundamentales de las personas. Sobre la consagración y definición positiva de los derechos sexuales y reproductivos, la comunidad internacional reconoció, primero en forma tímida, la existencia de un derecho asociado a la paternidad, para luego avanzar decididamente en los últimos años hacia la enunciación de un derecho de todas las personas al control sobre el ejercicio de la propia sexualidad y reproducción.

Las distintas conferencias y sus programas o declaraciones, aunque importantes para el reconocimiento de la salud sexual y reproductiva como un ámbito propio de los derechos humanos, no constituyen fuentes obligatorias o primarias de derecho. Sin perjuicio de lo anterior, como analizaremos en lo sucesivo, esto no ha impedido que los derechos sexuales y reproductivos hayan sido exigidos y reconocidos en el sistema interamericano. Por medio de la interpretación de los derechos a la vida, la integridad y la privacidad los órganos del sistema han reconocido la existencia de derechos asociados al ejercicio de la sexualidad y la reproducción y las correlativas obligaciones del Estado de respetarlos y garantizarlos¹⁰⁵.

105

Infra
El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

Finalmente, es importante destacar que si bien los derechos sexuales y reproductivos nacieron a instancias de los movimientos feministas, este no es un tema que atañe única y exclusivamente a las mujeres. Ligar automáticamente los derechos sexuales y reproductivos a las mujeres, puede inducirnos a nuevos estereotipos de género cuya legitimidad resulte, al menos, discutible. Luego, es necesario volver patente que todas las personas son titulares de estos derechos. Ejemplo de lo anterior, es la necesaria inclusión de los hombres en la discusión sobre la sexualidad y reproducción, tanto respecto de la preocupación e intereses por los derechos de las mujeres, así como por su propia titularidad sobre éstos. Respecto del rol que pueden desempeñar en la salud sexual y reproductiva de las mujeres, “[l]a mención de los hombres y su incorporación a la salud sexual y reproductiva se produce en los años recientes cuando se expresa la preocupación por el rol y la participación que deberían tener éstos en la salud sexual y reproductiva de las mujeres [...] Se trata de un campo de estudio en proceso de constitución -en una etapa inicial de desarrollo-, de documentación de las formas que asume la participación de los varones en la salud sexual y reproductiva de las mujeres. Las elaboraciones conceptuales y de interés teórico son las menos y por lo tanto, los trabajos existentes se sitúan en algunas perspectivas teóricas generales de los estudios de género, las que no han construido este tema como objeto de estudio propiamente tal”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ OLAVARRÍA, José. Derechos sexuales y reproductivos y los hombres. Santiago de Chile, FLACSO-Chile, 2003. p. 1. [en línea] [consultada 19 de mayo de 2007] Disponible en <http://www.flacso.cl/flacso/biblos.php?code=619>

2. Esbozando un concepto de derechos sexuales y reproductivos

La determinación del contenido de los derechos sexuales y reproductivos, así como las obligaciones de los Estados, se encuentran, actualmente, en proceso de interpretación y construcción.

En orden a determinar el contenido y alcance de los derechos sexuales y reproductivos, es útil partir desde la definición de salud reproductiva, puesto que este concepto resulta funcional para su delimitación.

La proclamación del Cairo, sentó las bases para el concepto de salud reproductiva¹⁰⁷. Este documento estableció una noción amplia de salud reproductiva, comprensiva del bienestar de las personas, hombres y mujeres, en una triple realidad, física, mental y social, recalcando que no basta una mera ausencia de enfermedades.

La Organización Panamericana de la Salud ha indicado que salud reproductiva “es la piedra angular del desarrollo humano, tanto individual como social. Está íntimamente relacionada con los valores, la cultura y la visión del futuro que tiene cada persona. Su influencia es personal y específica en los ámbitos individual, familiar y de la comunidad, a lo largo del ciclo de vida del individuo, y en el plano de la población exige atención a causa de su potencial para contribuir al logro del desarrollo sostenible. La salud reproductiva no abarca solamente la planificación familiar, sino que tiene un campo de acción más amplio en la vida familiar y el desarrollo humano. Incluye, además de la planificación familiar, la educación sexual, la maternidad sin riesgo, el control de las

¹⁰⁷ Programa de acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, Egipto. Párr. 7.2. *Supra* nota 99.

enfermedades de transmisión sexual, la atención de las complicaciones del aborto [y] la incorporación de la perspectiva de género”¹⁰⁸.

El análisis de esta definición, así como del concepto amplio de salud reproductiva del programa de El Cairo, nos permite identificar un contenido común a ambas, **“el derecho a decidir el número de hijos, su espaciamiento y el recibir toda la información necesaria para tomar decisiones en el ámbito reproductivo y sexual”**¹⁰⁹. En nuestra opinión esta definición debe ser complementada con el **derecho a recibir prestaciones de salud e información en relación al ejercicio de la salud sexual y reproductiva, cuestión que ciertamente debe incluir el acceso a métodos anticonceptivos.**

Cabe destacar que existen implicancias de esta definición que no resultan pacíficas, por ejemplo, “el derecho a suprimir la capacidad reproductiva por un acto voluntario y el derecho a valerse de todos los medios técnicos disponibles para concebir, cualquiera sea el estado civil de la persona”¹¹⁰.

Si analizamos la definición antes transcrita, podemos identificar elementos relativos a los (1) derechos asociados al ejercicio de la sexualidad de cada persona y (2) aquellos relativos a la capacidad reproductiva.

(1) En relación a los derechos propios del ejercicio de la sexualidad, estimamos que éstos consagran la facultad de decidir libremente tener o no relaciones sexuales, además de poder hacerlo en virtud de un consentimiento libre y espontáneo. El bien jurídico protegido en este derecho sería la libertad en el ejercicio de la sexualidad y el consentimiento libre y espontáneo. Intrínsecamente ligado a lo posibilidad de gozar

¹⁰⁸ Conferencia Sanitaria Panamericana, Organización Panamericana de Salud, Washington, D.C., 21 al 25 de septiembre de 1998, p. 1. [en línea] [consultada 10 de mayo de 2007] Disponible en http://www.paho.org/spanish/gov/csp/csp25_15.pdf

¹⁰⁹ TURNER SAELZER, Susan. *Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida*. Rev. derecho (Valdivia). [en línea] [consultada 17 de abril de 2007] Disponible en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000200015&lng=es&nrm.

¹¹⁰ *Ibíd.*

efectivamente de este derecho, se encuentra el acceso a la información necesaria para tomar decisiones libres e informadas, así como la eliminación de los estereotipos culturales y legales que impiden el ejercicio libre y pleno de la sexualidad¹¹¹. Vg. contrario al ejercicio de este derecho serían las normas que penalizan las relaciones homosexuales, o bien las prácticas sociales que permiten la violación en el matrimonio.

La importancia del ejercicio de la sexualidad, trasciende los intereses personales de cada persona, “sirve un propósito más allá de la reproducción. Fortalece los lazos humanos, la mutua atracción de los esposos o las parejas, la intimidad, el afecto, la fidelidad y la estabilidad social, maximizando el desarrollo y seguridad humana”¹¹². Igualmente, “los derechos sexuales crean las condiciones que permiten que las personas determinen si quieren vincular la actividad sexual con fines reproductivos o no, y refuercen su derecho a tener prácticas sexuales no reproductivas”¹¹³.

La faz de la sexualidad de los derechos sexuales y reproductivos, por lo tanto, puede ser comprendida como un fenómeno humano complejo que no se encuentra necesaria y directamente ligada con la reproducción. Lo anterior tiene consecuencias tanto en un plano biológico como en uno jurídico y debe ser entendida como “una dimensión fundamental del hecho de ser un ser humano: basada en el sexo, incluye al género, las identidades de sexo y género, la orientación sexual, el erotismo, la vinculación afectiva y el amor, y la reproducción. Se experimenta o se expresa en forma de pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, actividades, practicas, roles y relaciones. La sexualidad es el resultado de la interacción de factores biológicos, psicológicos, socioeconómicos, culturales, éticos y religiosos o espirituales. Si bien la sexualidad

¹¹¹ “Supone unas relaciones sexuales igualitarias entre mujeres y hombres, que garanticen el pleno respeto a la integridad de la persona y el consentimiento mutuo, asumiendo de, forma compartida las responsabilidades y consecuencias de su comportamiento sexual”. VARGAS ESCOBAR, Milú. Derechos sexuales y reproductivos. [en línea] [consultado 27 de marzo de 2007] Disponible en http://www.mujaresenred.net/IMG/pdf/Milu_Vargas.pdf

¹¹² COOK, Rebecca; DICCKENS, Bernard y FATHALLA, Mahmud. *Op. Cit.* nota 102, p 165.

¹¹³ MAFFÍA, Diana. “Derechos Humanos y Salud de las Mujeres”. *En: Derechos Humanos y Perspectivas de Género, Razón Pública N° 1, segundo semestre de 2004*. Argentina, Amnistía Internacional, 2004. p 46.

puede abarcar todos esos aspectos, no es necesario que se experimenten o expresen todos. Sin embargo, en resumen, la sexualidad se experimenta y se expresa en todo lo que somos, sentimos, pensamos y hacemos”¹¹⁴.

La sexualidad así comprendida es un aspecto de la dignidad de toda persona, que merece y debe ser protegido. Por tanto, “[l]a protección de los derechos sexuales es para todos los sujetos sean mujeres o varones, homosexuales o heterosexuales, adolescentes, adultos, ancianos o discapacitados [...] Estos derechos incluyen una variedad de protecciones que atraviesan muchos otros derechos, y que no se limitan a cuestiones relacionadas con la salud”¹¹⁵.

(2) Los derechos ligados a la reproducción implican la facultad de toda persona de elegir libremente el tener o no tener hijos e hijas y el número e intervalos entre éstos. Por tanto “[e]n el caso de los derechos reproductivos, el bien protegido es la libertad de cada persona a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos e hijas, así como a contar con la información y los medios para hacerlo”¹¹⁶.

Este derecho limita la posibilidad de injerencias o coacciones arbitrarias de terceros o del Estado, lo que ciertamente incluye la discusión sobre la legitimidad de políticas públicas sobre el control de la natalidad y la regulación del aborto. “El enfoque actualmente aceptado es que las decisiones en materia de reproducción y salud, incluyendo la maternidad, son decisiones privadas y consensuales entre parejas y no decisiones democráticas o gubernamentales”¹¹⁷.

¹¹⁴ Definición de sexualidad según la Organización Panamericana de Salud, citada en COOK, Rebecca; DICCKENS, Bernard y FATHALLA, Mahmud. *Op. Cit.*, nota 102, p 166.

¹¹⁵ MAFFÍA, Diana. *Op. Cit.*, nota 113, p 46.

¹¹⁶ BAREIRO, Line. “Los derechos reproductivos y los derechos humanos universales”. En: *Derechos Reproductivos Promoción y Defensa*. San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003. p 128.

¹¹⁷ COOK, Rebecca; DICCKENS, Bernard y FATHALLA, Mahmud. *Op. Cit.* nota 102, p 167.

Esta faz de los derechos sexuales y reproductivos además de establecer un ámbito negativo para el Estado al impedir las injerencias arbitrarias en el control de la reproducción, implica el deber de informar a todas las personas sobre el ejercicio de su reproducción y métodos de anticoncepción. Lo anterior también incluye el acceso a métodos de anticoncepción y a servicios de salud.

La estrategia para la positivización y exigibilidad de los derechos sexuales y reproductivos se encuentra en la interpretación de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales. El trabajo tras la interpretación supone identificar los intereses jurídicamente relevantes que cada derecho contempla, para luego poder subsumir en éstos los derechos que hemos asociado al ejercicio de la sexualidad y la reproducción. Al respecto “[l]os derechos humanos individuales que contribuyen a la salud sexual y reproductiva pueden ser agrupados alrededor de intereses de salud sexual y reproductiva relacionados con: la vida, la supervivencia, la seguridad y la sexualidad; la autodeterminación reproductiva y la libre opción de la maternidad; la salud y los beneficios del progreso científico; la no discriminación y el debido respeto por las diferencias; y la información, la educación y la toma de decisiones. Estos intereses pueden ser categorizados de diferentes maneras, dependiendo de los intereses en juego y de cómo sean percibidos. [...] El agrupamiento de derechos humanos específicos alrededor de los intereses de la salud sexual y reproductiva es variable y puede ser ordenado de diferentes formas. El derecho a la educación, por ejemplo, es relevante tanto para el avance de la salud como para facilitar la toma de decisiones. Los derechos que se expresan separadamente no están aislados unos de otros sino que actúan dinámicamente entre sí y les dan forma a otros derechos”¹¹⁸.

¹¹⁸ *Ibíd.* p. 152.

3. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer

(i) Introducción

La labor que desempeñan los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos en el continente es de gran importancia para la promoción de los derechos humanos¹¹⁹. Luego, resulta gravitante analizar los pronunciamientos que existen en materia de derechos sexuales y reproductivos.

Los órganos del sistema interamericano, a través de sus sentencias, resoluciones, informes de países y visitas *in loco*, entre otras acciones, establecen estándares para los Estados respecto del cumplimiento de las obligaciones de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos¹²⁰. Probablemente, la actividad de los órganos del sistema que mayor impacto genera es el conocimiento de violaciones individuales de derechos humanos¹²¹. Las sentencias pronunciadas por la Corte o las recomendaciones de la Comisión, ponen en evidencia las falencias de los Estados y sus sociedades, además de exigir acciones concretas por parte de ellos en orden a superar la

¹¹⁹ Sobre la actividad de los órganos del sistema, sus potestades y el conocimiento de peticiones individuales por violaciones de derechos humanos contenidos en la Convención Americana, ver FAÚNDEZ, Héctor, *Op. Cit.* nota 2. Igualmente, *Supra Nociones generales sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.

¹²⁰ CABAL, Luisa; ROA, Mónica y SEPÚLVEDA-OLIVA, Lilian. “El litigio internacional en la promoción y el avance de los derechos reproductivos en América”. En: CABAL Luisa y MOTTA Cristina (comp.) *Más Allá del Derecho. Justicia y género en América Latina*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Center for Reproductive Rights, Universidad de los Andes, 2005. p.381.

¹²¹ Durante los primeros años de funcionamiento del sistema, la Comisión se abocó principalmente al conocimiento de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos perpetradas por dictaduras o gobiernos autoritarios en la región. Actualmente y con el advenimiento de las democracias en la región, estos órganos están paulatinamente conociendo de violaciones de derechos humanos que afectan a personas en sociedades democráticas o en transición a la democracia. Este es un nuevo escenario para la Comisión, y eventualmente para la Corte, que nos obliga a reflexionar sobre el rol que les cabe en este contexto.

concreta violación de derechos humanos¹²². Los órganos del sistema pueden indicarle al Estado infractor medidas de reparación para las víctimas, entre las cuáles pueden encontrarse reparaciones pecuniarias, adecuación de la legislación interna e investigación y sanción a los responsables de una violación de derechos, entre otras. A lo anterior debe añadirse la sensibilización y explicitación de una violación de derechos humanos ante la comunidad internacional y la nacional.

Además del conocimiento de casos por violaciones aisladas de derechos humanos, la labor de la Comisión Interamericana en casos de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, particularmente respecto de grupos tradicionalmente discriminados, a través de sus informes – ya sean temáticos o sobre un país – documenta estas situaciones y vuelven patente para la comunidad internacional la magnitud de estos problemas. En el caso de los derechos humanos de la mujer, la Comisión en los últimos 10 años ha presentado informes relativos a la condición de la mujer en las Américas¹²³, la situación de la mujer en el conflicto armado en Colombia¹²⁴ y finalmente un informe relativo al acceso a la justicia¹²⁵.

Sin perjuicio de la positiva descripción que hemos realizado de las potencialidades y virtudes del sistema interamericano de protección, la acción de los organismos internacionales sólo puede complementar la insustituible labor del Estado. Aún existen violaciones a los derechos humanos en el continente y en nuestro país. Estas violaciones afectan particularmente a grupos o personas tradicionalmente discriminadas, cuestión

¹²² Vg. en el caso de Chile, la sentencia de la Última tentación de Cristo, en la cual se condenó al Estado por la violación, entre otros, al derecho a la libertad de expresión de los peticionarios, se adecuó la normativa interna a los parámetros establecidos por la Convención. Corte IDH. Caso “*La Última Tentación de Cristo*” *Olmedo Bustos y otros Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

¹²³ CIDH. *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición de la Mujer en las Américas*. OEA/ser.l/v/ii.100 doc. 17 13 octubre 1998

¹²⁴ CIDH. *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67. 18 octubre 2006.

¹²⁵ CIDH. *El Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 de enero de 2007.

que las y los coloca en una posición de vulnerabilidad¹²⁶. En este grupo podemos incluir a las mujeres. Luego, en orden a observar modificaciones sustantivas en la promoción y protección de los derechos humanos en la región es primordial incidir decididamente en el accionar del Estado y sus instituciones, pues es éste quien tiene el deber primigenio de velar por el respeto y goce de los derechos y, por tanto, su accionar debe estar orientado a satisfacer esta tarea.

La virtud que posee el sistema interamericano en este escenario, es actuar en todas aquellas ocasiones en las cuales el Estado no puede o no quiere tomar medidas para reparar la violación de un derecho. Debemos aspirar a una acción complementaria entre los sistemas de protección, nacionales e internacionales en orden a garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales de todas las personas en la región.

Además de las evidentes ventajas del sistema interamericano para todas las personas, debemos añadir la particular trascendencia que este espacio representa para las mujeres. En nuestro continente, y ciertamente también en Chile, la discriminación que padecen las mujeres adopta diferentes formas. Una de éstas facetas es la inactividad de los tribunales y, en general por parte de los órganos del Estado, de adoptar medidas concretas para prevenir, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos de las mujeres¹²⁷. Existe tolerancia por parte de los órganos del Estado frente a los actos que atentan contra los derechos de la mujer. Ante la inactividad del Estado¹²⁸, la acción complementaria del sistema interamericano se vuelve crítica. “El acceso al sistema internacional de protección en materia de derechos humanos, en los casos en que las cuestiones de género son ventiladas, no supone habilitar una instancia internacional para debatir con el Estado sobre lo que una y otra parte consideran o no violaciones a los derechos humanos, sino, en realidad, la única oportunidad de que una instancia,

¹²⁶ Vg. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 156 y ss.

¹²⁷ CIDH. *El Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 de enero de 2007. nota 123.

¹²⁸ “La actitud de ignorar la denuncia, de no tramitarla, tiene profundas raíces culturales, entre las que se cuenta la dificultad misma de plantear estas cuestiones”. PINTO, Mónica. *Op. Cit.*, nota 71, p. 203.

cualquiera sea ella, se expida sobre la denegación de justicia de que ha sido objeto la víctima [...]”¹²⁹. Las dificultades que experimentan las mujeres en el acceso a la justicia fueron documentadas por la Comisión Interamericana en un informe que aborda en forma específica esta problemática. En éste constató la existencia de un patrón de impunidad en los casos de violencia contra la mujer¹³⁰.

Desgraciadamente, al estudiar los casos del sistema interamericano que abordan la violación de los derechos humanos de la mujer asociados al ejercicio de la sexualidad y la reproducción¹³¹, podemos percatarnos que no existe un gran número de pronunciamientos¹³². De hecho, no existen muchos casos en los que la condición de mujer de la víctima sea un hecho determinante para la configuración de la responsabilidad internacional del Estado¹³³, situación que contrasta con los problemas de discriminación que padecen las mujeres del continente. Sin perjuicio de lo anterior, analizaremos cuál ha sido la labor de los órganos del sistema interamericano en relación a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

¹²⁹ *Ibid.* p.193.

¹³⁰ CIDH. *El Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 de enero de 2007. Desde una mirada crítica a la labor de los órganos del Estado, se ha sostenido que “La práctica del sistema interamericano exhibe un plano de realidad en el que las violaciones a los derechos humanos de las mujeres tienen garantía de impunidad y esa denegación de justicia conduce a la petición internacional”. En: PINTO, Mónica, *Op.Cit.*, nota 71, p. 193.

¹³¹ Para un análisis de la jurisprudencia relevante en materia de derechos humanos de las mujeres tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ver PALACIOS Patricia, *Selección de Jurisprudencia Universal e Interamericana en Materia de Derechos Humanos y Mujeres*. [en línea] Santiago, junio de 2006 [consultado 10 de mayo de 2007] Disponible en www.publicacionescdh.cl

¹³² Sin embargo, no podemos desconocer que a nivel latinoamericano han existido avances en esta materia. Podemos destacar la creación y trabajo de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) y la Relatoría Especial sobre Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. GARCÍA, Soledad. *Op. Cit.*, nota 68, pp. 23 y 24.

¹³³ Ciertamente existen muchos casos presentados por mujeres tanto en la Comisión como en la Corte IDH. Pero el elemento que determina la importancia que pueda tener para la incidencia sobre los derechos de las mujeres es si, precisamente, el hecho de ser mujeres afectó el pleno goce de los derechos que consagra la Convención. Sobre este tema, MEDINA, Cecilia. *Op. Cit.*, nota 83, pp. 907 – 930.

(ii) Análisis de casos

En el sistema interamericano los derechos sexuales y reproductivos no se encuentran reconocidos autónomamente en un texto positivo. La estrategia que se ha adoptado para obtener su respeto y garantía ha sido la lectura de los derechos de la Convención desde la perspectiva de género¹³⁴. En algunas de las diferentes resoluciones que analizaremos, identificaremos cómo la utilización de esta estrategia fue trascendental para establecer la responsabilidad internacional del Estado y avanzar hacia la incorporación, visibilización y legitimación de las necesidades e intereses de las mujeres en nuestra región. Las consecuencias y aprendizajes que podemos extraer de estas resoluciones son ciertamente útiles para el debate en Chile sobre la satisfacción de los derechos sexuales y reproductivos.

Los casos y decisiones escogidos fueron seleccionados teniendo en mente tres criterios: (1) ser pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano¹³⁵, (2) que abordasen directamente aspectos de los derechos sexuales y reproductivos y estableciesen obligaciones positivas para los Estados y, (3) en el supuesto de que no hubiesen tratado directamente aspectos de los derechos sexuales y reproductivos, sus consecuencias lógicas y jurídicas puedan ser determinantes para su avance o definición.

¹³⁴ El género, como categoría de análisis plantea que las diferencias entre roles sexuales no son propiamente biológicas o naturales, sino construcciones culturales que operan sobre las identidades del rol apropiado que deben tener mujeres y hombres. Al respecto, SCOTT Joan, *Op. Cit.*, nota 59, pp.13-27. Para un análisis de la inclusión de la perspectiva de género en diversos instrumentos internacionales, García, Soledad. *Op. Cit.*, nota 68.

¹³⁵ Dado que el marco teórico de esta memoria se restringe al análisis del sistema interamericano, no analizaremos decisiones o fallos de otros órganos de protección, así como resoluciones de derecho interno de países que pudieran haber abordado estas materias. Ejemplos de esta situación son los casos *Vo vs. France*, de la Corte Europea de Derechos Humanos y *Llantoy vs. Perú*, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En relación a las jurisdicciones internas de los Estados, cabe destacar el fallo del Tribunal Constitucional de Colombia sobre Aborto y el fallo *Roe vs Wade* (además de los fallos que lo han seguido como *Dolton* y el más reciente que data de abril de 2007 sobre *Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003 (Act)*, 18 U. S. C. §1531 (2000 ed., Supp. IV), 550 U. S. (2007) de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica.

Teniendo en mente los criterios antes referidos, analizaremos los informes de la Comisión Interamericana en los casos *X e Y Vs. Argentina*¹³⁶, *María Mamérita Mestanza Chávez*¹³⁷, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*¹³⁸, además del reciente fallo de la Corte Interamericana en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*¹³⁹. En su tratamiento, utilizaremos dos de los criterios antes indicados: (a) casos que abordaron directamente aspectos de la salud sexual y reproductiva y que establecen obligaciones positivas para los Estados y, (b) casos que no trataron directamente aspectos de la salud sexual y reproductiva, pero sus consecuencias lógicas y jurídicas son determinantes para el avance o definición de este tema.

- (a) casos que abordan directamente aspectos de los derechos sexuales y reproductivos

X e Y vs. Argentina

En el caso *X e Y vs. Argentina*¹⁴⁰, la Comisión Interamericana tuvo la oportunidad de analizar si la práctica de inspecciones vaginales a las mujeres que visitaban a sus familiares en los Centros Penitenciarios de Argentina constituía una restricción legítima del derecho a la integridad personal.

¹³⁶ CIDH. Informe N° 38/96. Caso 10.506. Argentina. 15 de octubre de 1996. OEA/Ser.L/V/II.95. Doc. 7 rev. 14 marzo 1997. Original: Español.

¹³⁷ CIDH. Informe N° 71/03. Petición 12.191. *Solución Amistosa. María Mamérita Mestanza Chávez*. Perú. 10 de octubre de 2003. OEA/Ser.L/V/II.118. Doc. 70 rev. 2. 29 diciembre 2003. Original: Español.

¹³⁸ CIDH. *Caso Baby Boy*. Resolución no. 23/81. 6 de marzo de 1981.

¹³⁹ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

¹⁴⁰ CIDH. *Caso X e Y vs. Argentina*. Informe n° 38/96 15 de octubre de 1996

Las peticionarias del caso (cuyas identidades fueron reservadas) eran cónyuge e hija común de uno de los internos del penal¹⁴¹. La señora X y su hija Y, quien a la fecha de los hechos tenía 13 años de edad, debían someterse a la práctica de revisiones vaginales para poder tener contacto en forma personal (*cuerpo a cuerpo*) con su familiar. Si rehusaban someterse a la revisión vaginal, tenían la opción de realizar la visita a través de un vidrio. Ellas no eran las únicas mujeres que debían someterse a este procedimiento para poder visitar a sus familiares y tener contacto personal con ellos. La señora X manifestó su molestia y disconformidad con esta práctica ante las autoridades del Recinto Penitenciario y, al no recibir una respuesta favorable, interpuso un recurso de amparo, por sí y en representación de su hija, ante los tribunales nacionales. La Corte Suprema de la Nación señaló que las medidas adoptadas por el Servicio Penitenciario Federal respecto a X y su hija Y no eran “manifiestamente arbitrarias, en el sentido de la ley de amparo, ‘...toda vez que no parece existir en la actualidad medios alternativos -- por lo menos en lo que respecta a sustancias estupefacientes-- para detectar la presencia de objetos peligrosos en aquellos visitantes que pretenden tener contacto físico con los internos’”¹⁴². Se le indicó que ésta era una práctica ajustada a la normativa vigente y que era necesaria para mantener la seguridad dentro de los recintos carcelarios, pues impedía que la vagina sirviera de vehículo para ingresar sustancias o elementos peligrosos.

La señora X, por sí y en representación de su hija, solicitó a la Comisión que declarara que la práctica de las revisiones vaginales era lesiva de su dignidad y de la de su hija; una medida de carácter penal degradante que trascendía a la persona del imputado y, finalmente, que era una práctica discriminatoria hacia las mujeres por lo que constituía una violación de los artículos 1.1, 5.3 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ante la Comisión el Estado reconoció la existencia de estas inspecciones vaginales y reiteró, *inter alia*, que constituían una restricción legítima de los derechos de las

¹⁴¹ Para resguardar sus identidades se les denominó X e Y respectivamente.

¹⁴² CIDH. *Caso X e Y vs. Argentina*. Informe n° 38/96, 15 de octubre de 1996, párr. 11.

peticionarias, puesto que estaban destinadas a “impedir que las zonas pudendas de las mujeres se utili[zaran] para la introducción ilegal en la unidad, de armas, explosivos, estupefacientes u otros objetos peligrosos para la población carcelaria”¹⁴³. El Estado destacó que esta no era una medida generalizada, sino que sólo se utilizaba en circunstancias calificadas caso a caso y que, en último término, las personas podían comunicarse mediando una barrera de vidrio.

La Comisión analizó si (1) existía una práctica de las revisiones vaginales como requisito para la visita con contacto personal en el caso; (2) si existía una restricción de los derechos de las peticionarias y si satisfacía los requisitos que exige la Convención para ser considerada legítima.

Después de constatar la existencia de la práctica de inspecciones vaginales, analizó los requisitos que la Convención establece para considerar legítima una restricción derechos humanos.

Analizó la legitimidad de la restricción señalando que estas debía: “1) ser prescrita por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículo 32.2, y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos”¹⁴⁴.

Sobre la necesidad que toda restricción sea realizada por la ley, señaló que si bien la práctica de las revisiones vaginales estaba prescrita en la normativa argentina, esta prescripción se realizaba en términos vagos, sin indicar las situaciones concretas en las cuales podía practicarse una intervención tan severa en el cuerpo de la mujer que afectaba derechos fundamentales de ésta¹⁴⁵. En relación a las necesidades de una sociedad democrática, señaló que si bien podía justificarse en forma excepcional la

¹⁴³ *Ibíd.* párr. 36.

¹⁴⁴ *Ibíd.* párr. 60.

¹⁴⁵ *Ibíd.* párr. 64.

práctica de inspecciones vaginales, “no puede sostenerse que su aplicación sistemática a todos los visitantes sea una medida necesaria para garantizar la seguridad pública”¹⁴⁶. Indicó que en forma previa a la realización de la inspección debían evaluarse medidas alternativas, puesto que las inspecciones vaginales no eran el único procedimiento ni el más idóneo para garantizar la seguridad de los recintos penitenciarios. Finalmente, señaló que un juez debería evaluar la necesidad de llevar a cabo esas inspecciones como requisito ineludible para una visita personal sin infringir la dignidad e integridad personal del individuo y que el procedimiento debe ser realizado por profesionales de la salud.

En síntesis, la Comisión concluyó que esta práctica del Estado había violado los derechos de las peticionarias. Señaló que las inspecciones vaginales no eran *per se* ilegales, “[s]in embargo, cuando el Estado realiza cualquier tipo de intervención física en un individuo, debe observar ciertas condiciones para asegurar que no produzca más angustia y humillación que lo inevitable”¹⁴⁷.

La Comisión, a partir del análisis de la legitimidad de las restricciones, definió el contenido y alcance de los derechos a la integridad personal y la intimidad. Su definición fue hecha en términos negativos, pues indicó que “[e]l derecho a la intimidad garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo”¹⁴⁸. Además, calificó las inspecciones vaginales como “mucho más que una medida restrictiva en el sentido de que implica la invasión del cuerpo de la mujer”¹⁴⁹. Añadió que “por su naturaleza, constituye[n] una intrusión tan íntima del cuerpo de una persona que exigen protección especial”¹⁵⁰. Finalmente, indicó que debía existir un control sobre estos procedimientos pues existía la posibilidad que se

¹⁴⁶ *Ibíd.* párr. 68.

¹⁴⁷ *Ibíd.* párr. 87.

¹⁴⁸ *Ibíd.* párr. 96.

¹⁴⁹ *Ibíd.* párr. 71.

¹⁵⁰ *Ibíd.* párr. 82.

“utili[zaran] en circunstancias innecesarias, sirva de intimidación y se constituya en alguna forma de abuso”¹⁵¹.

En base a los razonamientos que realiza la Comisión de las restricciones de los derechos a la integridad personal e intimidad, estimamos que, si bien ésta definió negativamente el contenido y alcance de estos derechos, esto sólo puede significar que existe un derecho de libertad y autodeterminación que inhibe la intervención del Estado en esta esfera¹⁵².

Si aplicamos este razonamiento a los derechos sexuales y reproductivos veremos que los derechos a la integridad personal y a la intimidad reconocidos en la Convención amparan a las mujeres de invasiones ilegítimas en su cuerpo, entre las que podríamos encontrar, *inter alia*, la esterilización forzada, el embarazo forzado, la ablación genital, además de todas las formas de abuso y tráfico sexual. Los derechos a la integridad personal e intimidad en esta esfera resguardarían las decisiones relativas al ejercicio de la sexualidad y la reproducción, además de establecer las obligaciones correlativas del Estado en esta materia.

Mamérita Metanza

En el caso de *Mamérita Metanza*¹⁵³ se abordaron, entre otras cuestiones, la legitimidad de la esterilización forzada practicada a la víctima del caso y los mecanismos de reparación de las perniciosas consecuencias que ocasionó. Este caso terminó con el acuerdo amistoso alcanzado ante la Comisión entre los peticionarios y el Estado de Perú

¹⁵¹ *Loc. Cit.*

¹⁵² Esta interpretación al derecho a la integridad personal puede encontrarse en MEDINA QUIROGA, Cecilia. *Op. Cit.*, nota 28, pp. 138-139.

¹⁵³ CIDH. *Caso Mamérita Metanza*. Solución amistosa. Informe 71/03. 10 de octubre de 2003

y permitió, a la postre, cuestionar las políticas públicas sobre control de la natalidad en el Perú.

La señora Mamérita Metanza fue coaccionada por agentes del Estado a someterse a una esterilización quirúrgica. Éstos le indicaron que si no se sometía a este pronunciamiento quirúrgico y tenía otro hijo, debería pagar una multa y sería llevada a la cárcel¹⁵⁴. La señora Metanza accedió a este procedimiento, el cual se llevó a cabo sin que mediaran las condiciones médico – sanitarias necesarias para realizar este tipo de operaciones. Con posterioridad a esta intervención, el compañero de la señora Metanza en reiteradas ocasiones le indicó a los funcionarios médicos encargados del centro de atención de salud en el cuál se realizó la intervención quirúrgica, que Mamérita presentaba graves complicaciones de salud, pero éstos hicieron caso omiso de sus reclamos¹⁵⁵. La negligente atención pre y post operatoria finalmente le provocó la muerte. El Estado no investigó ni sancionó a los responsables de la muerte de la señora Metanza¹⁵⁶.

El acuerdo amistoso en este caso contempló, entre otras cuestiones, el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 1.1, 4, 5 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El Estado peruano, “admitió su responsabilidad internacional por los hechos descritos y se comprometió a adoptar las medidas de reparación material y moral por el daño sufrido e impulsar una exhaustiva investigación, tendiente a la sanción de los responsables en el fueron común, así como a adoptar medidas de prevención para evitar que se repitan hechos similares en el futuro”¹⁵⁷.

Entre los compromisos asumidos por el Estado se encontraba la investigación de “los responsables de los actos de vulneración del derecho al libre consentimiento de la señora

¹⁵⁴ *Ibíd.* párr. 10.

¹⁵⁵ *Ibíd.* párr. 11.

¹⁵⁶ *Ibíd.* párr. 12.

¹⁵⁷ *Ibíd.* párr. 14. Segunda.

María Mamérita Metanza Chávez, para que se sometiera a la ligadura de trompas”¹⁵⁸. Por otra parte y en relación al compromiso del Estado de realizar modificaciones a la legislación y a las políticas públicas sobre salud reproductiva y planificación familiar, se estableció, *inter alia*, la revisión de los procesos judiciales en todos aquellos casos de procesos penales por violaciones de derechos humanos cometidos en la ejecución del “Programa Nacional de Salud Reproductiva y Planificación Familiar”¹⁵⁹; la “adop[ci]ón [de] medidas drásticas contra los responsables de la deficiente evaluación pre-operatoria de mujeres que se somet[a]n a una intervención de anticoncepción quirúrgica”¹⁶⁰; “llevar a cabo, permanentemente, cursos de capacitación calificada, para el personal de salud, en derechos reproductivos, violencia contra la mujer, violencia familiar, derechos humanos y equidad de género [...]”¹⁶¹ y “[a]doptar las medidas administrativas necesarias para que las formalidades establecidas para el estricto respeto del derecho al consentimiento informado sean acatadas cabalmente por el personal de salud”¹⁶².

El acuerdo amistoso significó que el Estado reconoció que las mujeres no podían ser objetos de políticas públicas que las enajenaran del control sobre su propia reproducción. El Estado, igualmente, reconoció la importancia del consentimiento de la mujer en el ejercicio de la salud reproductiva, el cual debe ser resguardado mediante el acceso a información y el respeto de un plazo razonable de reflexión.

El tenor de la solución nos permite concluir que el Estado se comprometió a respetar y garantizar el ejercicio libre y consentido de la salud reproductiva de todas las mujeres, así como a sancionar las coacciones y violaciones que sobre ellas se ejerzan.

¹⁵⁸ *Ibíd.* párr. 14. Tercera.

¹⁵⁹ *Ibíd.* párr. 14. Decimoprimera. a- 1).

¹⁶⁰ *Ibíd.* párr. 14. Decimoprimera. b- 1)

¹⁶¹ *Ibíd.* párr. 14. Decimoprimera. b- 2)

¹⁶² *Ibíd.* párr. 14. Decimoprimera. b- 3)

Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú

En el *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*¹⁶³ la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó los hechos que rodearon el ataque ordenado por el Estado de Perú al reseñado Centro Penitenciario. Este ataque fue dirigido, principalmente, hacia el pabellón de mujeres. La Corte, al interpretar las obligaciones del Estado en relación al derecho a la integridad personal de las víctimas, visibilizó cómo la condición de mujeres de éstas fue determinante para el tipo de ataques de los cuales fueron víctimas y cómo éstos las afectaron.

Respecto del ataque al Penal Miguel Castro Castro, la Corte cita la sentencia emitida por la Sala Nacional de Terrorismo de la Corte Suprema de Justicia del Perú el 3 de febrero de 2004, la cual señala que al momento en que sucedieron los hechos el Gobierno de la época señaló que el asalto era un “operativo” que tenía por objeto el traslado de las mujeres que se hallaban recluidas en el pabellón 1A del Penal, a la cárcel de máxima seguridad de mujeres en Chorrillos. La verdadera intención tras el “operativo” “no fue el referido traslado de las internas, sino que se trató de un ataque premeditado, un operativo diseñado para atentar contra la vida y la integridad de los prisioneros que se encontraban en los pabellones 1A y 4B del Penal Miguel Castro Castro. Los actos de violencia fueron dirigidos contra dichos pabellones, ocupados en el momento de los hechos por internos acusados o sentenciados por delitos de terrorismo y traición a la patria”¹⁶⁴.

Durante el ataque las internas que se encontraban dentro del penal fueron víctimas de agresiones por medio de “balas, explosiones, gases, esquirlas, granadas, bombas y caída de escombros durante los cuatro días que duró el ataque”¹⁶⁵. “Todos los internos

¹⁶³ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160

¹⁶⁴ *Ibíd.* párr. 197.16.

¹⁶⁵ *Ibíd.* párr. 284.

enfrentaron condiciones de sufrimiento adicionales en el curso de esos cuatro días, como lo fueron la privación de alimentos, agua, luz y atención médica”¹⁶⁶.

Con posterioridad al ataque, “[l]as internas trasladadas a las cárceles de ‘Santa Mónica de Chorrillos’ y de ‘Cristo Rey de Cachiche’ fueron objeto de constantes maltratos físicos y psicológicos. Fueron mantenidas sin contacto con el mundo exterior, ni acceso a libros, televisión, radios o periódicos. No se les permitía dialogar entre sí, leer o estudiar, ni realizar trabajos manuales de ningún tipo [...] La violación de cualquiera de esta[s] prohibiciones era motivo de golpizas. Tampoco tenían acceso a materiales de aseo personal, tales como jabón, papel higiénico, toallas sanitarias, ni ropa íntima para cambiarse, así como ropa de abrigo. Permanecían encerradas 23 horas y media o 24 horas del día en una celda de dos metros por dos metros, la cual compartían al menos dos personas. Dichas celdas no tenían acceso a luz de ningún tipo, natural o artificial, por lo que permanecían en una oscuridad constante. Los alimentos eran escasos. Eran objeto de constantes requisas, durante las cuales recibían golpes, puntapiés, choques eléctricos, golpes en la planta de los pies con varillas, les arrojaban agua y las amenazaban con matarlas. Asimismo, si se negaban a cantar el himno nacional eran castigadas”¹⁶⁷.

Algunas de las mujeres internas y de los hombres internos, fueron trasladadas “al Hospital de la Sanidad de la Policía. Allí fueron desnudados y obligados a permanecer sin ropa durante casi todo el tiempo que estuvieron en el hospital, que en algunos casos se prolongó durante varios días y en otros durante semanas. En algunos casos les dieron una bata luego de quince días, al momento de trasladarlas a los penales donde fueron reubicadas. En el Hospital se encontraban rodeados de individuos armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. A las internas no se les permitió asearse, estaban cubiertas con tan solo una sábana, y en algunos casos para utilizar los servicios sanitarios debían hacerlo acompañadas de un guardia armado,

¹⁶⁶ *Ibíd.* párr. 285.

¹⁶⁷ *Ibíd.* párr. 197.51.

quien no les permitía cerrar la puerta y las apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas”¹⁶⁸. Una de las internas fue víctima “de una ‘inspección’ vaginal dactilar, realizada por varias personas encapuchadas a la vez, con suma brusquedad, bajo el pretexto de revisarla”¹⁶⁹.

La Corte analizó cómo las mujeres experimentaron las agresiones y los daños que la violencia les provocó, considerando sus necesidades y el bagaje cultural e histórico de la violencia contra ellas en supuestos de conflicto armado. Al efecto indicó que “[a]l analizar los hechos y sus consecuencias [...] tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres”¹⁷⁰. Así mismo afirmó que “[e]s reconocido que durante los conflictos armados internos e internacionales las partes que se enfrentan utilizan la violencia sexual contra las mujeres como un medio de castigo y represión. La utilización del poder estatal para violar los derechos de las mujeres en un conflicto interno, además de afectarles a ellas de forma directa, puede tener el objetivo de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección”¹⁷¹. La Corte, además, ejerció su competencia contenciosa respecto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (en adelante Convención Belem do Pará), despejando las dudas sobre su facultad para conocer de este instrumento¹⁷².

Sobre los actos de violencia que tenían por objeto dañar específicamente a las mujeres, la Corte identificó que la desnudez forzada; el ser custodiadas por hombres; la

¹⁶⁸ *Ibíd.* párr. 197.49

¹⁶⁹ *Ibíd.* párr. 197.50.

¹⁷⁰ *Ibíd.* párr. 223.

¹⁷¹ *Ibíd.* párr. 224.

¹⁷² Para un análisis de este fallo ver, NASH, Claudio y SARMIENTO, Claudia. Reseña de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). En: “*Anuario de Derechos Humanos*”. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007.

observación y permanente amenaza del uso de la fuerza por parte de los guardias cuando ellas debían usar los servicios sanitarios, así como la imposibilidad de asearse, eran formas de violencia sexual¹⁷³. Definió violencia sexual - haciendo eco de los estándares que tribunales internacionales han utilizado sobre esta materia (Vg. Caso Jean Paul Akayesu¹⁷⁴) - indicando que ésta “se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno”¹⁷⁵.

En nuestra opinión, la importancia que tiene visibilizar y sancionar la violencia sexual en los términos que lo hace la Corte, radica en reconocer los profundos sufrimientos que provoca en sus víctimas, los cuales pueden ser de una entidad superior o igual a la violencia física. La violencia sexual o sexualizada persigue, por una parte, amedrentar a su víctima mediante la amenaza constante del uso de la violencia sexual, y por otra, humillar mediante el sometimiento de la voluntad a través de la enajenación del consentimiento en el ejercicio y control de la propia sexualidad¹⁷⁶. *A fortiori*, el ámbito simbólico que tiene este tipo de violencia tiene por objeto y resultado la relegación de la mujer a ciertos espacios y momentos donde no le es lícito transitar (Vg. ninguna mujer “sensata” se expondría a caminar sola en la noche). La sentencia de la Corte hace patente el contexto de dominación y sumisión¹⁷⁷ que subyace a estas vejaciones, que esperamos

¹⁷³ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 306 - 308.

¹⁷⁴ Citado en: PALACIOS Patricia. “The Path to Gender Justice in the Inter-American Court of Human Rights”. Harvard LLM Long Paper, 2006.

¹⁷⁵ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 306.

¹⁷⁶ Al respecto, COPELON, Ronda. “Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture”. En: Cook Rebecca *Human Rights of Women. National and International Perspectives*. Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 1994. pp. 116-152. La violencia como forma de control y sanción ha sido entendida como una forma de castigar a la mujer por desviarse de los roles que tradicionalmente ha detentado (mujer/madre/esposa) y alejarse de la esfera de lo privado donde principalmente se ejerce este control. Sobre la desviación de los roles de género, LARRANDART, Lucía. “Control Social, derecho penal y género”. En: *Las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires, Ed. Biblos, 2000. pp. 85-108.

¹⁷⁷ Los argumentos de la Corte podrían ser útiles para quienes argumentan que la erotización de la dominación, a la postre, enajena a las mujeres de su sexualidad y las vuelve objetos para satisfacer las

sea percibido como ilegítimo por la comunidad en general y por los Estados en particular.

Avanzando en su razonamiento sobre el contenido y extensión de la violencia sexual, la Corte resolvió que la revisión vaginal dactilar que padeció una de las víctimas era constitutiva de violación sexual¹⁷⁸. Por medio de esta sentencia el tradicional entendimiento de de la violación sexual al señalar que ésta “no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril”¹⁷⁹. Igualmente indicó que la violación es un acto “especialmente grave y reprobable”, constitutivo de tortura¹⁸⁰.

Estimamos que la importancia de la definición amplia de violación que utiliza la Corte pone el acento en la integridad sexual de la propia víctima, puesto que existen ataques a la sexualidad de la mujer que no requieren de penetración vaginal para provocar severos daños en las mujeres, igualables al experimentado en el tradicional entendimiento de este delito. De esta constatación emana la trascendencia de este pronunciamiento: la Corte indica cómo debe ser entendida la violación sexual y qué tipo de conductas se ven comprendidas en ella, estableciendo la obligación para los Estado de respetar y garantizar el derecho a la integridad de las mujeres conforme a esta definición. Además, la calificación como tortura de la violación, supone el deber correlativo de tipificación¹⁸¹ de este acto a supuestos que incluyan ataques distintos a la penetración fállica vaginal.

necesidades de los hombres en el contexto de la sociedad patriarcal. Al respecto, MACKINNON C. “Crímenes de Guerra. Crímenes de Paz”. En: SHUTE, S. y HURLEY, S. (ed). *De los Derechos Humanos*. Madrid, Editorial Trotta, 1998. pp. 87-115.

¹⁷⁸ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 312.

¹⁷⁹ *Ibíd.* párr. 310.

¹⁸⁰ *Ibíd.* párr. 312.

¹⁸¹ La Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura, Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario, señala en su Artículo

Sobre los ataques o situaciones que la Corte considera provocaron daños agravados en las mujeres, examinó las condiciones de detención en la que se encontraban las y los internos; el régimen de incomunicación severa; la desatención por parte del Estado de las necesidades fisiológicas de las internas al negarles materiales de aseo personal, como jabón, papel higiénico, toallas sanitarias y ropa íntima para cambiarse y la desatención de las necesidades de salud pre y post natal¹⁸².

Al analizar el régimen de incomunicación que padecieron los y las internas, la Corte señaló que ésta provocó daños agravados para las mujeres, indicando que “la imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas madres”¹⁸³. Este último razonamiento de la Corte debe criticarse, no porque no exista un vínculo entre madres e hijos e hijas que el Estado debe resguardar, sino porque desconoce que este vínculo también existe frente a los padres, respecto de los cuales no reconoció una violación del artículo 5 de la Convención. Esta decisión de la Corte refuerza el estereotipo social de *mujer madre*, al desconocer que la crianza de las y los hijos debe ser un proceso común entre padres y madres¹⁸⁴.

En relación a las obligaciones del Estado respecto de las necesidades fisiológicas de las internas, la Corte citó al Comité Internacional de la Cruz Roja el cual indica que los

6 que “[d]e conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción. Los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad. Igualmente, los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción”. Como se aprecia, este artículo establece un deber de punición de la tortura. De este hecho radica la trascendencia de catalogar la violación sexual como tortura.

¹⁸² Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No 160, párr. 319.

¹⁸³ *Ibíd.* párr. 330.

¹⁸⁴ La Corte alcanza sus conclusiones en base a las solicitudes que los intervinientes en el procedimiento realizan. En este sentido, la Comisión no solicitó a la Corte considerar como una violación del artículo 5 las consecuencias de la incomunicación respecto de las padres, ni de las madres. La interviniente común fue quien llamó la atención sobre las perniciosas consecuencias del régimen de incomunicación únicamente respecto de las internas que eran madres. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No 160, párr. 260, letras u, v, w.

Estados deben precaver que “las condiciones sanitarias [en los centros de detención] sean adecuadas para mantener la higiene y la salud [de las prisioneras], permitiéndoles acceso regular a retretes y permitiéndoles que se bañen y que limpien su ropa regularmente”¹⁸⁵.

Estimamos que tras el razonamiento de la Corte sobre las necesidades fisiológicas de las mujeres, está el reconocimiento de que existen situaciones que, aunque puedan concebirse como neutras, - en los hechos del caso no se le prestó acceso a servicios higiénicos ni atención de salud a ninguna persona, independientemente de su sexo – éstas afectan a hombres y mujeres en forma distinta. Conforme a lo anterior, el trato que se les otorgue a las mujeres debe realizarse acorde a las legítimas necesidades de su género, puesto que la invisibilización de éstas genera perjuicios agravados. La Corte supera la miopía de un parámetro formal, presuntamente neutral, pero profundamente masculino, de igualdad de trato, para dar pie a una noción de igualdad y no de discriminación que reconoce las diferencias legítimas entre los sujetos y que demanda acciones positivas por parte del Estado.

Podemos concluir que la Corte estima ilícita la violencia sexual contra las mujeres y la desatención de las necesidades de éstas, hechos que constituyen un incumplimiento de las obligaciones convencionales del Estado. Ciertamente tras estas afirmaciones subyace la premisa que las mujeres no deben ser víctimas de violencia, particularmente en la esfera sexual y reproductiva. Además, que éstas tienen necesidades propias de su biología y que, por una parte, la invisibilización de éstas constituye una forma de atentar contra su integridad personal, y por otra, que el Estado debe otorgar las prestaciones básicas para satisfacerlas, al menos en el contexto de las mujeres privadas de libertad.

¹⁸⁵ *Ibíd.* párr. 331.

- (b) casos cuyas consecuencias lógicas y jurídicas son determinantes para el avance o definición de los derechos sexuales y reproductivos

Caso Baby Boy

En el caso seguido contra Estados Unidos de América denominado *Baby Boy*¹⁸⁶, los peticionarios solicitaron a la Comisión que declarara, *inter alia*, que el Estado había violado el derecho a la vida consagrado en el artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en perjuicio del feto al cual denominaron *Baby Boy*, al permitir el aborto dentro de su ordenamiento jurídico. Argumentaban, entre otras cuestiones, que la violación del derecho a la vida había comenzado cuando la Corte Suprema del Estado había emitido sus sentencias en los casos *Roe vs. Wade* y *Doe vs. Dolton*. En estos fallos, la Corte Suprema reguló el aborto como parte del derecho a la intimidad de las mujeres y permitió su procedencia estableciendo límites a la intervención del Estado en el ejercicio de este derecho fundamental. Además, los peticionarios pedían a la Comisión que interpretara el derecho a la vida consagrado en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre a la luz de lo dispuesto por el artículo 4 de la Convención Americana. Este artículo señala que el derecho a la vida debe protegerse *en general, desde el momento de la concepción*.

Los peticionarios señalaban que tanto la Declaración como la Convención reconocían el derecho a la vida desde el momento de la concepción, por lo que la consagración del aborto dentro del ordenamiento jurídico del Estado debía ser considerado una violación de sus obligaciones respecto de la Declaración Americana.

La Comisión rechazó los argumentos de los peticionarios e hizo eco a los invocados por el Estado. Respecto del artículo 1 de la Declaración Americana la Comisión señaló que:

¹⁸⁶ CIDH. *Caso Baby Boy*. Resolución no. 23/81. 6 de marzo de 1981.

“[...] Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios de que el artículo I de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad, la conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiera claramente establecido este principio”¹⁸⁷.

En relación a la interpretación del derecho a la vida reconocido en el artículo 4 de la Convención Americana, señala que:

“A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicancias jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción”, son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios”¹⁸⁸.

Indicó que tanto la Declaración Americana como la CADH no consagran el derecho a la vida desde el momento de la concepción, sino un deber general de protección para el Estado desde este instante. Cuando se adoptó la Declaración, en nuestro continente los Estados regulaban esta materia en forma muy diversa, existiendo algunos que permitían el aborto, otros que lo restringían y algunos que lo criminalizaban¹⁸⁹. La forma en la que se definió el contenido del derecho a la vida obedeció a una decisión de los Estados parte de la Declaración, los cuales buscaban, precisamente, compatibilizar las distintas legislaciones de los Estados parte en relación al aborto.

¹⁸⁷ *Ibíd.* Considerando 18.h).

¹⁸⁸ *Ibíd.* Considerando 30.

¹⁸⁹ *Ibíd.* Considerando 18.e).

La resolución de la Comisión en este caso aclara una materia de vital importancia para el derecho a la autonomía reproductiva de las mujeres. Si las mujeres tienen el derecho a determinar el número de hijos y el espaciamiento entre éstos, cuando se enfrentan ante un embarazo no deseado o bien uno que pone en peligro su vida o salud, éstas no pueden ser coaccionadas a llevar a término el embarazo bajo el argumento de que la Convención consagra el derecho a la vida del feto desde el momento de la concepción. La Convención no consagra el derecho a la vida en estos términos y el artículo 4 no debe interpretarse como una norma que prohíba absolutamente el aborto, ni el acceso a métodos anticonceptivos. Si se niega el acceso al aborto y a anticonceptivos, esta decisión del Estado no tiene como fuente las obligaciones que en relación al derecho a la vida consagra la Convención Americana, sino otras.

4. Conclusiones

A partir de la evolución histórica de este tema, de los intentos de otorgarle una concreción jurídica clara, así como de la labor que a estos efectos ha desarrollado el sistema interamericano, podemos observar que los derechos sexuales y reproductivos existen, generan obligaciones para los Estados y están posicionándose decididamente dentro del debate jurídico y político.

El reconocimiento y exigibilidad de los derechos sexuales y reproductivos tiene una trascendencia mayúscula para las mujeres, pues es en esta esfera de la personalidad donde tradicionalmente la sociedad patriarcal ha ejercido su control. Afirmar que el ejercicio de la sexualidad y la reproducción constituyen derechos fundamentales, propios de los derechos humanos ya existentes, supone el establecimiento de un ámbito en el cual el Estado no puede interferir. Por otra parte, implica un reconocimiento acerca de la licitud y existencia de estos derechos, cuestión que demanda acciones positivas del Estado en orden a asegurar su pleno goce y ejercicio. En síntesis, reconoce a las mujeres

– y a los hombres también – la condición de personas plenas, capaces de autodeterminarse sexual y reproductivamente, sin ser consideradas objetos de políticas públicas de control demográfico, o bien receptáculos o instrumentos sin voluntad y opinión sobre la reproducción humana.

Los derechos sexuales y reproductivos, en nuestra opinión, son un buen ejemplo de cómo la perspectiva de género puede permear el derecho internacional de los derechos humanos. Ésta, al reconocer que los roles sexuales son en realidad construcciones sociales asociadas a la sexualidad, nos permite identificar cómo en el derecho se trasuntan estas visiones. A pesar del manto de neutralidad bajo el cual comúnmente se realiza la creación y exégesis del derecho, éste recrea la realidad y la contención de ésta a partir de una hegemónica mirada patriarcal. Si las mujeres desde antaño son titulares de los derechos a la vida, la integridad personal y la intimidad, el que éstos no hayan sido interpretados en su faz sexual y reproductiva sólo pone en evidencia las dificultades estructurales de sociedades indiferentes o ciegas a la condición real de las y los sujetos que las componen, los cuales, coincidentemente, son aquellos que no tienen acceso al poder, motivo por el cual sus preocupaciones e intereses no son debidamente representados y reconocidos, mucho menos satisfechos.

En términos prácticos los derechos sexuales y reproductivos consagran la autonomía de todas las personas a la hora de ejercer y decidir sobre su reproducción y sexualidad. Esta afirmación redundante en que la privación o vulneración de esta autonomía, implica una violación de las obligaciones convencionales del Estado, conforme lo han indicado la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una vez establecida la responsabilidad del Estado, las reparaciones nos permiten, *inter alia*, solicitar al Estado medidas de no repetición de las violaciones, donde podemos encontrar un campo útil para reformas legislativas e implementación de políticas públicas, entre otras cuestiones.

De esta forma, los derechos sexuales y reproductivos se presentan como un elemento que produce una alternativa diferente a la tradicional aproximación a la normativa en general y a los derechos humanos en particular. Introducen una visión distinta en el

contenido de derechos como la vida, la integridad personal o la protección de la honra y la dignidad. Visibilizan y legitiman las necesidades de vastos sectores de la población, las cuales, hasta ahora, no han sido respetadas y garantizadas.

Lo anterior no hace sino demostrar que el derecho puede ser una herramienta útil para la superación de la discriminación de la mujer y el respeto y garantía de sus derechos sexuales y reproductivos. Particularmente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por objeto la promoción y protección de los derechos fundamentales de todas las personas, sin distinciones, donde encontramos, por supuesto, a las mujeres. La lógica de su estructura permite que, en orden a satisfacer su objetivo, deba reconocer la particular situación en la que se encuentran las y los titulares de derechos humanos, lo que vuelve legítimas y patentes las necesidades propias de las mujeres. En este orden de cosas, para poder satisfacer estas necesidades deberá identificar los obstáculos que impiden el pleno goce de los derechos por todas las personas, lo que en el caso de las mujeres puede significar la búsqueda de la remoción de barreras culturales, económicas, jurídicas, etc.

A continuación analizaremos la forma en que el Estado de Chile ha regulado una de las facetas de los derechos sexuales y reproductivos: la autonomía reproductiva en relación al acceso al aborto. Luego, verificaremos si la regulación del Estado de Chile cumple con las obligaciones que la Convención Americana establece en relación a los derechos la vida y la integridad personal.

**SEGUNDA PARTE: LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE CHILE POR LA
PENALIZACIÓN SIN EXCEPCIONES DEL ABORTO**

CAPÍTULO IV: LA PENALIZACIÓN SIN EXCEPCIONES DEL ABORTO EN CHILE

1. Tratamiento legal

En los sistemas jurídicos penales encontramos diferentes formas de regular el aborto: (1) mediante el establecimiento de plazos dentro de los cuales la mujer puede lícitamente realizarlos; (2) causales de autorización para su realización, las cuales pueden ser de orden terapéutico, eugenésico y criminológico, ente otros; (3) o bien realizando una mixtura de plazos y causales, por ejemplo, permitiendo abortar libremente dentro de cierto periodo de tiempo y una vez expirado éste, sólo bajo determinadas causales¹⁹⁰.

Chile no trata el aborto como ninguno de estos ordenamientos jurídicos. En nuestro país el aborto se encuentra tipificado como delito de manera absoluta en el Libro II, Título VII del Código Penal bajo el epígrafe “Crímenes y Simple Delitos contra el Orden de las Familias y la Moralidad Pública”. Este título además comprende delitos contra la integridad sexual, el abandono de niños y personas desvalidas, los delitos contra el estado civil y el incesto.

Los artículos 342 al 345 del Código Penal expresan lo siguiente:

“Artículo 342 El que maliciosamente causare aborto será castigado:

¹⁹⁰ Consultado en: Centro de Derechos Reproductivos. [en línea] [consultado 29 de mayo de 2007] Disponible en http://www.reproductiverights.org/esp_pub_fac_legal.html

1.º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia contra la mujer embarazada;

2.º Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer;

3.º Con el de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.

Artículo 343 Será castigado con presidio menor en sus grados mínimos a medio, el que con violencia ocasionare un aborto, aun cuando no haya propósito de causarlo, con tal de que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.

Artículo 344 La mujer que causare su aborto o consintiere en que otra persona se lo causare, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

Artículo 345 El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado”.

La normativa penal que regula el aborto se complementa con la legislación sanitaria, la cual ha contemplado una serie de modificaciones a lo largo de su historia.

El primer Código Sanitario data de 1931¹⁹¹. El artículo 266 regulaba el aborto terapéutico en los siguientes términos:

“Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo o practicar una intervención para hacer estéril a una mujer.

Para proceder a estas intervenciones se requiere la opinión documentada de tres facultativos.

Cuando no fuere posible proceder en la forma antedicha, por la urgencia del caso o por falta de facultativo en la localidad, se documentará lo ejecutado por el médico y dos testigos, quedando en poder de aquél el testimonio correspondiente”

¹⁹¹ Código Sanitario de la República de Chile. Decreto con Fuerza de Ley N° 226, de 15 de Mayo de 1931. Publicado en el Diario Oficial de 29 de Mayo de 1931.

La recién transcrita disposición constituye el primer reconocimiento expreso de la licitud del aborto en Chile¹⁹².

En el año 1967 se modificó el Código Sanitario¹⁹³ y lo dispuesto en el antiguo artículo 226 se abordó en el nuevo artículo 119. Este indicaba:

Artículo 119 Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta intervención se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos.

Como puede apreciarse, desde 1931 hasta 1989 - aún bajo la Constitución de 1980 - el ordenamiento jurídico chileno contemplaba la posibilidad de practicar lícitamente un aborto por motivos terapéuticos. Se encontraba sujeto únicamente a (1) la autorización de médicos cirujanos y (2) tener por objeto fines terapéuticos.

Se discutía qué situaciones se comprendían bajo la expresión *terapéutico*. Para algunos, este concepto debía interpretarse en términos estrictos. Al efecto indicaban que “[n]o nos parece, sin embargo que el alcance de los fines terapéuticos en el sentido del Art. 119 del C. Sanitario se extienda a la prevención de cualquier merma en la salud de la mujer embarazada. [...] De acuerdo con ello, ya la simple confrontación del régimen de penalidad dejaría comprendido en los fines terapéuticos que justifican el aborto las [...] mutilaciones y lesiones gravísimas, además de la vida de la mujer”¹⁹⁴. Por otra parte, existían sectores que indicaban que el aborto terapéutico debía resguardar la integridad

¹⁹² *Grosso modo*, para algunos autores la expresión “maliciosamente” usada en el artículo 342 del Código Penal permitía la realización de abortos lícitos bajo ciertas circunstancias como el peligro de vida de la madre. Mayor detalle en BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio, “La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”, en: *Revista Derecho y Humanidades N° 10*. Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2004.

¹⁹³ Decreto con Fuerza de Ley 725 Diario Oficial de la Republica de Chile. 31 de enero de 1968.

¹⁹⁴ POLITTOFF, Sergio; GRISOLIA, Francisco y BUSTOS, Juan. *Derecho Penal Chileno. Parte Especial, Delitos contra el individuo y sus condiciones físicas*. Santiago de Chile, Ediciones Encina, 1971. p 234

física y síquica de la mujer, cuestión que ampliaba el margen de apreciación para los facultativos¹⁹⁵.

Si bien existía una discusión en el gremio de la salud sobre esta normativa, los debates reflejaban que el aborto terapéutico era una práctica habitual y lícita y que únicamente existía disenso sobre la extensión de los supuestos en que podía practicarse.

Actualmente la legislación sanitaria, en lo referido al aborto, difiere completamente de la que rigió en nuestro país durante gran parte del siglo XX. El Código Sanitario regula el aborto en los siguientes términos:

“Artículo 119 No podrá ejecutarse ninguna acción destinada a provocar el aborto”.

Esta redacción data de 1989, momento en el cual la dictadura militar eliminó por medio de la ley 18.826 la institución del aborto terapéutico. Con esta modificación el aborto quedó absolutamente prohibido, tanto en la legislación sanitaria como en la penal.

¹⁹⁵ Un ejemplo exitoso de interpretación en términos amplios de la indicación terapéutica del aborto en Chile, es la situación que se presentó durante los años setenta. Podemos señalar que “[f]ue así como en 1973, un grupo de profesionales y funcionarios de la maternidad del Hospital Barros Luco (Santiago Sur), decidieron dar una nueva interpretación a la ley. Su decisión de ayudar a la mujer que solicitaba un aborto puede resumirse así “El aborto ilegal pone en peligro la salud y la vida de la mujer en el grupo económico más modesto, por lo tanto el aborto terapéutico al impedir estos riesgos, es legal”. Los requisitos para la aceptación de una solicitud de aborto fueron establecidos con la participación y consenso unánime del grupo, que propuso lo siguiente: 1. La decisión de denegar o aprobar una solicitud estaría centralizada en la sección de abortos de la maternidad. 2. Todas aquellas solicitudes en las cuales todos los esfuerzos por disuadir a la mujer hubieran fracasado, serían aceptadas. 3. El aborto sería inducido en abortos de 12 semanas o menos. 4. Los servicios serían gratuitos y restringidos exclusivamente a los residentes del área servida por el Hospital. 5. Toda mujer a la que se le indujera un aborto debería aceptar un método anticonceptivo post aborto, incluyendo la esterilización si fuera el procedimiento adecuado. Esta experiencia tan única en su género duró ocho meses. Durante el año, el número de abortos “legalizados” llegó a dos mil. Se observó una disminución notable de las complicaciones post aborto y no se registraron muertes post aborto en las mujeres residentes del área. En año anterior se habían registrado 15. El próximo paso era la extensión de esta experiencia al resto del país. La interpretación liberalizante de la ley terminó el 11 de septiembre de 1973.” Monreal, Tegalda, “Evolución Histórica del Aborto Provocado en Chile y la influencia de la Anticoncepción”, *en: Memoria Simposio Nacional Leyes para la Salud y Vida de las Mujeres. Hablemos del Aborto Terapéutico*, Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos, pp. 19.

La derogación del aborto terapéutico es un fiel reflejo de cómo sectores antidemocráticos a través del poner punitivo del Estado pretendieron perpetuar una determinada forma de pensar. La ley 18.826 se dictó restando meses para la partida del Gobierno militar, sin que mediara debate político o social. Antonio Bascuñan¹⁹⁶ indica que la modificación del Código Sanitario obedeció a la directa intervención del magisterio de la Iglesia Católica que persuadió al Gobierno de la época para que penalizara absolutamente el aborto en Chile. La Iglesia habría señalado al régimen que tenía el deber de resguardar los valores nacionales ante futuros ataques. “La auténtica razón para insistir en su derogación [el artículo 119 original] era que no distinguía entre la provocación directa y la provocación indirecta de la muerte del feto, autorizando ambas. Semejante norma es, desde luego, incongruente con la teología moral católica - que el Obispo [actual Cardenal Medina], con modestia, califica como ‘moral cristiana’ -. Pero representaba fielmente la tradición normativa chilena. La justificación del Obispo y del Almirante era falaz: la modificación que ellos respaldaban no aseguraba los valores permanentes de la nación, sino que los alteraba, radicalizando la regulación legal conforme a una orientación confesional extrema. La falacia del Obispo produjo sin embargo el efecto buscado”¹⁹⁷.

Si bien nuestra normativa es clara en tipificar todos los supuestos de aborto, hay quienes afirman que existen dentro de las normas propias del Derecho Penal causales para eximirse de responsabilidad. El artículo 10 número 10 del Código Penal contempla la excepción de responsabilidad criminal a quien obra en el legítimo ejercicio de un deber. Este numeral sería aplicable al facultativo que realizara un aborto terapéutico en caso que la vida de la mujer peligrase¹⁹⁸. Esta argumentación serviría como una forma de evitar la imposición de una sanción y haría innecesaria una modificación de la actual legislación penal. Si bien esta tesis parece razonable, esta interpretación queda al arbitrio de la autoridad judicial y el riesgo de realizar la intervención médica, a criterio y riesgo

¹⁹⁶ BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. *Op. Cit.*, nota 192.

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte Especial. T III.* Santiago de Chile. Editorial Jurídica. 1998, p. 119.

del facultativo. Además, sólo se contemplaría una causal de exculpación para el médico o facultativo, pero no respecto de la responsabilidad penal de la mujer que consiente en el aborto, quien sería castigada en todos los supuestos comisivos. Finalmente, ésta es una solución para los casos particulares que lleguen a instancias judiciales, pero no representa una respuesta idónea para superar los problemas de coherencia normativa, democrática y social que esta normativa representa.

2. Concepto de aborto

Nuestra legislación no contempla una definición del aborto y la doctrina lo ha conceptualizado de diversas formas. Para algunos es “dar muerte al feto”¹⁹⁹; para otros, la definición de este delito es “la muerte inferida al producto del embarazo que aún no es persona”²⁰⁰; “la interrupción del proceso de gestación mediante la destrucción o muerte del producto de la concepción”²⁰¹.

El elemento central de las definiciones antes transcritas es el atentado contra la vida en desarrollo del *naciturus*. La existencia del sujeto no nacido se valora como una *especie* vida y el aborto es una forma de destrucción o muerte. Los elementos que el derecho penal requiere para estar ante un aborto son (a) la existencia de un embarazo, el cual se computaría desde el momento de la anidación del óvulo en el útero de la mujer²⁰², (b) la

¹⁹⁹ POLITTOFF, Sergio; GRISOLIA, Francisco y BUSTOS, Juan. *Op. Cit.*, nota 194. p. 192.

²⁰⁰ ETCHEVERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte Especial*. T III. 3ª edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica, p. 88.

²⁰¹ GARRIDO MONTT, Mario. *Op. Cit.*, nota 198. p. 103.

²⁰² Para grupos conservadores, y en principalmente la Iglesia Católica, el embarazo se produce desde la concepción, entendiéndolo la protección de la vida desde la fecundación del óvulo. La Iglesia Católica dice: “Una discriminación fundada sobre los diversos períodos de la vida no se justifica más que otra discriminación cualquiera. El derecho a la vida permanece íntegro en un anciano, por muy reducido de capacidad que esté; un enfermo incurable no lo ha perdido. No es menos legítimo en un niño que acaba de nacer que en un hombre maduro. En realidad el respeto a la vida humana se impone desde que comienza el proceso de la generación. Desde el momento de la fecundación del óvulo, queda inaugurada una vida que no es ni la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. No llegará a ser nunca humano si no lo es ya entonces”. CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE. Declaración sobre el Aborto Provocado, parr. 12. [en línea] [consultada 31 de mayo de 2007] Disponible en <http://www.aciprensa.com/aborto/declaracion.htm>.

destrucción de un feto²⁰³ vivo con viabilidad intrauterina²⁰⁴ y (c) que la destrucción se produzca dentro del seno materno. No sería punible la expulsión de un feto vivo²⁰⁵, ni la destrucción de los fetos inviábiles o molares²⁰⁶. Resulta “improcedente limitar la noción de aborto a la interrupción del embarazo, porque puede haber aborto y el feto haber sobrevivido. El delito de aborto requiere la destrucción o deceso del producto de la concepción; a su vez, la simple destrucción o muerte del producto de la concepción es un concepto insuficiente. Si es expulsado el embrión en forma natural, no constituye aborto su destrucción posterior; tampoco la del óvulo inseminado *in vitro* podría ser calificada de aborto”,²⁰⁷.

Nuestros tribunales han hecho eco de esta definición entendiendo el delito de aborto como “el hecho de la interrupción del proceso natural del embarazo que produce la muerte del feto o producto de la concepción”²⁰⁸. Igualmente ha señalado “que el delito de aborto consiste en la interrupción del embarazo, hecho maliciosamente con el propósito de evitar el nacimiento de la criatura o interrumpir el curso progresivo del estado de gravidez”²⁰⁹; lo esencial para nuestros tribunales es la muerte del feto dentro del seno materno²¹⁰.

²⁰³ No constituirá por lo tanto aborto la extracción de un feto muerto o un embarazo molar ni los embarazo extrauterinos. Ver ETCHEBERY, Alfredo. *Op. Cit.*, nota 200, p. 96; GARRIDO MONTT, Mario. *Op. Cit.*, nota 198, p. 106.

²⁰⁴ GARRIDO MONTT, Mario. *Op. Cit.*, nota 198, p. 106.

²⁰⁵ ETCHEBERY, Alfredo. *Op. Cit.*, nota 200, p. 96.

²⁰⁶ GARRIDO MONTT, Mario. *Op. Cit.*, nota 198, p. 106.

²⁰⁷ *Ibíd.* p. 103.

²⁰⁸ Corte Suprema de Justicia en RDJ. T. LII-198.

²⁰⁹ La Corte Suprema en esta sentencia dijo: “En el silencio del legislador acerca de lo que debe entenderse por aborto y de acuerdo con lo prescrito por el artículo 21 CC ha sido acertada la sentencia recurrida al estimar que el delito de aborto consiste en la interrupción del embarazo, hecho maliciosamente con el propósito de evitar el nacimiento de la criatura o interrumpir el curso progresivo del estado de gravidez. En consecuencia, establecido que la procesada hizo a la embarazada maniobras mecánicas, colocándole una sonda de goma para producirle dilatación del útero colocándole además un pedazo de algodón a la entrada del cuello del útero e introduciéndole la mano constatando la existencia del feto y le recetó quinina con salicilato, la sentencia ha aplicado correctamente el artículo 342 No. 3 CP al estimar tales maniobras como constitutivas del delito de aborto” Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LX 1963, No. 3 4, Sec. IV, p. 247.

²¹⁰ Según la Corte suprema de Justicia “Constituye aborto toda maniobra destinada a interrumpir el embarazo, impidiendo que llegue a su término natural, independientemente de si el feto se haya desprendido o no del cuerpo de la madre; lo esencial es que se le haya privado de la vida, aunque sea dentro del seno materno, caso en el que debe entenderse consumado el aborto, tanto más, si como resultado de las maniobras, se ha seguido el fallecimiento de la madre, aunque no hayan sido la causa

3. Figuras de aborto

Nuestro legislador ha penalizado el aborto en diversos supuestos fácticos, sin que regule causales de exculpación. Cabe destacar que Chile y El Salvador son los únicos países de la región que establecen una penalización total del aborto.

Entre las diversas hipótesis de aborto que criminaliza el Código Penal chileno podemos distinguir:

(1) *El aborto ejecutado sin el consentimiento de la mujer (artículo 342 n 1º y 2º), el cual puede ser realizado con violencia o sin ésta.* Común a las hipótesis de aborto donde existe o no violencia, es la ausencia de consentimiento o bien la existencia de un consentimiento viciado²¹¹ u otorgado por una incapaz²¹² y que éste no sea perpetrado por un facultativo médico obrando dentro de su ciencia.

En relación al aborto realizado con violencia, la doctrina ha entendido que satisface el tipo la fuerza moral o física, la cual puede realizarse por cualquier medio comisivo²¹³. En el supuesto del aborto realizado sin violencia, se exige una acción destinada a provocarlo.

En el artículo 343 se establece una hipótesis especial de aborto sin consentimiento de la mujer. En éste, el delito se realiza por un tercero mediando violencia, pero que actúa sin el ánimo de provocar la muerte del feto. Se exige además que el autor tenga conocimiento del estado de preñez, o bien que éste hubiese sido notorio²¹⁴.

precisa y necesaria de ese fallecimiento” . Revista de Derecho y Jurisprudencia, TOMO LII, Nos. 3 y 4, 1955, Sec. Cuarta, p. 74.

²¹¹ ETCHEVERRY, Alfredo Derecho, *Op. Cit.*, nota 200, pp. 99 – 100.

²¹² GARRIDO MONTT, Mario. *Op. Cit.*, nota 198, p. 112.

²¹³ *Ibid.* p. 108.

²¹⁴ “Que el embarazo sea notorio no significa que sea de público conocimiento, sino que sea aparente por el aspecto físico de la mujer; especialmente, el abultamiento del vientre y otros signos que ordinariamente acompañan a la preñez. Si el embarazo no es notorio, se requiere al menos que conste al hechor, esto es,

(2) *El aborto con consentimiento de la mujer provocado por un tercero diferente a un facultativo médico actuando dentro de su arte o ciencia.* El artículo 342 n 3° regula la sanción del tercero, no la de la mujer pues para ella el legislador ha reservado un tratamiento especial. Este delito exige un consentimiento real y válido de la mujer²¹⁵, sin importar el medio, ni el uso de violencia en la acción.

(3) *El aborto provocado por la mujer.* En el artículo 344 se sanciona a la mujer que comete un aborto, ya sea mediando la intervención de un tercero que la asiste o realizado por ella misma (también conocido como *auto aborto*). El legislador ha asignado un mayor desvalor al aborto que realiza la mujer, pues le asigna una pena de mayor entidad que al resto de los supuestos de punición. “El fundamento de esta mayor dureza del legislador con respecto a la mujer, incidiría por su voluntad de abortar, que aumentaría el reproche del hecho, puesto que se encuentra en posición de garante de la vida del *naciturus*, posición que infringe categóricamente al consentir en su destrucción o muerte, situación que también se da en el autoaborto”²¹⁶. “Si no existiera esta figura, la mujer debería ser sancionada como coautora del aborto causado por tercero, y como en tal caso existiría consentimiento, la pena sería la del Art. 342 N° 3°. Aquí la penalidad es un grado superior. En el aborto consentido por la mujer, la ley considera más reprochable la conducta de ésta que la del tercero”²¹⁷.

Resulta llamativa la figura privilegiada que regula el artículo 344. En ésta se establece una causal de disminución de la pena en el caso de aborto consentido por la mujer o auto aborto, de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio, cuando “lo hiciere para ocultar su deshora”. Esta circunstancia, que se extiende únicamente a la mujer *deshonrada* y no al tercero que concurre, “debe ser entendida en

que éste tenga conocimiento efectivo de que la mujer se encuentra embarazada”. ETCHEBERRY, Alfredo. *Op. Cit.*, nota 200, p. 99.

²¹⁵ “El consentimiento debe ser prestado por la mujer libre y válidamente (en su sano juicio, teniendo edad suficiente y sin coacciones), con conocimientos de la naturaleza y consecuencias del acto en el cual consiente”. *Ibid.* p. 102.

²¹⁶ GARRIDO MONTT, Mario. *Op. Cit.*, nota 198, p. 114.

²¹⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. *Op Cit.*, nota 200, p. 102.

la referencia al concepto tradicional de las buenas costumbres en materia sexual”²¹⁸. Respecto de su contenido, se ha señalado que “[p]or ocultar su deshonra ha de entenderse la pretensión de la afectada de impedir que en el medio en que se desenvuelve se tenga conocimiento de que ha tenido una relación sexual criticada, su objetivo ha de ser evitar la reacción socialmente negativa que su embarazo puede provocar en tales circunstancias”²¹⁹.

Es cuestionable que el legislador considere menos grave o más aceptable la realización de un aborto para “ocultar una deshonra” que uno para resguardar la integridad física y síquica de la mujer. El concepto de honra se define a partir de expectativas y roles androcéntricos o patriarcales, pues el embarazo deshonra no a la mujer, sino a su familia, padre o cónyuge²²⁰. El Derecho Penal al establecer esta causal privilegiada restablece las expectativas de la familia y los cánones o roles de la mujer recta u honesta. Premia con una pena de menor entidad a la mujer que reconoce la trasgresión que ha perpetrado y que desea cumplir con su rol.

Tanto en el supuesto en que una mujer realiza un aborto porque el embarazo no se inserta dentro de su proyecto de vida, como en el supuesto que otra lo haga para ocultar su deshonra, podemos encontrar el mismo nivel de consumación. La única diferencia

²¹⁸ POLITTOFF, Sergio; GRISOLIA, Francisco y BUSTOS, Juan. *Op. Cit.*, nota 194, p. 221.

²¹⁹ GARRIDO MONTT, Mario. *Op. Cit.*, nota 198, p. 116.

²²⁰ Por ejemplo, se ha dicho que se “[c]alifica con menor pena a aquella mujer que comete aborto para ocultar su deshonra. ¿Cuál? La de estar embarazada fuera del matrimonio. Esta figura sólo tiene sentido en el contexto del tramado normativo que se teje y recae sobre la mujer, en materia penal. En efecto, el tema de la honra es el sustrato de la concepción de sexualidad y capacidad reproductiva de la mujer, desde una perspectiva en que ésta “es para o de otro, para un varón”. Tal como en el origen histórico del infanticidio, la honra de la mujer se configura con relación a la del varón al que ella pertenecerá o pertenece. Sin duda, que en la lógica de la familia legal como único lugar legítimo para el ejercicio de la sexualidad reproductiva, la posibilidad del embarazo *ad alter* del matrimonio o con anterioridad a éste, afecta la honra de la mujer. Sin embargo, que situaciones tales como, las condiciones económicas, el embarazo producto de una violación, o incluso aquel que realiza el facultativo para salvar la vida de la madre, no son aceptables por la ley, da cuenta de que la mujer debe ser controlada reproductivamente. Su capacidad de reproducir es manejada desde el espacio familiar constituido por el matrimonio y a través del Jefe de Familia”. FRIES, Lorena y MATUS, Verónica. “Sexualidad y Reproducción, una legislación para el control: el caso chileno”. En: *Género y Derecho*, FACIO Alda y FRIES Lorena (eds) Santiago, LOM ediciones, 1999, p. 700.

entre ambas a la hora de establecer la pena que cumplirán, será que una de ellas reconocerá que obró ofendiendo a su padre, cónyuge o familia.

Este concepto de honra es el que subyace a las más profundas convicciones de la judicatura nacional. Nuestros tribunales han interpretado esta causal privilegiada precisamente desde el punto de vista de la moral social patriarcal. Vg., La Corte de Apelaciones de Talca señaló que “[e]l embarazo efectivamente produjo en la reo el temor de aparecer ante su padre, afectada del deterioro de la posición social y la imagen frente a la estimación y afecto de su progenitor, que resultarían así disminuidos. Por lo que se permite concluir que la reo se encontraba en la situación prevista en el inciso 2 del artículo 344 del Código Penal, el cual rebaja la pena para el delito de aborto, estableciendo la atenuante ‘*Honoris causa*’, al señalar si la causa del aborto es la de ocultar su deshonra; y aún cuando el móvil de la reo sólo se haya proyectado a ocultar la deshonra dentro del ámbito familiar, no deja por ello de ser un menoscabo de la moralidad en la imagen social de la familia que puede constituir una forma de la deshonra que la disposición contempla”²²¹. Igual razonamiento encontramos en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda que señala que “[d]ebe estimarse que la reo, con el propósito de ocultar su deshonra, se provocó el aborto de que se trata, si vivía en la casa de sus padres, era soltera y aquéllos ignoraban la naturaleza de las relaciones que mantenía con su amante y en manera alguna aceptarían la maternidad que se avecinaba. Procede, en consecuencia, sancionarla de conformidad a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 344 del Código Penal”²²².

(4) *Aborto realizado por un facultativo que abusa de su oficio, artículo 345 del Código Penal*. El término facultativo ha sido interpretado como comprensivo de cualquiera profesión relativa al ejercicio de la medicina²²³. La voz abuso requiere que (i) actúe

²²¹ Corte de Apelaciones de Talca en sentencia rol 1892-70. Gaceta Jurídica No. 84, 1987, p. 103.

²²² Corte de Apelaciones Presidente Pedro Aguirre Cerda. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXI, No. 3, 1984, Sec. IV, p. 280.

²²³ El concepto de facultativo debe ser entendido como un concepto amplio, abarcando diferentes profesiones del área de la salud, tales como matronas, enfermeros o paramédicos y no sólo a los médicos cirujanos, así “[e]l sujeto activo es el facultativo. Por tal debe entenderse, desde luego, a los médicos; pero significando la idea de un profesional que ha hecho estudios en una facultad universitaria, es lógico

ejerciendo su profesión o arte médica²²⁴; y (ii) que su actuar no se circunscriba al ejercicio legítimo de su ciencia²²⁵. Cumplidas las circunstancias antes descritas, la pena del delito de aborto aumenta en un grado.

4. Bien jurídico protegido

De acuerdo a su ubicación en el Código Penal el bien jurídico protegido por el delito de aborto sería el orden de las familias y la moralidad pública.

Se señala que su ubicación obedece a razones históricas, puesto que la Comisión redactora del Código siguió en esta materia el Código Penal de Bélgica, el cual regulaba el aborto como un delito contra las familias y las buenas costumbres²²⁶.

La doctrina penal chilena no estima que el bien jurídico tras el delito de aborto sea el orden de las familias y moral pública. La ubicación de este delito en el Código sería simplemente desafortunada²²⁷ pues, “[e]l aborto no ofende necesariamente el orden de las familias, ya que es igualmente punible el aborto de una mujer casada que una soltera; el de una menor de edad que el de una adulta. Tampoco atenta contra la moral sexual

extender el concepto a los demás profesionales que han hecho estudios superiores y que ejercen el arte de curar, de tal modo que su “oficio” los ponga en situación de causar un aborto o de cooperar en él”. ETCHEBERRY, Alfredo. *Op. Cit.*, nota 200, p. 104.

²²⁴ *Loc. Cit.*

²²⁵ “Se entiende que abusa en el ejercicio de su función curativa cuando sobrepasa los límites que fija la *lex artis* médica. El ejercicio de toda profesión, en particular la medicina, se rige por ciertos principios y reglas que constituyen la denominada *lex artis*, a las cuales deben sujetarse los que desarrollan tal actividad; si infringen esas reglas, podrá concluirse que ha habido abuso”. GARRIDO MOTT, Mario. *Op. Cit.*, nota 198, p. 117.

²²⁶ GARRIDO MOTT, Mario. *Op. Cit.*, nota 198, p. 96. POLITTOFF, Sergio; GRISOLIA, Francisco y BUSTOS, Juan. *Op. Cit.*, nota 194, p. 186.

²²⁷ “[E]l tratamiento sistemático elegido por nuestro Código es desafortunado y explica en buena parte los errores de interpretación a que condujo en un sector de nuestra doctrina sobre la verdadera definición del aborto, lo que se hizo posible, además, por que la ley no describe la conducta de aborto”. POLITTOFF, Sergio; GRISOLIA, Francisco y BUSTOS, Juan. *Op. Cit.*, nota 194, p. 187.

(sentido en que se emplea la expresión “moralidad pública” en el título VII) aunque [en] el producto de la concepción pueda encontrarse una falta de tal clase”²²⁸.

Tampoco considera que el delito de aborto afecte la vida humana, bien jurídico protegido por el delito de homicidio, siendo correcto su tratamiento fuera de los delitos del título VIII de Código Penal, pues “[e]l legislador hizo bien en no considerar el aborto entre los delitos contra las personas, ya que el sujeto pasivo, el producto de la concepción, no es todavía persona, ni aun para el derecho penal, mientras no tenga existencia individual”²²⁹.

La doctrina penal chilena entiende que el bien jurídico es una especie de vida o vida incompleta denominada vida dependiente²³⁰, que se diferencia de la vida humana plena o vida independiente, y reconoce que tangencialmente la prohibición del aborto afectaría derechos subjetivos de la mujer embarazada como su vida o su integridad física y síquica²³¹.

²²⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. *Op. Cit.*, nota 200, p 88.

²²⁹ *Ibíd.* p. 86.

²³⁰ “Si bien la noción de vida es una, tratándose de la del ser humano se hace distinción entre vida plena (o autónoma, o independiente) y vida incipiente (o dependiente o en formación), y cuando se hace referencia a la intensidad del amparo se alude a la clase de protección que se otorga a una y a otra. Desde una perspectiva ontológica puede que por la sola circunstancia de tratarse de vida no corresponda hacer distinción entre ambas alternativas; pero no sucede otro tanto en el aspecto jurídico. [...] No obstante, en la ley positiva la vida dependiente ha sido protegida con menor intensidad que la vida plena, para constatarlo suficiente es observar que la sanción del delito de aborto (art. 342) –que tiene como bien jurídico protegido la primera- es menor que la del homicidio (art. 391), cuyo bien jurídico es la segunda”. GARRIDO, Mario. *Op. Cit.*, nota 198, p. 101.

²³¹ “Lo protegido por el delito, como bien jurídico, es la vida en gestación (o incipiente o dependiente), algunos agregan como bienes secundariamente amparados la salud de la madre puesta en peligro por las maniobras abortivas y el interés demográfico del Estado”. GARRIDO, Mario. *Op. Cit.*, nota 198, p. 97; “El hecho de que fundamentalmente sea la vida del no nacido el bien jurídico que se protege, no impide que también la ley haya querido tutelar otros bienes jurídicos: la vida y la salud de la mujer embarazada; en algunos casos, el orden de las familias; el interés demográfico (que a veces, por la inversa, lleva a algunas legislaciones a admitir con liberalidad la licitud del aborto) o, como dice la ley italiana, ‘la integridad de la estirpe’”. ETCHEBERRY, Alfredo. *Op. Cit.*, nota 200, p. 95. Este mismo sentido “Bien jurídico protegido, es por tanto, la vida del feto o vida humana dependiente, sin excluir que, en algunos casos, se tenga en cuenta otros intereses como la vida, la salud, la libertad o la dignidad de la embarazada”. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia. Editorial Tirand lo Blach, 11ª Edición 1996. p. 80.

Resulta lamentable que la doctrina penal nacional considere solo tangencialmente afectados bienes jurídicos de la mujer. En su exégesis de la norma punitiva, invisibiliza las necesidades de la mujer y únicamente la observa al momento de sancionar las acciones que ella puede realizar sobre su propio cuerpo. No considera un bien jurídicamente relevante la autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer o su proyecto de maternidad deseada.

En la doctrina penal extranjera el conflicto que la tipificación del aborto presenta en relación a los derechos de la mujer no es un tema baladí, sino por el contrario, es una realidad reconocida y tratada. Al efecto se ha señalado que “[e]l problema jurídico se plantea porque algunos consideran que el interés preponderante es, en todo caso, la vida dependiente, es decir el feto, convirtiendo a la mujer embarazada en un simple receptáculo de un ser superior al que deben rendirse todos los demás intereses en juego, incluidos los de la embarazada (su vida, su salud, su libertad, etc.). Otros en cambio, consideran que el interés preponderante es siempre el de la mujer embarazada constituyendo el feto una simple prolongación del vientre de la mujer, carente por completo de protección al margen de la que merece la mujer misma. [...] Frente a estas dos posturas, ideológicamente enfrentadas, se ha ido abriendo en los últimos treinta años en el Derecho comparado una postura intermedia que partiendo de la protección jurídico penal que merece también la vida dependiente y, por lo tanto, de la punibilidad de toda destrucción voluntaria de la misma, procura tener en cuenta los intereses de la embarazada afectada por el embarazo, admitiendo, mediante la creación de los oportunos instrumentos legales, un número mayor o menor de excepciones a esa punibilidad genérica del aborto que se acepta como punto de partida”²³².

Miradas actuales, centradas en la mujer y alejadas de la tradicional doctrina penal, han entendido que el delito de aborto es una extensión del control de la sociedad patriarcal sobre la mujer, donde el bien protegido sería, precisamente, la subordinación. Este bien jurídico estaría soterrado tras el discurso de la protección de la vida del *nacisturus*. Por

²³² MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.*, nota 231, p. 76.

vía ejemplar se ha señalado que la ubicación del delito de aborto no obedece a razones históricas sino que por el contrario, su lugar en el Código Penal “[...] no es inocua, tanto desde el punto de vista del rol que cumple este delito en el tramado normativo penal como modelo de sexualidad y familia que se quiere imponer y que hace que tenga esta ubicación y no otra. Lo que se sanciona es la desviación de la mujer del rol maternal que se inscribe en la familia. De allí que el bien jurídico que se proteja sea éste”²³³.

5. Conclusiones

El problema del aborto se desarrolla al margen del Derecho y su penalización sin excepciones no protege al feto ni a la futura madre. Tiene por objeto o resultado la afectación de los derechos de la mujer, cuestión que la doctrina penal chilena obvia, transformando su análisis, en nuestra opinión, en una postura sobre el derecho anacrónica y disociada de la sociedad que busca interpretar. El debate sobre el aborto “hace mucho tiempo [...] ha dejado de ser un problema jurídicopenal. El avance creciente de la Medicina en esta materia, una adecuada planificación familiar, la participación de la mujer en la vida social en condiciones similares a la del hombre, los problemas sociales y económicos que plantea una familia numerosa y la cada vez más fuerte conciencia de la mujer de sus propios derechos y autonomía, han debilitado la prohibición penal del aborto hasta el punto de, incluso sin reforma alguna, convertirla en una norma obsoleta verdaderamente inútil y disfuncional [...] [e]l problema social y político que presenta el aborto, se está resolviendo al margen del Derecho penal, sin que nadie piense a estas alturas que el Derecho penal puede resolver en esta materia ningún problema, ni proteger eficazmente la vida del feto. Si el Derecho penal en este ámbito sirve para algo es para castigar el aborto realizado sin consentimiento o con un consentimiento viciado de al mujer, la impericia médica, o el aborto realizado en malas condiciones higiénicas, o por personas incompetentes o con cualquier finalidad

²³³ FRIES, Lorena y MATUS, Verónica. *Op. Cit.*, nota 220, p. 700.

lucrativa, para asegurar, en definitiva, a la mujer un trato digno y un respeto a su libertad en una decisión que sólo a ella incumbe²³⁴.

Consideramos que si el legislador busca proteger al no nacido debe realizarlo de forma tal que respete los derechos de la mujer y no a través de la negación de éstos, como sucede en la penalización absoluta del aborto. Si el objetivo tras la normativa penal es, efectivamente, la protección de la vida en desarrollo del feto, existen medios más idóneos para tal efecto como subsidios a la maternidad o políticas de fomento de la natalidad. La experiencia demuestra que los países que han liberalizado las leyes de aborto y han realizado esfuerzos reales para permitir que sus ciudadanas y ciudadanos tengan efectiva información en materia de planificación familiar, logran disminuir notablemente la tasa de abortos²³⁵. Esto debe dar luces a las autoridades sobre las formas de proceder y así garantizar los derechos fundamentales de la mujer.

Desde la perspectiva de la efectividad de la política criminal tras la penalización absoluta del aborto, las altas cifras sobre la realización de esta intervención²³⁶ - que no contemplan cabalmente el número de abortos realizados en la clandestinidad - reflejan que la legislación penal no ha desempeñado un rol efectivo en la prevención de éstos. El

²³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.*, nota 231, pp. 76 - 79.

²³⁵ Según el Centro de Derechos Reproductivos “En contra de las creencias populares, los países que han legalizado el aborto inducido y creado programas accesibles de planificación familiar, combinados con un acceso efectivo a información, muestran un marcado descenso en el número de abortos realizados. En Holanda, donde el aborto no está penalizado y existen servicios gratuitos de aborto junto con un amplio acceso a anticonceptivos y servicios, así como protección social para la mujer, la tasa de abortos se calcula en 0,53 por cada 100 mujeres, convirtiéndose en el país con una de las tasas más bajas de Europa. En el caso de Cuba, que cuenta con una legislación liberal sobre aborto, la tasa permanece alta debido a que no cuenta con servicios suficientes de información y acceso a métodos anticonceptivos. En los países de América Latina con legislaciones restrictivas sobre aborto, la tasa llega a ser hasta diez veces mayor, comparada con las de países donde las leyes sobre aborto han sido liberalizadas”. [en línea] [consultado 4 de junio de 2007] Disponible en http://www.reproductiverights.org/esp_pub_fac_efectos.html

²³⁶ La ONG Foro de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos, sitúan el número de abortos en Chile en una cifra de alrededor de 150.000 abortos al año. Foro de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos. [en línea] [consultada 5 de junio de 2007] Disponible en http://www.forosalud.cl/forosalud/descargas/uploaded/doc_parlamento-vina%20_2005.pdf. Otros autores creen que la cifra es superior a 250.000 abortos al año, incluyendo las llamadas cifras negras. GARRIDO MONTT, Mario. *Op. Cit.*, nota 198, p. 96.

número personas detenidas²³⁷ y condenadas²³⁸ por este delito no guarda proporción con el total de abortos realizados. Sin embargo, demuestran que la norma que penaliza el aborto tiene vigencia real y es aplicada en perjuicio de la mujer. Además, esta normativa se aplica mediando un alto componente discriminatorio, pues las personas condenadas por este delito pertenecen a los sectores marginales de la sociedad²³⁹.

El Estado ejerce una mayor injerencia en la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres pobres, puesto que si ellas tuviesen recursos – como las mujeres de clases más acomodadas - podrían acceder a abortos seguros, bajo el manto de privacidad y confidencialidad que existe entre un médico y su paciente en el sector privado. Las mujeres de estratos socio económicos altos, cuentan con mayores elementos para prevenir un embarazo o de sobrellevarlo; en el caso que opten por abortar, cuentan con los medios para hacerlo de forma segura, por ejemplo viajando a países con leyes menos restrictivas en esta materia o accediendo a este procedimiento en clínicas privadas dentro de Chile, sin padecer el riesgo de una intervención insalubre y la potencial sanción del derecho penal²⁴⁰. Estas radicales diferencias transforman a las mujeres pobres en

²³⁷ Según el anuario estadístico de Carabineros de Chile el año 2004 se registraron 11 detenciones por delitos de aborto a nivel nacional, 8 por aborto consentido por la mujer y 3 por aborto no consentido. [en línea] [consultada 30 de mayo de 2007] Disponible en http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/policiales/carabineros/pdf/carabineros2004.pdf

²³⁸ Según el anuario estadístico del Poder Judicial durante el año 2004 hubo 7 condenados por delito de aborto consentido (1 hombre y 6 mujeres). Anuario Estadístico Poder Judicial 2004. [en línea][consultada 30 de mayo de 2007] Disponible en http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/justicia/justicia.php

²³⁹ “[E]l análisis sobre las mujeres que recurren al aborto en todas las ciudades, sin distinción de años, arroja dos altas frecuencias (ambas con un 21% del total) que corresponden a las mujeres con estudios básicos incompletos y las que “leen y escriben”. El segundo lugar de importancia (con el 19% del total) lo ocupó la categoría de mujeres que cursaron algunos años de enseñanza secundaria, sin llegar a completarla. Sólo se pudo establecer que un 9% de las mujeres había completado 12 años de ciclo educacional, existiendo un 7% de analfabetismo. [...] Se puede concluir que las mujeres procesadas por aborto conforman una población con baja escolaridad, concentrada en las categorías de educación primaria y estudios secundarios incompletos. Esto refleja las características socioeconómicas de una población pobre”. CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS Y FORO ABIERTO DE SALUD Y DERECHOS REPRODUCTIVOS. *Encarceladas. Leyes contra el aborto en Chile*. [en línea] [consultado 21 de julio de 2007] Disponible en http://www.reproductiverights.org/pdf/encars_part3.pdf.

²⁴⁰ Resulta interesante consignar que diferentes notas de prensa han dado cuenta de los llamados abortos ABC1, en los cuales por valores que van de 800 mil pesos a 1 millón 200 mil pesos se puede acceder a abortos seguros. Ejemplo de esto en La Nación [en línea] [consultado 20 de julio de 2007] Disponible en http://www.lanacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20051229/pags/20051229203826.html. También en este

ciudadanas de segunda clase, respecto de las cuales es lícita la intervención penal del Estado. “El aborto inducido se convierte en un problema de justicia social en los países que penalizan esta práctica. En ellos, las mujeres de clase social baja que carecen de recursos económicos suficientes se ven obligadas a recurrir al aborto clandestino, a diferencia de aquellas que tienen los medios suficientes para pagar un aborto seguro o viajar a los países donde es legal. Del mismo modo, como las leyes que penalizan el aborto sólo se aplican a un pequeño porcentaje de casos excepcionales, en la práctica esto produce la inoperancia de la ley con respecto al número total de abortos que se realizan a diario”²⁴¹.

El tratamiento legal del aborto responde al contexto general de las mujeres en la sociedad y es un fiel reflejo de como el Estado desde sus raíces patriarcales y valiéndose del poder punitivo, desconoce sus derechos²⁴². Les exige un deber de cuidado o la carga social excesiva, de llevar a término el embarazo en aras a preservar el desarrollo y la vida del no nacido, incluso exponiendo su propia vida. Requiere que ésta se convierta en un mártir, sin que requiera tal nivel de sacrificio a ninguna otra persona.

La mujer es sancionada siempre que consienta en el aborto con la pena de presidio menor en su grado máximo –de tres años y un día hasta cinco años- y sólo existe el beneficio de disminución de la pena si prueba haber actuado para salvar su honra. La pena señalada es idéntica a la de aquel que actúa contra la mujer causando el aborto sin su consentimiento. El que no exista un desvalor mayor en la imposición de la pena para quién vulnere la voluntad de la mujer o a su proyecto de maternidad sólo se explica por

sentido El aborto: La voluntaria solución para llegar al éxito. [en línea] [consultado 20 de julio de 2007] Disponible en http://www.uniweb.cl/jorge.sullivan/ranguipun/semana_5.html

²⁴¹ CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS. *Efectos de las legislaciones sobre el aborto inducido* [en línea] [consultada 4 de junio de 2007] Disponible en http://www.reproductiverights.org/esp_pub_fac_efectos.html

²⁴² En este sentido se ha señalado que “[s]iguiendo la lógica de la ley chilena, si bien se consagra el derecho a la vida de todas las personas, el de las mujeres está condicionado a que respeten los embarazos aun cuando no sean deseados o sean producto de la falibilidad de los medios anticonceptivos, o del desconocimiento sobre formas correctas de uso, o de la violación sexual, y aunque pongan en riesgo su propia vida. Sobre esta base, la vida de la mujer, incluido su cuerpo, no constituye sino un depósito respecto del cual ella no tiene ninguna autoridad, y el Estado, toda. Encarceladas. Leyes contra el aborto en Chile. [en línea] [consultado 21 de julio de 2007] Disponible en http://www.reproductiverights.org/pdf/encars_part3.pdf.

la invisibilización de estos intereses, puesto que no se los considera bienes jurídicos relevantes, dignos de protección penal.

El legislador valora en un menor grado los bienes jurídicos de la mujer y los condiciona a los supuestos bienes e intereses jurídicos del no nacido y, en el caso de una eventual colisión de derechos, resuelve a favor de este último. “Para nuestros legisladores no cabe justificación alguna para interrumpir el embarazo. La vida dependiente y que pone en peligro la salud de la madre, un ser independiente, cobra tal relevancia, que el bien jurídico vida en desarrollo logra más protección que la vida e integridad de la mujer. El derecho a la vida y a la integridad física de la madre consagrados constitucionalmente, se desconocen totalmente cuando el ordenamiento jurídico impide que ella pueda abortar para proteger su propia vida”²⁴³.

Además de la dimensión de la sanción que el Derecho Penal impone a la mujer que realiza un aborto, existe una dimensión simbólica en el plano social: la mujer que aborta es una asesina de niños que rehúsa cumplir con su rol natural de madre. La comunidad la castigará en cada una de las instancias ante las cuales se discuta la comisión del aborto. En los hospitales públicos las mujeres serán mal atendidas o agredidas por las y los funcionarios de salud; serán despedidas por sus empleadores y rechazadas por sus pares²⁴⁴.

La penalización absoluta del aborto es un elemento ajeno a nuestra tradición jurídica. Antes de la promulgación del primer Código Sanitario Chileno, la práctica del aborto

²⁴³ CASAS, Lidia. “Estado de Necesidad y Delito de Aborto”. *En: Simposio Nacional, Leyes para la Salud y la Vida de las Mujeres, Hablemos del Aborto Terapéutico*. Foro de Salud y Derechos Reproductivos. Santiago de Chile, 1993, p. 113.

²⁴⁴ El centro de derechos sexuales y reproductivos constata lo anterior de la siguiente manera: “El ingreso a establecimientos carcelarios trae terribles consecuencias, tanto para las mujeres procesadas por aborto como para su familia. En Chile, donde el aborto está penalizado en cualquier circunstancia, los estudios indican que el encarcelamiento crea cierto estigma que afecta a la mujer a nivel personal y social, como por ejemplo, pérdida de autoestima, pérdida de empleo, desalojo de la vivienda por prejuicios del arrendador, burla de sus compañeros de trabajo, etc. Del mismo modo, la detención de la madre también afecta a sus hijos, quienes deben ser acogidos por familiares o colocados en escuelas con régimen de internado. Los hijos de las mujeres detenidas por lo general presentan problemas de conducta como resultado de la inestabilidad familiar a la que se ven forzados” [en línea] [consultada 20 de julio de 2002] Disponible en http://www.reproductiverights.org/esp_pub_fac_efectos.html

para resguardar la salud y la vida de mujer era considerada lícita²⁴⁵. La normativa sanitaria sólo cumplió la función de positivizar una práctica jurídicamente aceptable y regular su realización. La modificación del artículo 119 del Código Sanitario introduce valoraciones exógenas y es criticada principalmente por dos motivos. El primero de ellos guarda relación con las deficiencias democráticas del proceso de modificación y el contenido final de la norma. “En resumidas cuentas, puede afirmarse que un cambio tan drástico de criterios en una materia literalmente vital, se ha producido en virtud de la fuerza para imponerse y no asentado en una convicción con bases sociales, éticas y jurídicas claramente determinables. En otras palabras, la derogación del aborto terapéutico se ha producido de una manera socialmente inconsulta, es decir, arbitraria. De este modo, la sociedad, que no ha tenido la posibilidad de verse informada en una materia que la afecta más allá de las ideologías y los partidos políticos, tiene que aceptar una razón impuesta y fundada - además - en una vaguedad impresionante”²⁴⁶. El segundo motivo se relaciona con los argumentos que se invocaron para justificar la derogación del aborto terapéutico. Se indicó que los avances de la medicina hacían innecesaria la realización de este tipo de intervenciones, lo cual, años después de esta modificación legal, continúa siendo una falacia²⁴⁷.

Creemos necesaria una discusión sobre la penalización absoluta del aborto y sus consecuencias. Ésta debe estar orientada a reconocer a las mujeres como titulares de derechos - no desde la perspectiva de los supuestos derechos del feto - que bajo la actual normativa están siendo vulnerados. Lamentablemente toda discusión sobre la despenalización del aborto ha sido convertida en tema tabú por los grupos conservadores, particularmente por la Iglesia Católica. En este sentido, las palabras del Obispo de San Bernardo son elocuentes:

²⁴⁵ BASCUÑAN, Antonio. *Op. Cit.*, nota 192.

²⁴⁶ GOMEZ de la TORRE, Maricruz. “El aborto terapéutico: ¿cambio de valores?”. *En: Simposio Nacional, Leyes para la Salud y la Vida de las Mujeres, Hablemos del Aborto Terapéutico*. Santiago de Chile, Foro de Salud y Derechos Reproductivos, 1993. p. 109.

²⁴⁷ “[P]ese a todos los avances médicos en el control y tratamiento de enfermedades, aún no se pueden controlar los factores imprevisibles. La aparición de un cáncer, la embolia de líquido, etc., son factores imprevisibles aun en los países de medicina más avanzada. Creemos, por tanto, que la razón que se invoca para modificar el artículo 119 del Código Sanitario –que el avance de la medicina ha demostrado que el aborto terapéutico no se justifica en ningún caso- no se ajusta a la realidad”. *Ibíd.*, p. 110.

“Los Estados tienen obligación de poner los medios, también los jurídicos, para que no se practiquen abortos, del mismo modo que tienen obligación de poner los medios necesarios para que no se asesine, se viole o se robe; y conforme a las técnicas jurídicas actuales, la tipificación penal del aborto como delito es la medida jurídica proporcionada a la gravedad del atentado que supone contra la vida humana. También existen otros medios jurídicos para que los Estados desarrollen una política contraria a la práctica de abortos (sanciones administrativas, premios o subvenciones a la natalidad, etc.), pero su carácter liviano y colateral no estaría proporcionado a la gravedad intrínseca del aborto, que, por ser un atentado radical a un bien básico y fundamental, merece la máxima protección jurídica, que hoy no es otra que su configuración como delito. Lo mismo se puede decir del homicidio o la violación: deben ser delito, pues no sería proporcional amenazar al asesino o al violador solamente con una multa o algo semejante”²⁴⁸.

²⁴⁸ Opinión de Juan González Obispo de San Bernardo. [en línea] [consultado 24 de mayo] Disponible en http://www.obispadodesanbernardo.cl/index.php?module=pagewriter&PAGE_user_op=view_page&PAGE_id=544

CAPÍTULO V: EL DERECHO A LA VIDA

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

1. El derecho a la vida: su contenido y extensión según la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El artículo 4° de la Convención consagra el derecho a la vida. Este artículo establece la prohibición de ser privada/o arbitrariamente de la vida, el deber de los Estados de proteger este derecho *en general, desde el momento de la concepción* y normas relativas a la pena de muerte (su procedencia, derogación, situaciones en las que no puede ser procedente y la posibilidad de apelar de ésta). Este derecho, presupuesto necesario para el goce de todos los otros derechos que consagra la Convención²⁴⁹, ha tenido un

²⁴⁹ La Corte ha indicado que “[e]l derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los

desarrollo progresivo en cuanto a la extensión y contenido que los órganos del sistema le han otorgado. En este sentido, la jurisprudencia del sistema ha establecido que el artículo 4° consagra (1) las obligaciones de los Estados de no privar arbitrariamente de la vida a sus titulares²⁵⁰, lo cual incluye prevenir, investigar y sancionar los atentados contra ésta²⁵¹, y (2) tomar medidas conducentes a evitar o prevenir la muerte en aquellos casos en los que las autoridades estatales tenían conocimiento del riesgo de muerte²⁵².

(1) En su primera etapa, la jurisprudencia indicó que los Estados deben impedir que se prive de la vida a una persona en forma arbitraria, es decir, sin que existan razones legítimas que justifiquen su muerte. Vg. nos encontramos en un supuesto de privación arbitraria de la vida cuando un agente de policía decide discrecionalmente corregir a una persona privándole de la vida. La obligación de respeto en este supuesto importa para el Estado y sus agentes abstenerse de privar arbitrariamente de la vida a las personas

derechos carecen de sentido. En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo”. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr.144; *Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr.120.

²⁵⁰ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No 4, párr 188.

²⁵¹ Ya sea que quienes amenacen el derecho a la vida sean agentes del Estado o particulares con aquiescencia o tolerancia de agentes del Estado. Velásquez Rodríguez, Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No 4. párr. 172. La jurisprudencia del sistema interamericano ha avanzado de forma tal de indicar que en aquellos casos en que la privación de la vida o los atentados contra ella no se produce en los supuestos antes descritos, la inoperancia de los tribunales del Estado por investigar y sancionar pueden comprometer su responsabilidad internacional. Vg. en el *caso Maria da Penha Fernandes*, la Comisión condenó al Estado de Brasil responsable no solo por las violaciones cometidas en el caso particular, sino por la tolerancia estatal y la negligencia judicial frente a los casos de violencia doméstica. En la misma línea, en el *caso Ximenes Lopes*, La Corte Interamericana consideró que el Estado de Brasil había comprometido su responsabilidad internacional por la muerte de una persona dentro de un hospital psiquiátrico. La muerte fue provocada por particulares, pero la negligencia del Estado sentó las bases para que esto ocurriera. De igual forma, la ausencia de una investigación efectiva y eficaz que condujera a la sanción de los responsables y la reparación de las víctimas, constituyó en opinión de la Corte, una violación del derecho a la vida y al artículo 25 y 8 de la CADH. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

²⁵² Esta interpretación puede encontrarse en: Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello; Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Esta evolución en la interpretación del derecho a la vida también ha sido parte de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, el cuál “ha interpretado que este derecho requiere que los gobiernos adopten “medidas positivas” destinadas a preservar la vida, así como acciones para “reducir la mortalidad infantil e incrementar la expectativa de vida”. *En: Reproductive Rights 2000. Moving Forward*. New York, The Center for Reproductive Law and Policy, 2000. p.8 [traducción propia].

sujetas a su jurisdicción. Por otra parte, la obligación de garantizar supondrá que el Estado no inste o tolere que privados priven arbitrariamente de la vida a sus titulares. Esta última obligación contiene el deber del Estado de contemplar la existencia de un orden normativo que permita hacer posible el pleno goce del derecho. En el derecho a la vida, además, este deber se traduce en la necesidad de tipificar los atentados contra ésta de forma tal de establecer en forma clara e inequívoca cuándo nos encontraremos ante una restricción legítima del derecho a la vida y cuándo ante un atentado arbitrario²⁵³.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte estableció que en los supuestos de privación arbitraria de la vida, el Estado debe investigar las causas que rodearon la muerte, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas. Sin que exista un proceso de sanción y una imposición de pena asociada al incumplimiento de la prohibición de matar, este derecho se vuelve falaz. Luego, la obligación de respetar en esta etapa se traduce en no entorpecer la acción de los poderes del Estado a cargo de la persecución penal. La obligación de garantizar, en organizar el aparato estatal de forma tal que exista un proceso conducente a alcanzar resultado, independientemente de si este procedimiento termina con la imposición de una condena²⁵⁴.

²⁵³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No 4, párrs. 166 y 167.

²⁵⁴ Sobre la relación entre la impunidad de los delitos de lesa humanidad y la necesidad de castigo ver MÉNDEZ, Juan. “La Justicia Penal Internacional, La Paz y La Reconciliación Nacional”. En: MÉNDEZ, Juan; ABREGÚ, Martín y MARIEZCURRENA, Javier (eds.). *Verdad y Justicia. Un Homenaje a Emilio F. Mignone*. San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2001. pp. 303 - 329. Para una aproximación al modelo de transición a la democracia chilena, ZALAUQUETT, José. “La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de los derechos humanos”. En: *Revista Perspectivas*, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, Vol.2, Número especial (20 pp). La Corte ha señalado que “[e]n ese sentido, la Corte ha entendido que de la obligación general de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención, contenida en el artículo 1.1 de la misma, deriva la obligación de investigar los casos de violaciones del derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado²⁵⁴. Así, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otras graves violaciones a los derechos humanos, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de ciertos derechos que se ven afectados o anulados por esas situaciones, como los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida”. *Caso La Cantuta vs. Perú*, Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 Serie C No. 162. párr. 110.

(2) La segunda etapa descansa en el supuesto que, en los casos en los que existen grupos en una situación de vulnerabilidad social o personas en un estado de indefensión, la negligencia del Estado que permite que las personas pertenecientes a estos grupos fallezcan en circunstancias que estas muertes eran plenamente evitables, constituye una violación del derecho a la vida de éstas. *Vg.* ante los altos índices de mortalidad infantil de una población rural y la reiterada solicitud de auxilio de las madres y los padres de estos niños, la negligencia o desidia de los servicios sociales responsables, puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado. La obligación de garantizar supone organizar el aparato del Estado de forma tal de no interponer obstáculos para el pleno goce del derecho a la vida (*Vg.* evitar la indolencia de los funcionarios de servicios públicos). Igualmente, establece el deber del Estado de tomar las medidas conducentes a evitar la muerte previsible. En esta última hipótesis el Estado compromete su responsabilidad internacional no solo cuando priva arbitrariamente de la vida, o cuando no investiga, sanciona y repara la muerte, sino también cuando omite tomar las medidas necesarias para impedir que las personas mueran²⁵⁵. En esta interpretación del derecho a la vida, el Estado debe “salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho”²⁵⁶.

La primera interpretación constituyó la forma de reaccionar del sistema interamericano ante la práctica masiva y sistemática de desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias e impunidad en los contextos de los gobiernos autoritarios de nuestro continente en las postrimerías del siglo XX. La segunda interpretación, de reciente data, obedece al afán de proteger a los grupos en riesgo social de nuestro continente frente a la desidia o negligencia de los Estados de mejorar las condiciones en las que se encuentran estas personas, particularmente pobres, indígenas, niños y niñas y mujeres.

²⁵⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146 párr. 151 y ss.

²⁵⁶ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 125.

Esta evolución del derecho a la vida, puede ser condensada en el siguiente apartado de la sentencia del caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay:

“[L]os Estados deben adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho”²⁵⁷.

En cuanto a los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, circunstancia que las coloca en una posición o condición de vulnerabilidad, la Corte ha indicado que en estos supuestos surge un deber especial de protección del Estado, el cual debe comportarse como un garante de los derechos de estas personas²⁵⁸. En relación a las obligaciones del Estado de respetar y garantizar el derecho a la vida y la condición de los sujetos, indicó que:

“La Corte ha establecido que la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales recogidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado. De estas obligaciones generales derivan **deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho,**

²⁵⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146 párr. 153

²⁵⁸ En la sentencia del *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, indicó que “los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales [...]. Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición”, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 99.

ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez”²⁵⁹.

La evolución en la interpretación del artículo 4°, implica que si bien la vida depende del pleno funcionamiento de las funciones vitales, esto no puede suceder sin que se acceda, *inter alia*, a salud, alimento y condiciones de seguridad. A mayor abundamiento, la extensión del derecho a la vida no puede suponer únicamente la existencia natural de las funciones biológicas, sino disfrutar de la una vida digna, de los beneficios de la cultura y los avances de las ciencias. Esta última interpretación vuelve difuso el artificial límite que existe entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales²⁶⁰. En su jurisprudencia reciente, “[...] la Corte llamó la atención sobre la otra cara del derecho a la vida, que es, contemplada desde distinta perspectiva, el otro rostro de los deberes del Estado: ya no sólo de abstención, que frena el arbitrio o modera el castigo, sino de acción, que crea condiciones para la existencia digna. En este sentido, el derecho a la vida recupera su condición primordial como oportunidad para la elección del destino y el desarrollo de las potencialidades; va más allá de ser derecho a la subsistencia: lo es al desarrollo, que se instala en condiciones propicias”²⁶¹.

Sin perjuicio de lo anterior, la obligación del Estado en relación a esta nueva interpretación del derecho a la vida no se extiende irracionalmente. La Corte estableció como límite el conocimiento del riesgo de muerte en los siguientes términos:

“Es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que

²⁵⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. párr. 154. Destacado propio.

²⁶⁰ ABRAMOVIC, Víctor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho, Editorial Trotta, segunda edición, 2004. pp.19-47. Para una posición que afirma la existencia de una diferencia efectiva entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales. NIKKEN, Pedro. *El concepto de derechos humanos*. [en línea]. [consultada 8 de noviembre de 2006]. Disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/Curso2006/Documentos/Concepto%20DDHH%20-%20PNikken.pdf>

²⁶¹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Voto concurrente del juez García Ramírez. párr.18.

implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse **que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados**, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”²⁶².

Las interpretaciones sobre el alcance del artículo 4° comparten el elemento común de evitar la privación arbitraria de la vida, ya sea que este afán se traduzca en un deber negativo, o bien en uno positivo. Resulta claro que la interpretación del derecho a la vida que ha realizado la Corte Interamericana supone que el Estado satisface sus obligaciones convencionales, por una parte, absteniéndose de lesionar la vida y por otra, realizando todas las acciones necesarias para evitar la muerte previsible. Este último deber resulta además, de calificada importancia atendiendo a la situación de vulnerabilidad social e indefensión en la que ciertos grupos de personas o sujetos pueden encontrarse. La reciente evolución en la interpretación de la Corte constituye un paso lógico y coherente en el camino del cumplimiento de su objeto y fin: la protección idónea y necesaria de los derechos humanos en la región.

El reconocimiento de la Convención y la interpretación progresiva del derecho a la vida, descansa sobre la firme convicción de los Estados de la región y, ciertamente del Estado de Chile, de reconocer en la vida un valor fundamental de nuestras sociedades, un principio inmanente y un presupuesto necesario del goce de otros derechos. Esta perspectiva supone que la vida de todas las personas tiene un valor intrínseco, el cual no

²⁶² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. párr.155. Destacado propio.

debe ser vulnerado salvo por justificadas razones²⁶³. Además, no existe una valoración que únicamente abarque una noción biológica de la vida, sino que aporta la perspectiva de la dignidad en el goce de la vida. Lo anterior, supone que los Estados y los órganos del sistema interamericano, valoran el desarrollo de cada ser humano en todas las potencialidades: el proceso creativo de la empresa de su vida²⁶⁴.

La evolución de nuestras sociedades y de la conciencia colectiva de éstas, permitirá que, paulatinamente, se amplíe el concepto de dignidad humana. Conforme avanza nuestro concepto o conocimiento de qué es la dignidad humana, se amplía el ámbito de protección de la vida, disminuye la posibilidad de intervención arbitraria del Estado y aumentan nuestras expectativas sobre las medidas y estándares que satisfacen las obligaciones de la Convención.

2. Titular del derecho a la vida: la mujer embarazada como un sujeto en un estado vulnerable

Hemos indicado previamente que las mujeres constituyen un grupo discriminado, lo que las hace vulnerables²⁶⁵ a ver sus derechos violados. Esta situación que afecta a las mujeres como un colectivo, se vuelve más crítica cuando nos encontramos con mujeres embarazadas cuya vida peligra por causas propias de la gravidez. Lo anterior, pues el

²⁶³ La noción de la protección del derecho a la vida como un valor “intrínseco”, “inviolable” o inclusive “sagrado”. DWORKIN, Ronald. *El Dominio de la Vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Versión española de Ricardo Caracciolo y Víctor Fabres. España, Editorial Barcelona, 1994.

²⁶⁴ La idea de que la vida *per se* tiene un valor intrínseco, cósmico, sagrado o religioso, se encuentra en el análisis de Ronald Dworkin. Él distingue dos nociones de lo que consideramos sagrado: (1) la *inversión natural en la vida humana*, (2) por oposición a la *contribución humana al valor de la vida*. La inversión natural en la vida, pone su acento en que la frustración de toda vida biológica, incluso aquella que puede causar perjuicio o tormento a su titular, representa una pérdida para la humanidad. Por oposición, la contribución humana al valor de la vida, pone su acento en la frustración del proyecto o empresa de vida que una persona puede realizar. En esta última hipótesis, se produce un mayor perjuicio cuando fracasa el proyecto de vida o en las expectativas que existían de ésta *Ibíd.*, p. 93 y siguientes.

²⁶⁵ *Supra*. Capítulo II.

embarazo es un estado de salud que requiere de atención médica especializada y la ausencia de esta puede tener graves consecuencias para la salud de las mujeres, inclusive la muerte. En muchos casos esta atención médica no se entregará a las mujeres, *inter alia*, por causales imputables a la discriminación que padecen, por ejemplo, mediante la penalización de esta intervención.

Los peligros asociados al embarazo se pueden presentar debido a complicaciones durante la gestación. En esta hipótesis el embarazo representa un riesgo cierto para la vida de la mujer y es necesario interrumpir la gestación del feto. Esta intervención quirúrgica recibe el nombre de *aborto terapéutico*²⁶⁶.

Igualmente, la interrupción de un embarazo se realiza por medio de una intervención quirúrgica, o al menos mecánica, que requiere de la asistencia de un profesional de la salud y de atención y tratamiento médico. Cuando este procedimiento no se realiza bajo las condiciones médicas y sanitarias adecuadas, pueden existir graves consecuencias para la vida y la salud de la mujer. Denominaremos esta situación *aborto inseguro*²⁶⁷.

En términos de cifras, “[e]ntre un 10 y un 50% de las mujeres que se someten a abortos inseguros requiere de atención médica a causa de las complicaciones que éste genera. Las complicaciones más comunes que un aborto inseguro provoca incluyen: aborto incompleto, infecciones, hemorragias, y heridas en órganos internos. Cuando estas complicaciones no tienen como resultado la muerte, pueden provocar lesiones

²⁶⁶ Para efectos de esta memoria, utilizaremos el concepto de *aborto terapéutico* para identificar la intervención quirúrgica que se requiere cuando la vida de la mujer está en peligro. Utilizamos este concepto restringido pues el aborto terapéutico también incluye supuestos en que sea necesaria su realización cuando la salud de la mujer está en peligro; esta intervención se enmarcaría dentro del tratamiento del derecho a la integridad personal, no del derecho a la vida.

²⁶⁷ Entendemos por aborto inseguro “un procedimiento para finalizar un embarazo no deseado que realizan personas que carecen del entrenamiento necesario o que se lleva a cabo en un ambiente donde se carece de un estándar médico mínimo, o ambos”. Esta definición en: Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin Riesgos. Guía Técnica y de políticas para sistemas de salud*. p. 12 [en línea] [consultado 20 de mayo de 2007] Disponible en http://www.who.int/reproductive-health/publications/es/safe_abortion/text_es.pdf.

permanentes o infertilidad”²⁶⁸. Cabe destacar que los abortos inseguros suelen presentarse en casos en los cuáles se realizan en la clandestinidad, particularmente, en contextos en los cuales éste es un procedimiento restringido, prohibido o penalizado. En el caso de nuestro país, el aborto es una conducta penalizada que no admite como excepción a la punición el riesgo para la vida de la mujer²⁶⁹.

La realización de abortos inseguros provoca la muerte de miles de mujeres en el mundo y, ciertamente, es una causa de muerte en nuestro país. “La organización Mundial de la Salud calcula que aproximadamente 20 millones de abortos inseguros suceden cada año, lo que da por resultado 78,000 muertes maternas y cientos de miles de incapacidades en las mujeres, la mayoría de las cuales ocurren en las regiones en desarrollo”²⁷⁰. En América Latina, “[l]os niveles del aborto inseguro en los países [...] que tienen leyes restrictivas alcanzan dimensiones epidémicas. Cada año aproximadamente 4 millones de mujeres latinoamericanas recurren a abortos inseguros, y del 30 al 45% de ellas sufren complicaciones que imponen un costo enorme a los sistemas de atención a la salud”²⁷¹. En Chile, la mortalidad materna por aborto tiene una incidencia cercana al 10% y, según las cifras disponibles, cada año ocurren entre 150.000 y 160.000 abortos. Si bien la mortalidad de mujeres ha disminuido considerablemente en los últimos años, el aborto continúa representando casi un tercio de las muertes maternas en el país²⁷².

Las mujeres cuyas vidas se encuentran expuestas a causa del embarazo se encuentran en un particular estado de vulnerabilidad cuando requieren de un aborto y no pueden acceder a éste en condiciones de seguridad. En caso de que no se realice un aborto inseguro, morirá a causa de la complicación de salud que el embarazo le provoca, es decir, morirá por no practicarse un aborto. Aquella que opte por someterse a un aborto

²⁶⁸ *Reproductive Rights 2000. Moving Forward*. New York. Center for Reproductive Law and Policy, 2000, p. 26 [traducción propia].

²⁶⁹ Al respecto, *Supra* Capítulo IV.

²⁷⁰ COOK Rebeca *et al*, *Cambios en la legislación de aborto a nivel mundial, de 1988 a 1998*. [en línea] [consultado el 18 de octubre de 2006] Disponible en <http://www.laneta.apc.org>

²⁷¹ *Ibíd.*

²⁷² *Ibíd.*

inseguro se encuentra expuesta a sufrir las potencialmente graves consecuencias físicas y psicológicas que esta intervención puede provocar, pero muy especialmente, se exponen a perder su vida.

Las cifras sobre muertes de mujeres a causa de abortos inseguros han sido bien documentadas por organismos de derechos humanos, los cuales han informado de éstas al Estado de Chile, conjuntamente con manifestar su preocupación ante esta realidad. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CEDAW), en sus observaciones finales sobre Chile, manifestó al Estado su preocupación por la penalización sin excepciones del aborto y la necesidad de que se realicen modificaciones a la actual legislación²⁷³. Igualmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en sus observaciones sobre Chile, señaló que: “[a]l Comité le preocupan las consecuencias para la salud de la mujer de la prohibición legal del aborto, sin excepciones, en el Estado parte. Aunque no hay estadísticas oficiales del número de abortos que se practican anualmente, el gran número de mujeres que se hospitalizan por complicaciones de aborto cada año (34.479 en 2001) da una indicación de la amplitud del problema”²⁷⁴. Por su parte el Comité de Derechos Humanos ha

²⁷³ El Comité CEDAW indicó que “[e]l Comité expresa su preocupación por la insuficiencia del reconocimiento y la protección de los derechos relacionados con la salud reproductiva de la mujer en Chile. Le sigue suscitando preocupación el hecho de que el aborto en cualquier circunstancia constituya un delito enjuiciable con arreglo a la legislación chilena, lo que puede llevar a las mujeres a búsqueda de abortos inseguros o ilegales con los consiguientes riesgos para su vida y su salud, así como por el hecho que los abortos clandestinos sean la principal causa de mortalidad materna”. Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 36° Periodo de sesiones, 7 a 25 de agosto de 2006, *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile*. CEDAW/C/CHI/CO/4. Distr.: General. 25 de Agosto de 2006. Español. Original: Inglés. Párr. 19. en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw36/cc/chile/0647950S.pdf> referencia de 9 de abril de 2007.

²⁷⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en su “Examen de los informes presentados por los estados partes de conformidad con el artículo 16 y 17 del Pacto (pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales). Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Chile” del 1° de diciembre de 2004, párrafo 25. En: “*Documentos de Interés*”. *Anuario de Derechos Humanos 2005, N° 1*. Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, junio de 2005.

De igual forma, la Comisión Económica para América Latina, CEPAL, también ha reconocido la gravedad de este problema identificando el aborto como una de las principales causas de mortalidad femenina. [en línea] [consultado miércoles 28 de diciembre de 2005] Disponible en <http://www.eclac.cl/mujer/proyectos/perfiles/comparados/defporaborto.htm> El gráfico establece el

manifestado que “[l]a penalización de todo aborto, sin excepción, plantea graves problemas, sobre todo a la luz de informes incontestados según los cuales muchas mujeres se someten a abortos ilegales poniendo en peligro sus vidas. El deber jurídico impuesto sobre el personal de salud de informar de los casos de mujeres que se hayan sometido a abortos puede inhibir a las mujeres que quieran obtener tratamiento médico, poniendo así en peligro sus vidas. El Estado parte está en el deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la vida de todas las personas, incluidas las mujeres embarazadas que deciden interrumpir su embarazo. En este sentido: El Comité recomienda que se revise la ley para establecer excepciones de la prohibición general de todo aborto y proteger el carácter confidencial de la información médica”²⁷⁵. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló que “[d]e acuerdo a la información suministrada, la Comisión ha podido establecer que una cifra elevada de mortalidad materna tiene como causa principal el aborto, por ejemplo [...] **Chile** 26%. En el mismo sentido se ha podido constatar que otra cifra elevada tiene relación con causas vinculadas al embarazo y parto: [...] **Chile** 39,7%”²⁷⁶.

De la exposición de estos hechos, podemos concluir que (1) la mujer embarazada que necesita realizarse un aborto por motivos de salud se encuentra en una particular situación de vulnerabilidad cuando no puede realizar el aborto bajo condiciones médico – sanitarias que aseguren su salud; (2) el aborto inseguro se presenta particularmente en contextos en los que debe realizarse en la clandestinidad lo que ocurre cuando se prohíbe

porcentaje de mujeres por países que fallece por causas asociadas a la maternidad para luego indicar dentro de éste porcentaje cual es el número de mujeres que fallece por causa de aborto.

²⁷⁵ Comité de Derechos de Naciones Unidas, Observaciones al informe de Chile, CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999. En: *Compilación de Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre países de América Latina y el Caribe*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe c/ o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) – Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, pp. 96. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General N° 28, “[...] [t]ambién necesita saber si el Estado Parte da a la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación acceso al aborto en condiciones de seguridad. Los Estados Partes deberán asimismo presentar al Comité información acerca de las medidas para impedir el aborto o la esterilización forzados”. Observación General 28. *Artículo 3: la igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, del 29 marzo de 2000, en HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 11.

²⁷⁶ CIDH. *Informe sobre la situación de la mujer en las Américas*, 1998. OEA/Ser.L/V/II.100Doc. 17 13 octubre 1998.

o penaliza, como en el caso de Chile; (3) un aborto realizado en condiciones inseguras estadísticamente puede conducir a graves consecuencias para salud de la mujer²⁷⁷, inclusive a la muerte. Si la mujer no se practica un aborto inseguro, se expone a fallecer a causa de las complicaciones del embarazo y la falta de tratamiento médico adecuado, es decir, un aborto terapéutico; finalmente, (4) el Estado de Chile está en conocimiento del número de muertes que ocurren por año a causa de abortos inseguros realizados en los casos de peligro de muerte de la mujer embarazada.

3. La penalización sin excepciones del aborto: ¿una restricción legítima al derecho a la vida de la mujer embarazada?

La evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación al derecho a la vida, ha establecido que los Estados – incluido Chile – tienen el deber de evitar la muerte arbitraria, particularmente en el caso que nos encontremos frente a sujetos vulnerables. La mujer embarazada que debe realizarse un aborto es un sujeto vulnerable, pues su vida está expuesta. Cuando el Estado de Chile penaliza el aborto, obliga a las mujeres que requieren un aborto por motivos de salud a buscar la realización de este procedimiento en condiciones de inseguridad o bien, simplemente, esperar pasivamente la muerte. Cuando estas mujeres fallecen, lo que conforme a las cifras antes expuestas es una probabilidad, ¿encontramos una privación arbitraria o una legítima restricción del derecho a la vida de la mujer embarazada? Dependiendo de la respuesta a esta pregunta, cuando el Estado de Chile permite que fallezca una mujer embarazada a causa de la realización de un aborto inseguro o por la falta de atención médica, ¿existe un incumplimiento de sus obligaciones convencionales? Para responder estas preguntas y determinar si las muertes de mujeres embarazadas que necesitan abortar constituyen una privación arbitraria o una restricción autorizada del derecho a la vida, debemos analizar

²⁷⁷ Si bien las graves consecuencias para la salud de la mujer pueden constituir una violación del artículo 5 de la Convención Americana, derecho a la integridad personal, este tema escapa del análisis de este capítulo.

si la penalización sin excepciones del aborto satisface los requisitos que la Convención Americana establece para estos efectos.

A. La restricción debe estar establecida por ley

El primer requisito para la restricción legítima es que ésta se realice por medio de una ley²⁷⁸. En Chile la restricción a la interrupción del embarazo de una mujer se realiza a través de la legislación penal²⁷⁹. Ciertamente el código penal es una ley. *Ergo*, el Estado de Chile satisface, al menos formalmente, este requisito.

B. La restricción debe realizarse conforme a un objetivo permitido por la Convención

Para analizar si el Estado de Chile satisface el requisito de restringir el derecho a la vida de la mujer mediante una causal reconocida en la Convención Americana, analizaremos dos posibles objetivos: (i) el feto tiene un derecho subjetivo a la vida autónomo e independiente del derecho a la vida de la mujer desde el momento de la concepción y de éste se deriva la necesidad de penalizar absolutamente cualquier intento de privarlo de ésta o, (ii) existe un interés del Estado en resguardar el valor intrínseco de la vida de la criatura humana desde el momento de la concepción que justifica la penalización sin excepciones del aborto.

²⁷⁸ Para un análisis del sentido que la Corte Interamericana otorga a la voz ley ver, Corte IDH. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6

²⁷⁹ *Supra*. Capítulo VI.

- i. El feto tiene un derecho subjetivo a la vida autónomo e independiente del derecho a la vida de la mujer desde el momento de la concepción

Tradicionalmente se señala que la penalización del aborto tiene por objeto la protección de la vida del feto²⁸⁰. A través de la prohibición de la interrupción voluntaria de la gestación del *nasciturus* se afirma que se protege la vida de un ser humano no nacido. Más aún, se asevera que el feto tiene un derecho subjetivo a la vida desde el momento de la concepción y que impedir su nacimiento resulta antijurídico de igual forma que el asesinato de una persona. Este argumento supone que la penalización del aborto se deriva de la necesidad de proteger el derecho subjetivo a la vida del feto. Igualmente, podría afirmarse que si el feto tiene derecho a la vida, es decir, es titular de un derecho, podría ser considerado una persona en los términos jurídicos de esta palabra²⁸¹. Como explicaremos latamente, estimamos que esta es una interpretación errónea del deber de protección que el artículo 4 de la Convención establece respecto de la vida a partir del momento de la concepción, el cual no puede ser interpretado como un deber de punición del Estado.

Si la protección del derecho subjetivo a la vida del no nacido es realmente la finalidad que existe tras la penalización del aborto, surgen ciertas preguntas: (1) ¿es el feto titular de un derecho subjetivo a la vida?; (2) En caso de que la respuesta a esta pregunta sea

²⁸⁰ Este es el argumento que los llamados grupos *pro vida* y buena parte de la doctrina constitucional chilena han esgrimido en reiteradas ocasiones para justificar la penalización sin excepciones del aborto en Chile, además de buscar la restricción al acceso de métodos anticonceptivos. Un ejemplo que ilustra esta posición, es la presentación que un grupo de diputados de la República realizó ante el Tribunal Constitucional alegando la ilegalidad de la Resolución Exenta N° 584 sobre Normas de Regulación de la Fertilidad (Ministerio de Salud) que autorizaba a los servicios de salud, por una parte, a entregar consejería a partir de los 14 años de edad sin autorización de sus padres, y por otra, a distribuir en forma de libre disposición píldoras de anticoncepción emergencia. En su presentación alegaban, *inter alia*, la violación del derecho a la vida del no nacido, pues conforme a su convicción la anticoncepción de emergencia era abortiva. Tribunal Constitucional, Sentencia de 11 de Enero de 2007, Rol 591.[en línea] [consultado 14 de febrero] Disponible en www.tribunalconstitucional.cl

²⁸¹ Sobre la exposición del derecho a la vida del feto desde el momento de la gestación como un argumento derivado que carece de fuerza, tanto práctica como teórica, DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, nota 263, p. 17 y siguientes.

afirmativa, ¿Cómo se afectan los derechos de la mujer? ¿Podríamos encontrar ante una colisión entre los derechos de la mujer y del feto?; Independientemente de cómo ponderemos una eventual colisión de derechos, ¿debe necesariamente penalizarse el aborto?

Ciertamente podemos afirmar que el feto es una forma de vida en desarrollo. Sin perjuicio de lo anterior, una cuestión totalmente distinta es si el feto tiene un derecho subjetivo a la vida, o si es una *persona*²⁸².

En forma previa a la definición sobre si el feto es un titular del derecho subjetivo a la vida, debemos distinguir un nivel de análisis jurídico de uno natural o biológico. El derecho, si bien reconoce su sustento fáctico en la naturaleza, en la definición de los sujetos, objetos y la protección que dará a éstos, no sólo recoge la noción física o biológica del mundo natural, sino que involucra la definición de un consenso de valoraciones sociales resultado del proceso histórico-político de cada sociedad. Luego, la noción de quién es persona descansa en el origen biológico de la vida, pero se complementa con las expectativas, valores y creencias que los seres humanos en su conjunto detentan respecto de este concepto y de su protección. Los siguientes ejemplos clarificarán este punto: (1) En Chile se permite la donación de órganos de una persona. Si bien una persona puede donar sus órganos mientras está viva – por ejemplo, donar a una hija enferma un riñón – comúnmente la donación de órganos se produce cuando un ser humano ha muerto. El derecho define el momento de la muerte para efectos de la donación de órganos indica que una persona está muerta “cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas”²⁸³. Además, establece medios de prueba para estos efectos. Sin perjuicio de lo anterior, una persona que no presenta actividad cerebral podría continuar viviendo si cuenta con un respirador

²⁸² Sobre la titularidad del derecho a la vida del feto en la jurisprudencia internacional puede revisarse PALACIOS, Patricia. “La aplicabilidad del derecho a la vida al embrión o feto en la jurisprudencia Internacional durante 2004”. En: *Anuario de Derechos Humanos N° 1 2005*. Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2005.

²⁸³ Ley 19.451, Establece normas sobre trasplante y donación de órganos. Diario Oficial de la República de Chile 10 de abril de 1996. Artículo 11.

artificial. En este caso, la vida biológica se mantiene gracias a la intervención de la ciencia, aunque el derecho, para efectos de la donación de órganos ha estipulado que este hipotético ser humano ha fallecido. (2) En el año 1989 se modificó el artículo 118 del Código Sanitario en orden a prohibir la práctica del aborto terapéutico. Esta modificación legal obedeció a la valoración moral y política que el legislador realizó en ese momento del valor que se le asignaba a la gestación del feto en relación con la necesidad de una mujer en caso de peligro de muerte de terminar con el embarazo. No ocurrió ningún hecho científico significativo que pudiera llevarnos a concluir que los fetos desde el año 1989 tenían más vida que aquellos que se gestaron antes de esta modificación legal.

En estos ejemplos identificamos con claridad que si bien la vida biológica es determinante para la definición de quién es persona, el plano natural no agota la definición de nuestro concepto de vida y mucho menos la forma y grado de protección que otorgaremos a ésta. A la pregunta sobre si el feto es un ser humano, en el plano biológico, la ciencia no es concluyente²⁸⁴. No es claro ni perentorio si la vida comienza en el momento de la concepción, de la anidación o cuando existe el desarrollo de un sistema nervioso central²⁸⁵. Desde el inicio de la concepción el nasciturus es llamado de diversas formas: mórula, blastocito, cigoto, feto. La voz feto solo se utiliza a partir de la novena semana de gestación²⁸⁶. Ninguno de estos términos es sinónimo de persona, sino que representan distintos estados del ser humano en desarrollo. Además de no existir consenso sobre esta materia, buscar una respuesta en la ciencia resulta inútil dado que ciertamente no resolveremos la eventual colisión entre los potenciales derechos del no nacido y la mujer. Este problema debe resolverse mediante los mecanismos legales de resolución de conflictos que el derecho contempla pues, como hemos visto, no sólo contiene la realidad fáctica de la vida natural, sino también las valoraciones sociales en relación a ésta. Por tanto, mientras la ciencia no posea una respuesta inequívoca a la pregunta desde cuando comienza la vida, difícilmente podremos encontrar una respuesta

²⁸⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI Enrique. *Derecho Genético*. Lima, Grijley, 4ª Edición, 2001. pp. 87-110.

²⁸⁵ *Loc. Cit.*

²⁸⁶ *Ibíd.* p. 104.

en este plano de análisis e, inclusive en el caso que se esboce una, debe existir una valoración social sobre ésta.

Luego, analicemos cómo la Convención Americana ha regulado esta materia, particularmente, si consagra un derecho subjetivo a la vida del feto. El artículo 4 establece el deber del Estado de Chile de proteger la vida *en general, desde el momento de la concepción*²⁸⁷. Esta expresión puede ser interpretada desde distintas perspectivas.

Una hipótesis de interpretación de este artículo podría llevarnos a pensar que la Convención consagra un derecho subjetivo a la vida del feto, del cual sería un titular autónomo por lo que gozaría de este derecho en forma independiente de la mujer en cuyo cuerpo se está gestando. En esta interpretación, la protección del derecho subjetivo a la vida del feto y el derecho a la vida de la mujer colisionan, existiendo en el deber de protección de la vida *en general desde el momento de la concepción* una regla de solución de conflictos favorable al feto. Consecuentemente, la penalización sin excepciones del aborto constituiría una causal de restricción legítima, reconocida en la Convención. En esta hipótesis, la punición absoluta del aborto operaría como garantía para que nadie, ni siquiera la propia mujer, impida que el feto continúe gozando de su vida dentro del útero de la embarazada y eventualmente nazca y se desarrolle como un ser humano.

Esta argumentación es errónea por diversos motivos.

²⁸⁷ En el derecho interno encontramos las siguientes normas: artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República establece que “[l]a Constitución asegura a todas las personas: 1°.- El derecho a la vida y a la integridad física y síquica de todas las personas. La ley protege la vida del que está por nacer [...]”. El Código Civil en el artículo 74 señala que “[l]a existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”. En el artículo 75 señala que “[l]a ley protege la vida del que está por nacer”. Estimamos que, por una parte, estas normas deben ser analizadas considerando su conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, y por otra parte, que tal como analizaremos en el presente capítulo estas disposiciones legales no establecen un derecho subjetivo a la vida del feto, sino un deber de protección del Estado el cuál debe contrastarse con las obligaciones que la Convención Americana establece para el Estado de Chile.

El artículo 4 de la Convención regula el derecho a la vida estableciendo un deber claro para el Estado de proteger la vida desde el momento de la concepción, no un derecho subjetivo a la vida del no nacido.

Esta afirmación se justifica por la propia historia del establecimiento de esta norma en la Convención reconocida en el informe de la Comisión Interamericana en el Caso *Baby Boy*²⁸⁸. En éste, los peticionarios solicitaron a la Comisión declarara que las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos (particularmente *Roe vs. Wade*²⁸⁹) que habían reconocido el derecho constitucional de la mujer al aborto eran una violación del derecho a la vida consagrado en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana en perjuicio del feto que llamaron *baby boy*. En la interpretación de los peticionarios, el artículo 4 establecía un derecho subjetivo del feto a la vida y las normas que permitían que este procedimiento se realizara contravenían las disposiciones convencionales. La Comisión rechazó la demanda interpuesta, *inter alia*, indicando que en la historia del establecimiento del artículo 4 de la Convención los Estados partes optaron por no consagrar un derecho subjetivo a la vida del feto pues en diversos países de la región el aborto era una práctica lícita. Indicar que el feto era un titular del derecho subjetivo a la vida resultaba inconsistente con la regulación del aborto y probablemente de varias políticas de control de la natalidad. En su lugar se decidió establecer un deber genérico de protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción que permitiera a los diversos Estados regular este tema con mayor o menor laxitud. Este deber de protección, además, claramente no se

²⁸⁸

Caso Baby Boy, Supra El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

²⁸⁹ Este fallo, en síntesis, señala que “[...] durante el primer trimestre prevalece el derecho a la intimidad y la decisión de abortar corresponde a la mujer. Durante el segundo trimestre los estados pueden reglamentar el aborto en relación a la salud de la madre. Finalmente, durante el tercer trimestre, y considerando que el feto ya es viable (es decir puede vivir autónomamente fuera del vientre de la madre), las leyes de los estados pueden prohibir el aborto, excepto en circunstancias en las cuales la vida o salud de la madre estuviera en peligro”. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. “Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales”. En: *Derechos Fundamentales e interpretación constitucional (Ensayos – jurisprudencia)*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1997. p. 35.

estableció como un deber de punición, sino como un simple mandato de protección que puede implicar medidas distintas del deber de sancionar penalmente una conducta.

En síntesis, la Comisión en el caso *Baby boy* resolvió en forma clara y categórica que la Convención no establece el deber del Estado de penalizar el aborto en aras a proteger la vida del que está por nacer²⁹⁰. Muy por el contrario, la Comisión afirmó que la expresión *en general desde el momento de la concepción* tuvo por objeto, compatibilizar las legislaciones de los distintos Estados del continente precisamente para dar cabida a las visiones que consideraban que el aborto era una conducta lícita de quienes la permitían con restricciones. Lo anterior se realizó mediante el establecimiento de un deber genérico de protección, no el derecho subjetivo a la vida del feto.

Igualmente esta argumentación es errónea, pues genera una división artificial entre la mujer y el feto que se desarrolla en su interior. De esta escisión se sigue que cada uno de ellos es titular de un derecho subjetivo a la vida, los cuales podrían inclusive colisionar. La utilidad de esta división, se encuentra en que permite al Estado despojar a la mujer de la decisión de terminar con el embarazo en el caso que su vida peligre en aras a resguardar la vida del feto, el cual, al ser independiente de la embarazada, continuará su proyecto de vida y se mantendrán indemnes sus intereses.

La división entre el feto y la mujer embarazada presenta problemas de lógica y legitimidad. En términos lógicos, esta división es artera pues mientras el feto no sea viable y dependa biológicamente de la mujer, sin el soporte vital de ésta no es un ser autónomo ni independiente y es imposible desligarlos. Por otra parte, desvincular a la mujer embarazada del feto significa verla como un mero instrumento, un recipiente para la reproducción humana que no tiene derecho a controlar el destino de su propio cuerpo y su maternidad. La mujer embarazada en esta perspectiva sería un medio para un fin distinto de las propias motivaciones que su proyecto de vida impliquen. El peligro en la vida de la mujer sería sólo una externalidad en la consecución de los fines superiores o

²⁹⁰ MEDINA, Cecilia, *Op. Cit.*, nota 28, pp. 69 – 73.

derechos de terceros sobre ella. Entre estos terceros, se incluyen los supuestos derechos del feto.

Sabemos que la Convención no reconoce un derecho subjetivo al feto, sino un deber de protección para el Estado. En este sentido, la satisfacción de este deber de protección solo puede realizarse por medio de la mujer, o más bien respecto de la mujer como un titular de derechos y deberes. El Estado, si desea cumplir con sus obligaciones convencionales en relación al derecho a la vida, debe resguardar y apoyar el proyecto de maternidad de las mujeres, no enajenarlas del control sobre sus cuerpos y exponerlas al peligro de muerte que significa la obligación de llevar a término un embarazo con complicaciones médicas.

Aún si concediéramos que el feto detenta la titularidad del derecho subjetivo a la vida, en el caso que la vida de la mujer está en peligro no resulta lícito solicitarle que muera para que el feto sobreviva. Este deber no se exige ni aún a dos personas nacidas y desarrolladas plenamente pues, por ejemplo, en el caso del estado de necesidad o la legítima defensa, el legislador penal no requiere un sacrificio de los derechos fundamentales o intereses relevantes, particularmente del derecho a la vida. No resulta legítimo solicitarle a la mujer que sacrifique su vida por otro ser, ya que nuestro ordenamiento jurídico no contempla deberes de comportamiento a favor de terceros que impliquen un sacrificio del derecho a la vida. En una sociedad democrática que contempla dentro de su ordenamiento el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación no resulta legítimo ni lícito la existencia de normas que desprecien el valor de la vida de la mujer en aras a satisfacer los derechos de otros. La renuncia al derecho a la vida que demanda el Estado a través de la penalización sin excepciones del aborto, no guarda relación con ninguna de las cargas sociales de nuestro ordenamiento jurídico. El Estado y la sociedad deben respetar la autonomía de cada sujeto para desarrollarse libremente, sin que exista la posibilidad de requerir a sus ciudadanas que se transformen en mártires.

La Corte Interamericana ha reconocido la titularidad del derecho a la autonomía y la dignidad a las personas con discapacidad mental²⁹¹. Las palabras del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez en su voto concurrente del *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil* son elocuentes:

“Desde luego, el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía --que es prenda de madurez y condición de libertad-- e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones”²⁹².

Si la Corte ha reconocido autonomía a las personas con discapacidad mental, tras esta afirmación se encuentra la premisa que la autonomía es una potestad de decisión sobre nuestro propio destino que todas las personas poseemos, incluidas, ciertamente, las mujeres. El Estado debe abstenerse de interferir indebidamente y privar a la mujer del control sobre su vida²⁹³.

Concluyendo, la Convención no contempla como una causal para la restricción de la vida de la mujer el derecho subjetivo a la vida del feto, sino el deber de los Estados de

²⁹¹ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr.130.

²⁹² Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Voto concurrente Juez García Ramírez, párr. 10.

²⁹³ “Cuando un embarazo es indeseado, el requerimiento legal de mantenerlo constituye una intromisión del gobierno en el cuerpo de la mujer. El reconocimiento de este principio ha sido reforzado por la declaración internacional del derecho a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos. Este derecho permite a la mujer acceder a todos los medios seguros, efectivos de control del tamaño de su familia, incluido el aborto”. En: *Reproductive Rights 2000. Moving Forward*. New York. Center for Reproductive Law and Policy, 2000. p. 26 [traducción propia].

en general desde el momento de la concepción proteger la vida del no nacido, lo que solo puede significar proteger la vida de la mujer y su proyecto de maternidad desde sus inicios. Una interpretación del mandato convencional de protección de la vida del que está por nacer que proponga que, en caso de estar expuesta la vida de la mujer, se resuelva el conflicto desde la pregunta de qué vida o derecho a la vida debe primar comete un error: el feto no es titular del derecho subjetivo a la vida, ni puede ser considerado un titular independiente del derecho a la vida de la mujer. La opción legislativa del Estado de Chile de penalizar absolutamente el aborto parece responder al error antes referido, y coloca a la mujer frente a una disyuntiva: o bien expone su vida y se somete a un aborto en condiciones de clandestinidad, o espera pasivamente que la severa complicación de salud que padece y que expone su vida le provoque la muerte. En ambos supuestos existe la probabilidad de que la mujer muera, ya sea por un aborto inseguro, o bien por la falta de un aborto realizado bajo condiciones médico-sanitarias adecuadas. La protección que se debe otorgar a la vida del que está por nacer debe inscribirse dentro del cuidado del proyecto de maternidad de la mujer. Una solución distinta, implica que la mujer es un objeto destinado a conseguir un fin que no respeta su vida ni su autonomía. En una sociedad democrática este control resulta ilegítimo e ilícito.

- ii. El interés del Estado de resguardar el valor intrínseco de la vida de la criatura humana

Para Ronald Dworkin, una causal que puede ser invocada para la justificación de la prohibición del aborto es la existencia de un interés del Estado de proteger la criatura humana por considerar que ésta tiene un valor intrínseco, sagrado o inviolable. En esta hipótesis el feto no es titular autónomo del derecho a la vida, pero el Estado aún puede tener un legítimo interés en restringir el derecho a la vida de la mujer.

El autor señala que quienes argumentan que la prohibición del aborto, incluida la hipótesis del aborto terapéutico, se debe a la protección de la vida independiente del feto, ocultan la verdadera agenda tras esta posición. Dworkin señala que este razonamiento difícilmente puede dar cabida a una justificación racional de quienes son detractores del aborto. Al analizar los argumentos que tradicionalmente se presentan en el debate sobre la legitimidad y licitud del aborto, incluido el aborto terapéutico, Dworkin distingue entre argumentos que él califica como derivados y autónomos. El argumento del derecho a la vida independiente del feto se encuentra dentro de lo que este autor denomina un “argumento derivado”, pues la solución a la permisión o prohibición del aborto deriva precisamente de la veracidad de la primera premisa que el feto tiene un derecho a la vida desde el momento de la concepción. Conforme hemos sostenido, esta proposición no sólo no puede ser verificada, sino que además es inútil para efectos de definir una solución a la licitud del aborto terapéutico. Dworkin estima que “[c]asi todos los que se oponen al aborto lo hacen, en el fondo, por una razón de carácter autónomo y no por una razón de carácter derivado, como podrían advertir tras reflexionar. Creen en el fondo que el feto es una criatura humana viviente y en crecimiento, y que es intrínsecamente malo, una especie de vergüenza cósmica, el hecho de que la vida humana en cualquier estadio se extinga deliberadamente”²⁹⁴. Este es un argumento de carácter autónomo.

La agenda oculta o el verdadero razonamiento tras la penalización del aborto se encuentra en un análisis pormenorizado de la posición de la Iglesia Católica en esta materia, principal detractor de la despenalización del aborto terapéutico y de las políticas de control de la natalidad en general. Si bien ha sido constante en señalar que el aborto, incluido el aborto terapéutico y en general el control de la natalidad por medio de anticonceptivos, es un pecado o al menos una conducta reprochable, no siempre ha sostenido que el feto es titular del derecho a la vida. “La Iglesia no siempre ha tenido la misma posición sobre el estatus del feto. Históricamente, si bien siempre ha condenado el aborto, este no era un pecado de la gravedad que ahora se le asigna. El aborto, aunque

²⁹⁴ Dworkin, *Op. Cit.*, nota 263 p. 22.

una conducta grave, no lo era en magnitud mientras el feto no recibiera su alma y se produjera la animación [...] [e]sta ocurría con la patada, el momento en el cual la mujer podía sentir los movimientos del feto, típicamente alrededor de las 16-18 semanas de gestación”²⁹⁵. Este cambio de enfoque en la Iglesia, muy probablemente obedece a un cambio estratégico, pero no a un descubrimiento en las sagradas escrituras y mucho menos en las ciencias. La afirmación de la iglesia que el feto es una persona titular del derecho a la vida, un ser humano desde el momento de la concepción, es un dogma que descansa en el supuesto que la criatura humana es sagrada, que posee un alma que debe ser protegida aún en perjuicio de la mujer.

Esta nueva causal presenta nuevas interrogantes, ¿está este interés del Estado contenido en la Convención Americana? ¿Es este interés lo suficientemente fuerte para preferir su satisfacción y privar de la vida a una mujer embarazada? ¿Es legítimo este interés o por el contrario resulta arbitrario? Respondamos estas preguntas.

Cuando interpretamos la Convención Americana, debemos analizar las normas de interpretación que el propio texto convencional contempla. El artículo 29 establece que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”. Esta norma claramente establece que en caso de que el Estado desee regular un derecho conforme a las reglas de la Convención Americana, existe una ponderación de intereses favorable al goce de los derechos de la persona²⁹⁶. Al momento de interpretar si el interés del Estado de proteger el valor intrínseco de la criatura humana es una causal de restricción permitida por la Convención, no podemos desconocer que ésta establece que sus disposiciones no pueden suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de sus titulares, en este caso, la mujer embarazada. El mandato del artículo 4.1 de proteger la vida, *en general desde el*

²⁹⁵ KULCZYCKI Andrzej, *The Abortion Debate in the World Arena*. Gran Bretaña, Editorial Routledge, 1999. p. 21. [s/f] [traducción propia].

²⁹⁶ Sobre la interpretación *pro persona* ver *supra* Interpretación de los derechos de la Convención.

momento de la concepción no puede contener una perspectiva que suponga, por una parte, privar del derecho a la vida de la mujer embarazada, y por otra, limitar el derecho de forma tal que se inhíba a su titular de poder gozarlo. Una interpretación que contuviera esta perspectiva simplemente sería contraria al objeto y fin de la Convención.

De igual forma, la idea de que la criatura humana es sagrada o inviolable, descansa en una noción profundamente religiosa de qué es lo sagrado o inviolable. En Chile, existe una separación entre el Estado y la Iglesia, por lo que imponer esta perspectiva a todas las personas es una imposición ilegítima que autónomamente podría constituir una violación de los derechos a la libertad de conciencia y religión²⁹⁷ y el derecho a la protección de la honra y la dignidad²⁹⁸ de la Convención Americana. Lo anterior, es especialmente trascendente si consideramos que nos encontramos ante una creencia religiosa que a la postre promueve la muerte de la mujer que requiere de un aborto terapéutico²⁹⁹.

²⁹⁷ Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

²⁹⁸ Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

²⁹⁹ “Los Estados Partes deben adoptar medidas para velar porque la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y la libertad de adoptar la religión o las creencias que uno elija, así como la libertad de cambiar de religión o creencia y de expresarla, estén garantizadas y amparadas en la ley y en la práctica en las mismas condiciones y sin discriminación para el hombre y la mujer. Estas libertades, amparadas por el artículo 18, no deben ser objeto de más restricciones que las que autorice el Pacto y no deben quedar limitadas en virtud de, entre otras cosas, normas por las cuales haya que recabar la autorización de terceros o de la injerencia de padres, esposos, hermanos u otros para su ejercicio. No se puede invocar el artículo 18 para justificar la discriminación contra la mujer aduciendo la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; por lo tanto, los Estados Partes deberán proporcionar información acerca de la situación de la mujer en lo que toca a su libertad de pensamiento, conciencia y religión, e indicar qué medidas han adoptado o se proponen adoptar para erradicar y prevenir la vulneración de estas libertades respecto de la mujer y proteger sus derechos contra la discriminación”.

El interés del Estado de proteger la criatura humana por considerar que ésta tiene un valor intrínseco, sagrado e inviolable, por medio de la privación del derecho a la vida de la mujer no es una causal admisible en la Convención y es una interpretación ilegítima del deber de protección de la vida a partir del momento de la concepción.

4. Conclusión: Responsabilidad internacional del Estado de Chile

Ya sea que la causal invocada para justificar la penalización sin excepciones del aborto sea el derecho subjetivo a la vida del feto o el interés del Estado de proteger el valor intrínseco o sagrado de la criatura humana, el deber de protección del derecho a la vida *en general desde el momento de la concepción* no puede ser interpretado como una habilitación para que el Estado prive de la vida a la mujer³⁰⁰. Las explicaciones y fines que se han analizado no se encuentran en la Convención y no permiten despojar a la mujer de su vida. La muerte de la mujer por la imposibilidad de realizarse un aborto adolece de una justificación adecuada y, por tanto, debe ser considerada arbitraria y en abierta contravención a las obligaciones de respetar y garantizar el derecho a la vida que establece la Convención Americana.

El derecho a la vida de la mujer, consagrado en el artículo 4 de la Convención, establece la obligación del Estado de Chile de no privar arbitrariamente de la vida a la mujer, así como investigar, sancionar y reparar su violación y finalmente, tomar las acciones positivas destinadas a impedir la muerte previsible en todos aquellos casos en los que el Estado tenía conocimiento de la situación de indefensión. Las muertes por abortos inseguros en los casos en los que se encuentra en peligro la vida de la mujer no

Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, *Observación general N° 28. Artículo 3: la igualdad de derechos entre hombres y mujeres*. 29 marzo de 2000, en HRI/GEN/1/Rev.7, párr. 21.

³⁰⁰ Esta conclusión es igualmente válida al momento de realizar la interpretación del mandato constitucional al legislador de proteger la vida desde el momento de la concepción.

encuentran una justificación racional o legal en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Las causales que tradicionalmente se invocan para explicar la punición sin excepciones del aborto no permiten concluir que nos encontremos ante una restricción legítima del derecho a la vida de la mujer, sino muy por el contrario, se presenta como una simple privación arbitraria del pleno goce de este derecho.

Conforme a la evolución de la interpretación sobre el contenido y alcance del derecho a la vida que ha realizado el sistema interamericano, podemos apreciar que nos encontramos ante una privación arbitraria de este derecho en el caso de las mujeres embarazadas que compromete la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

El derecho no solo constituye un marco de acción dentro de las sociedades, sino que además establece las valoraciones sociales acerca de la bondad o reproche de ciertas conductas. La irracional decisión del Estado de Chile de optar por el peligro de muerte de las mujeres antes de poner fin al embarazo envía una señal clara a la sociedad respecto de cuál es el valor de sus vidas: un bien relativo, disponible, inferior en cuanto a su trascendencia a la vida en desarrollo y a intereses de particulares o el Estado. Existe un desprecio intrínseco por parte del Estado por la vida de las mujeres, lo que resulta profundamente contradictorio con el respeto e interés que demuestra por la vida del no nacido. El Estado de Chile afirma, por una parte, que tiene la obligación de proteger la vida de todas las personas desde el momento de la concepción, pero luego priva arbitrariamente de la vida a la mujer. ¿Por qué la vida de la mujer embarazada tiene un valor inferior a la del resto de las personas? ¿Por qué podemos exigirle que renuncie a ella?

El Estado debe garantizar el derecho a la vida mediante la despenalización del aborto terapéutico, e incluirlo dentro de las prestaciones de salud básicas de sus programas de salud³⁰¹. De esta forma dará cumplimiento a sus obligaciones internacionales en materia

³⁰¹ “Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía

de derechos humanos, además de otorgar un trato digno y no discriminatorio a las mujeres.

o sus fuerzas armadas”. Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr.120.

CAPÍTULO VI: DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

1. El derecho a la integridad personal: su contenido y extensión según la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su primer numeral consagra el derecho al respeto de la integridad física, psíquica y moral. En el segundo, la prohibición de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como el deber de otorgar un trato respetuoso, propio de la dignidad humana a todas las personas. El tercer numeral establece la prohibición de la extensión de los efectos de la pena a terceros distintos del sancionado por ésta. En los incisos cuarto y quinto se refiere, *grosso modo*, a las condiciones de detención de los condenados y los supuestos en que existan menores privados de libertad. En el sexto señala la finalidad que deben tener las penas privativas de libertad.

La Corte Interamericana en reiteradas oportunidades se ha expresado sobre el contenido y alcance del derecho a la integridad personal. Lo anterior, pues en nuestro continente

los gobiernos autoritarios de las postrimerías del siglo XX desarrollaron y utilizaron políticas y prácticas contrarias a los derechos humanos en aras de neutralizar a la población civil o los grupos que consideraban peligrosos para sus intereses³⁰². Entre estas prácticas se encontraban las más diversas y graves formas de tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes³⁰³.

La Corte ha sido enfática en señalar que en el sistema interamericano de protección existe una prohibición absoluta de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, consagrada en el artículo 5.2 de la Convención Americana. Al respecto ha señalado:

“[...] la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional. Dicha prohibición subsiste aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interno, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”³⁰⁴.

La Corte, además, señala que esta prohibición es absoluta - propia del dominio de *jus cogens* – lo que implica que este derecho “a diferencia de otros, [...] **no puede restringirse ni suspenderse bajo ninguna circunstancia**. No existe razón alguna que permita al Estado restringir este derecho de la manera que normalmente se autorizan las

³⁰² Vg. En Chile esta situación fue documentada en el *Informe Rettig* y el *Informe de Prisión Política y Tortura*. En Perú, HUERTA BARÓN, Miguel y CAMPOS PERALTA, Gustavo. *La Tortura en el Perú y su Regulación Legal*. Lima, Comisión de Derechos Humanos (COMISDEH), 2005.

³⁰³ Vg. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano Vs. Chile*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75; *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153; *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

³⁰⁴ Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164. párr. 76.

restricciones a otros derechos humanos, tales como el orden público o la salud pública”,³⁰⁵.

La claridad y vehemencia que ha tenido la Corte para condenar absolutamente estas conductas, no guarda relación con la imprecisión o indefinición con la que ha abordado la definición y diferencias entre tortura y penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes³⁰⁶. Comúnmente, la Corte trataba conjuntamente las conductas que prohíbe el artículo 5.2 se y no fue sino hasta el caso *Bueno Alves Vs. Argentina*³⁰⁷ que abordó en forma sistemática los elementos que configuran la tortura. Para realizar esta tarea utilizó como fuente de interpretación del artículo 5 de la Convención Americana, lo dispuesto por el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³⁰⁸. Con estas fuentes a la vista señaló que:

“79. [...] la Corte entiende que los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) **un acto intencional**; b) que **cause severos sufrimientos físicos o mentales**, y c) que se cometa con determinado **fin o propósito**”³⁰⁹.

³⁰⁵ MEDINA, Cecilia. *Op. Cit.*, nota 28, p. 142. Esta idea está contenida en el artículo 5 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el cual señala: “No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura”.

³⁰⁶ MEDINA, Cecilia. *Loc. Cit.*

³⁰⁷ Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas 11 de mayo de 2007 Serie C No. 164.

³⁰⁸ Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas 11 de mayo de 2007 Serie C No. 164, párr. 78. El artículo 2 de la CIPST dispone: [p]ara lo efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin [...]. Este no es el primer caso en que la Corte se atribuye competencia y aplica la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. En la misma sentencia del Caso *Bueno Alves* la Corte hace referencia a Caso *de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 156; *Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 126, y *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 144.

³⁰⁹ Destacado propio.

En relación al elemento de *intencionalidad*, indicó que “81. [...] los actos cometidos fueron **deliberadamente** infligidos en contra de la víctima **y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito**”. Para satisfacer este requisito, la Corte exige que, tras la conducta lesiva, exista una intención o ánimo del Estado y excluye la posibilidad de considerar como tortura un acto que sea resultado de la negligencia grave o del caso fortuito.

Sobre la finalidad indicó que “82. [...] los maltratos tuvieron como **finalidad específica** forzar la confesión del señor Bueno Alves”. Nuevamente, la Corte establece un umbral de exigencia en el cuál debe existir un orientación manifiesta en el accionar del Estado, pues de no mediar un propósito, como es el de obtener una confesión, no nos encontraremos ante tortura.

Respecto de la finalidad tras la conducta, es importante destacar que conforme a lo dispuesto por el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar, los ataques que se perpetren pueden realizarse “con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena **o con cualquier otro fin**³¹⁰”. Esta última causal es formulada en términos suficientemente amplios, motivo por el cual en la calificación de la ilegitimidad de los fines, la actividad jurisprudencial tendrá una importancia gravitante.

En relación a los daños que causa la tortura, resulta interesante de destacar la forma en la que se aborda el sufrimiento de la víctima de tortura. Al respecto señaló:

“83. [...] al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte **debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos**. Los primeros se refieren a **las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales**

³¹⁰ Destacado propio.

que éstos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal”³¹¹.

La Corte para efectos de analizar el umbral de sufrimiento de la víctima, atiende primero a criterios objetivos que determinan los hechos del caso, y en segundo lugar, a criterios de tipo subjetivo, propios de la condición de la víctima³¹². Esta forma de analizar la intensidad del dolor vuelve patente las legítimas diferencias que existen entre cada persona y abandona la idea de un estándar abstracto o neutral que no las reconozca. El análisis de la situación del titular de derecho concreto permite un adecuado respeto y garantía de los derechos de la CADH.

En el caso de las mujeres, este análisis permite identificar como torturas tratos que antes no se calificaron de esta forma, pues se utilizaba un estándar de comparación que no reconocía su situación concreta. Ejemplo de la utilización de este criterio es la sentencia del *Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*³¹³, donde el tribunal consideró que la inspección vaginal que había sufrido una de las víctimas del caso era una violación sexual, la que a su vez constituía tortura. Para arribar a esta conclusión la Corte observó la forma en la que tuvieron lugar los hechos, así como los sufrimientos que padeció la víctima³¹⁴.

³¹¹ Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas 11 de mayo de 2007 Serie C No. 164. Destacado propio.

³¹² Esta forma de ponderación también se encuentre en el *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

³¹³ *Supra*

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

³¹⁴ Si bien la Corte fue meridianamente clara a la hora de ponderar el sufrimiento de la víctima como severo, no resulta del todo claro cuál era el fin o propósito tras este acto. Pareciera que la Corte comparte las observaciones de la relatora especial de la ONU sobre violencia contra la mujer pues, finalizando sus consideraciones jurídicas transcribió lo siguiente: “[I]La Relatora Especial de la ONU para la Violencia contra las Mujeres ha establecido, refiriéndose a la violencia contra las mujeres en el contexto de un conflicto armado, que la ‘[I]a agresión sexual a menudo se considera y practica como medio para humillar al adversario’ y que ‘las violaciones sexuales son usadas por ambas partes como un acto simbólico’. Este Tribunal reconoce que la violencia sexual contra la mujer tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para ellas, que se ven agravadas en los casos de mujeres

Los elementos que la Corte indica en fallo del caso *Bueno Alves* permitirán identificar cuando nos encontraremos ante tortura, cuáles son las conductas prohibidas y sus consecuencias legales. Sin perjuicio de lo anterior, subsiste la interrogante respecto de cuáles son los elementos de las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En relación a los elementos que nos permitirán calificar ciertas conductas como penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que:

“Un tratamiento ha sido calificado por la Corte como “inhumano” porque, *inter alia*, fue premeditado, aplicado por periodos de horas y provocó lesiones físicas concretas o bien intenso dolor físico y mental (ver *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 120, ECHR 2000-IV). El tratamiento ha sido considerado “degradante” cuando ha sido tal de despertar en las víctimas sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarlas y degradarlas y posiblemente quebrar su resistencia física o moral (ver *Hurtado v. Switzerland*, Commission's report of 8 July 1993, Series A no. 280, p. 14, § 67), o cuando es tal que puede conducir a la víctima a actuar en contra de su voluntad o conciencia (ver, por ejemplo, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece* (“the Greek case”), nos. 3321/67 *et al.*, Commission's report of 5 November 1969, Yearbook 12, p. 186; *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, § 110, ECHR 2001-III). Más aún, al considerar si un trato es “degradante” en el significado del artículo 3, uno de los factores que la Corte tomará en cuenta es la pregunta sobre si el objetivo era humillar y degradar a la persona involucrada, sin perjuicio de lo cual la ausencia de cualquiera de estos propósitos no desecha categóricamente el encontrar una violación del artículo 3 (ver *Raninen v. Finland*, judgment of 16 December 1997, *Reports of Judgments and Decisions*

detenidas”. Luego, pareciera que el tribunal estima que la violación sexual como una forma de violencia tiene por fin o propósito la humillación de quien la padece. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, párr. 313.

1997-VIII, pp. 2821-22, § 55; *Peers v. Greece*, no. 28524/95, §§ 68 and 74, ECHR 2001-III; *Price*, cited above, § 24). En orden a que un castigo o trato asociado a éste sea “inhumano” o “degradante”, su sufrimiento o humillación correlativo en todo evento debe estar más allá de los inevitables sufrimientos o humillaciones propias de una forma legítima de trato o castigo (ver *Labita*, citado previamente, § 120)³¹⁵.

La Corte Europea identifica los tratos inhumanos y degradantes, como severos atentados a la integridad física y síquica. La determinación de la severidad de estas conductas requerirá de un análisis de las circunstancias de cada caso, pues el umbral de gravedad es contingente. Los elementos que debemos tener en mente son la duración del trato, sus efectos o consecuencias físicas y mentales, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima. Respecto del propósito de estos tratos, la Corte identifica que éstos pueden tener por objeto humillar o degradar a la víctima, pero que la ausencia de uno de éstos no elimina la posibilidad de encontrar una violación a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

³¹⁵ Corte Europea de Derechos Humanos. Case Of Wieser V. Austria. (*Application No. 2293/03*). Judgment. Strasbourg. 22 February 2007 (Final 22/05/2007). Párr. 36. Traducción propia. En su texto original: “Treatment has been held by the Court to be “inhuman” because, *inter alia*, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical and mental suffering (see *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 120, ECHR 2000-IV). Treatment has been considered “degrading” when it was such as to arouse in its victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance (see *Hurtado v. Switzerland*, Commission's report of 8 July 1993, Series A no. 280, p. 14, § 67), or when it was such as to drive the victim to act against his will or conscience (see, for example, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece* (“the Greek case”), nos. 3321/67 *et al.*, Commission's report of 5 November 1969, Yearbook 12, p. 186; *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, § 110, ECHR 2001-III). Furthermore, in considering whether treatment is “degrading” within the meaning of Article 3, one of the factors which the Court will take into account is the question whether its object was to humiliate and debase the person concerned, although the absence of any such purpose cannot conclusively rule out a finding of violation of Article 3 (see *Raninen v. Finland*, judgment of 16 December 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII, pp. 2821-22, § 55; *Peers v. Greece*, no. 28524/95, §§ 68 and 74, ECHR 2001-III; *Price*, cited above, § 24). In order for a punishment or treatment associated with it to be “inhuman” or “degrading”, the suffering or humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment (see *Labita*, cited above, § 120)”. En el mismo sentido ver: Corte Europea de Derechos Humanos. Case Of Istratii And Others V. Moldova (*Applications nos. 8721/05, 8705/05 and 8742/05*). Judgment. Strasbourg. 27 March 2007. Párr.46. Traducción propia; Case Of Wieser V. Austria. (*Application No. 2293/03*). Judgment. Strasbourg. 22 February 2007 (Final 22/05/2007). Párr. 35.

Como podemos apreciar, el límite entre la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes es difuso y no existe claridad en la jurisprudencia sobre las diferencias entre ambos. Pareciera que en el caso de la tortura, el elemento definitorio se encontraría en el propósito, mientras que en los tratos inhumanos y degradantes – en el sistema interamericano se agrega *cruel* – no requieren la existencia de un propósito para ser calificados como tales. Luego, podríamos pensar que la tortura es una forma agravada o calificada de tratos crueles, inhumanos y degradantes³¹⁶.

A lo anteriormente expuesto sobre los tratos crueles, inhumanos y degradantes debemos agregar lo expresado por la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos respecto de la *falta de justificación* de los tratos crueles e inhumanos. Esta idea se encuentra en el *caso Griego*, el cual señala que éstos son “a lo menos tratos que deliberadamente causan sufrimiento mental o físico severo, que, en una situación en particular, resultan injustificables”³¹⁷. El elemento de justificación puede resultar contradictorio si pensamos que debe ser ponderado como una causal de exculpación del Estado. Conforme hemos analizado, no existen causales que permitan a los Estados perpetrar este tipo de actos. Lo anterior no sólo ha sido afirmado por la jurisprudencia interamericana, sino también por la europea³¹⁸. Sin embargo, subsiste la duda respecto de la utilidad de la *justificación* de los sufrimientos severos en orden a ser calificados

³¹⁶ Al respecto ver RODLEY, Nigel. *The treatment of prisoners Under International Law*. New York. Second Edition. Oxford University Press, 2002. p.76.

³¹⁷ *El caso Griego*. Citado en RODLEY, Nigel. *Ibíd.* p.77.

³¹⁸ “[T]he Court has stated on many occasions, Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (see *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 95, ECHR 1999-V, and the *Assenov and Others v. Bulgaria* judgment of 28 October 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII, p. 3288, § 93)”. Corte Europea de Derechos Humanos. *Case Of Pruneanu V. Moldova*. (Application No. 6888/03). Judgment. Strasbourg. 16 January 2007 (Final 23/05/200). Párr. 43.

como inhumanos y degradantes³¹⁹. Podríamos pensar que la justificación busca delimitar los sufrimientos que pueden emanar de la imposición de una pena legítima – como puede ser una condena privativa de libertad dictada en un debido proceso – o bien del ejercicio de un derecho – como podría ser la legítima defensa. En esta interpretación, la justificación constituiría un complemento en el análisis de la calificación de hechos y sufrimientos como *cruels, inhumanos y degradantes*, la cual debe estar conforme con la Convención. Sin perjuicio de lo anterior, este punto requiere de mayor análisis.

En relación al debate sobre la diferenciación entre torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, se discute si su distinción representa alguna utilidad considerando, por una parte, la necesidad de un margen de flexibilidad que un tribunal requiere para ponderar las constantes y evolutivas formas de lesión de la integridad, y por otra, la permanente superación de la noción de dignidad humana. Esta posición es la que se tuvo en mente por los Estados al establecer la Declaración Universal de Derechos Humanos: un concepto amplio que permitiera enfrentar errores de la magnitud y gravedad de los vividos durante la segunda guerra mundial³²⁰. La misma posición subyace a lo expresado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación General 20, donde señala que:

“El Pacto no contiene definición alguna de los conceptos abarcados por el artículo 7, ni tampoco el Comité considera necesario establecer una lista de los actos prohibidos o establecer distinciones concretas entre las diferentes formas de

³¹⁹ Este requisito es un elemento de la ponderación del elemento de “degradación” que persigue el maltrato en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha indicado: “Having regard to the foregoing, the Court considers that in the particular circumstances of the present case the strip search of the applicant during the police intervention at his home constituted an **unjustified** treatment of sufficient severity to be characterised as “degrading” within the meaning of Article 3 of the Convention”. *Case Of Wieser V. Austria. (Application No. 2293/03)*. Judgment. Strasbourg, 22 February 2007 (Final 22/05/2007), párr. 41. Destacado propio.

³²⁰ VILLÁN DURÁN, Carlos. *La Práctica De La Tortura y Los Malos Tratos En El Mundo. Tendencias Actuales*. Artículo enviado por el autor a solicitud de los organizadores del Seminario sobre los Instrumentos Nacionales e Internacionales para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura. México, Distrito Federal, noviembre de 2004. El artículo fue publicado con anterioridad en «La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos», Colección Jornadas sobre derechos humanos, núm. 7, XXII Cursos de Verano (San Sebastián), XV Cursos Europeos, Edit. Ararteko, 2003

castigo o de trato; las distinciones dependen de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado”³²¹.

Sobre la autoría de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, el artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura señala que serán responsables de tortura:

a) los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan; b) las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

La tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes deben ser realizadas por un agente del Estado, o bien por particulares que actúan bajo la tolerancia y aquiescencia de éstos. Este último supuesto establece la posibilidad de establecer la responsabilidad internacional del Estado por la omisión en investigar, sancionar y reparar la violación del artículo 5, es decir, por incumplir su obligación de garantizar el derecho³²². La Corte Interamericana ha establecido que la obligación de garantizar la integridad personal comprende el deber de prevenir, así como el de investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos convencionales³²³. Luego, aún cuando los perpetradores de

³²¹ Comisión de Derechos Humanos. *Observación General No.20 Artículo 7*, (A/47/40 (1992), Annex VI (pp. 193-195), párr. 4). Citado en MEDINA QUIROGA, Cecilia. *Op. Cit.*, nota 28, p. 148.

³²² VILLÁN DURÁN, Carlos. *Op. Cit.*, nota 320, p.134.

³²³ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148; *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

las torturas no sean agentes del Estado, la falta de diligencia en la investigación de la violación puede comprometer su responsabilidad internacional³²⁴.

Igualmente, es factible que la existencia de legislación incompatible con la CADH y que tiene como directo resultado la violación del derecho a la integridad personal comprometa la responsabilidad internacional del Estado, tanto por su incumplimiento de adecuar su legislación interna (artículo 2), así como por el incumplimiento concreto de respetar y garantizar el derecho del artículo 5 de la Convención (artículo 1.1).

Lo anteriormente expuesto guarda relación con lo dispuesto por el artículo 5.2 de la Convención Americana. El primer numeral del artículo 5 establece una cuestión diversa de la prohibición de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

El artículo 5 de la Convención Americana consagra en su primer numeral el derecho a la integridad personal en forma autónoma. Estimamos que este derecho establece un ámbito de autodeterminación de cada persona donde los Estados deben abstenerse de interferir³²⁵. En esta interpretación, la integridad personal sería un derecho de libertad para definir el destino del propio cuerpo. Ciertamente, guardaría una estrecha relación con el derecho a la intimidad y la correlativa prohibición de interferencias arbitrarias sobre ésta. Esto no resulta extraño si pensamos que hay áreas en las que ambos derechos se superponen, por ejemplo, en el ejercicio libre y consentido de la sexualidad³²⁶. “Puede sostenerse que la consagración de un derecho a la integridad personal revela dos aspectos de esta disposición: genera, por una parte, la obligación del Estado de no realizar ninguna acción u omisión de las prohibidas por el artículo 5 de la Convención y de impedir que otros las realicen; por otra parte, alude a la cualidad de todo individuo de

³²⁴ En la Corte Interamericana, Vg. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. En la CIDH, Vg. Informe N° 54/01, caso 12.051, *Maria Da Penha Maia Fernandes contra Brasil*. 16 de Abril de 2001.

³²⁵ Esta idea se encuentra en MEDINA, Cecilia. *Op. Cit.*, nota 28.

³²⁶ En el derecho penal, los delitos que penalizan los atentados contra la libertad sexual – como la violación o el estupro – son un buen ejemplo de la conjunción entre ambos derechos o bienes jurídicos protegidos.

ser merecedor de respeto, sin que nadie pueda, en principio, interferir con él o con sus decisiones respecto de él, sugiriendo, de este modo, que el individuo es el dueño de sí mismo, tiene autonomía personal, y por lo tanto, está facultado para decidir a su respecto, sin que el Estado tenga, en principio, la facultad de impedirselo”³²⁷.

En la actualidad no existen gobiernos autoritarios que implementen como política de Estado la violación masiva y sistemática del derecho a la integridad personal mediante la tortura y demás tratos crueles, inhumanos y degradantes. Sin embargo, podemos encontrar violaciones al artículo 5 de la Convención si consideramos que en nuestro continente existen personas que no acceden a bienes de primera necesidad, como alimento, salud o vivienda y que ciertamente padecen de graves sufrimientos, tanto físicos como síquicos. Estas personas generalmente pertenecen a grupos sociales que han sido tradicionalmente discriminados, o bien se encuentran en situaciones de pobreza y marginalidad³²⁸. Su condición o posición de vulnerabilidad los expone a abusos o malos tratos por parte de agentes del Estado o privados³²⁹, a lo que se suma la imposibilidad de acceder a la justicia. La impunidad propicia la repetición de este tipo de situaciones³³⁰ lo que nos hace reflexionar sobre la existencia de violaciones estructurales a los derechos humanos de grandes sectores de la población. En el supuesto que nos encontremos ante un Estado en el cual existen recursos para prevenir y morigerar estos sufrimientos y, debido a factores tales como la corrupción, la desigual distribución del ingreso o la ineficiencia en la administración de recursos, resulta incomprensible por qué

³²⁷ MEDINA QUIROGA, Cecilia. *Op. Cit.*, nota 28, p. 138.

³²⁸ La pobreza y la marginalidad que afecta a estos grupos puede tener como fuente, entre otras cuestiones, la discriminación que padecen. Lo anterior, pues las distinciones arbitrarias en el trato que reciben condicionan su acceso a bienes de primera necesidad, salud, justicia y educación, entre otras cuestiones. Un triste ejemplo de esta situación es la sentencia de la Corte Interamericana en el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya. En este caso la Corte encontró una violación al derecho a la vida de las personas que fallecieron a causa de la negligencia del Estado, pero extrañamente no encontró una violación al derecho a la integridad personal. Una crítica sobre este aspecto en NASH Claudio, "Caso Sawhoyamaya Vs. Perú". En: ARJONA ESTÉVEZ *et al* (comp.). *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Análisis, Retos y Perspectivas*. México, Universidad Iberoamericana A.C., 2007.

³²⁹ Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152CIDH. Informe N° 5/96. Caso 10.970. Perú. 1° De Marzo De 1996.

³³⁰ *Ibíd.*

estas personas deben sufrir estos padecimientos que, muy probablemente, pueden ser considerados crueles, inhumanos y degradantes.

2. La integridad personal de las mujeres: la penalización del aborto en los supuestos de embarazos resultados de violación y fetos anencéfalos o inviábiles

El ejercicio de la sexualidad y la reproducción se caracterizan por constituir derechos de libertad, los cuáles, por una parte, demandan un deber de abstención del Estado de lesionar, y por otra, un deber de resguardar su ejercicio pleno e informado. Las mujeres ciertamente son titulares de estos derechos de libertad, que guardan directa relación con el ejercicio del derecho a la integridad – prohibición de intervenciones arbitrarias en el ejercicio de la autonomía sobre el propio cuerpo – y la intimidad.

Este derecho de libertad implica decidir soberanamente, *inter alia*, sobre el propio cuerpo, lo cual incluye la posibilidad de definir si ejercer o no la sexualidad y con quién, además de decidir tener hijos e hijas, su número e intervalos. Los obstáculos o prohibiciones de ejercer esta autodeterminación colocan a las personas en la imposibilidad de desarrollar sus proyectos de vida y las deja al arbitrio de las intervenciones y decisiones que el Estado realice sobre sus destinos. El autogobierno del ser es lo que diferencia a las y los seres humanos libres de los que no lo son, entre ser sujeto u objeto.

De ahí la trascendencia de esta esfera de la personalidad. En el caso de las mujeres esta esfera adquiere un nuevo cariz si, resultado de una violación o bien intromisión arbitraria deviene la imposibilidad de decidir sobre la reproducción y maternidad. El embarazo forzado ignora la voluntad de la mujer y provoca graves sufrimientos. Estos devienen no solo de la obligación de llevar a término un embarazo con todos los cambios físicos que implica, sino porque les impone la maternidad con las consiguientes

responsabilidades y roles de ésta sin considerar cuales eran sus expectativas y proyectos de vida.

El derecho internacional, como hemos visto, paulatinamente se ha sensibilizado a esta realidad. Ejemplo de lo anterior son las normas que regulan los atentados a esta libertad, donde podemos encontrar el artículo 7 sobre “crímenes de lesa humanidad” de la Corte Penal Internacional³³¹, el cual tipifica la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable³³².

La penalización sin excepciones del aborto impide que las mujeres ejerzan esta autonomía, pues no les permite decidir si desean o no llevar a término el embarazo. Este hecho genera una serie de consecuencias perniciosas para ellas, tal como ha sido constatado por diversos órganos internacionales. En este sentido, reiteramos lo señalado en el capítulo anterior respecto de las observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer³³³ y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas³³⁴. Estos organismos han manifestado su preocupación por las insuficiencias en el reconocimiento y protección de los derechos relacionados con la salud reproductiva de la mujer; que el aborto constituya un delito enjuiciable bajo cualquier circunstancia y la correlativa necesidad de las mujeres de buscar abortos inseguros e ilegales, “con los

³³¹ Para una reflexión de los desafíos que plantea la adopción del Estatuto de Roma ver RIOSECO ORTEGA, Luz y ROJAS BRAVO, Ximena. *Corte Penal Internacional. Desafíos en materia de justicia de género en la región*. Santiago de Chile, DOMOS, 2003.

³³² Estatuto De Roma De La Corte Penal Internacional, Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. Naciones Unidas. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998.

³³³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 36º período de sesiones 7 a 25 de agosto de 2006, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile CEDAW/C/CHI/CO/4*, párrs. 19 y 20.

³³⁴ Comité de Derechos Humanos, 89º período de sesiones 12 a 30 de marzo de 2007, Versión inédita, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, Chile*. párr. 8.

consiguientes riesgos para su vida y su salud, así como por el hecho de que los abortos clandestinos sean la causa principal de mortalidad materna”³³⁵.

Estimamos que existen dos supuestos en que la imposibilidad de decidir sobre la propia reproducción – que resulta imputable al Estado - genera graves sufrimientos en las mujeres que, en nuestra apreciación, constituyen una forma de violación del derecho a la integridad personal: (1) la prohibición del aborto en el caso de un embarazo provocado por una violación sexual y, (2) el caso de fetos anencéfalos o inviábiles. Los supuestos que abordaremos han sido escogidos por la gravedad de los sufrimientos que producen a las mujeres. Sin perjuicio de esto, consideramos que la maternidad forzada en general es una forma de violación del derecho a la integridad personal. No abordaremos esta materia por los límites propios de este trabajo.

La violación del derecho a la integridad personal - en los supuestos antes indicados - se caracterizaría por constituir una privación arbitraria del control sobre el propio cuerpo de la mujer que pueden causar severos sufrimientos en la víctima. Debemos determinar si estos sufrimientos constituyen alguna de las conductas prohibidas en el artículo 5.2 de la Convención.

A. La prohibición del aborto en el caso de un embarazo provocado por una violación sexual

La violación sexual constituye un ataque y una privación de los derechos a la integridad personal e intimidad de la víctima, no sólo por las lesiones físicas y psicológicas que provoca, sino porque constituye una negación del control sobre el propio cuerpo y la sexualidad, la voluntad y la dignidad de quien la sufre. Al efecto, la Comisión ha señalado que:

³³⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 36° período de sesiones 7 a 25 de agosto de 2006, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile CEDAW/C/CHI/CO/4*, párrs. 19 y 20.

“[...] el abuso sexual, además de constituir una violación a la integridad física y mental de la víctima, implica un ultraje deliberado a su dignidad. En este sentido, se transforma en una cuestión que queda incluida en el concepto de "vida privada". La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que el concepto de vida privada alcanza a la integridad física y moral de una persona, y en consecuencia incluye su vida sexual. De este modo, para la Comisión, las violaciones de las que fue objeto Raquel Mejía en tanto afectaron su integridad física y moral, incluida su dignidad personal, configuraron una transgresión de su derecho a la intimidad cuya responsabilidad resulta atribuible al Estado peruano”³³⁶.

En los contextos de violencia, ya sea en tiempo de paz o de guerra, se ha afirmado que la violación sexual es una forma de castigo y sumisión³³⁷. El objetivo tras esta política/castigo es la humillación, degradación e intimidación del colectivo de las mujeres. *A fortiori*, los efectos de la violación se extienden al colectivo de las mujeres. “*Todas las mujeres, incluso aquellas que nunca experimentaron una agresión sexual, han experimentado el miedo a la violación [...]. El miedo a la violación está siempre con nosotras. Él afecta nuestras vidas de incontables maneras, no solo en que sentimos miedo de caminar por la calle avanzada la noche, sino también en todas nuestras relaciones con los hombres, por superficiales que sean*”³³⁸.

³³⁶ CIDH. Informe N° 5/96. Caso 10.970. Perú. 1° de Marzo de 1996.

³³⁷ MACKINNON, Catherine. “Crímenes de Guerra. Crímenes de Paz”. En: SHUTE, Stephen y HURLEY, Susan (ed). *De los Derechos Humanos*. La Comisión Interamericana en el caso de Raquel Martín de Mejía señaló que “Asimismo, Human Rights Watch, en un estudio sobre abusos sexuales contra mujeres en Perú, ha manifestado que la violación de mujeres en este país constituye una práctica común. Desde el comienzo de la campaña de contrainsurgencia contra los grupos armados, la violación se convirtió en una terrible realidad para las mujeres. Según este informe, los soldados usan la violencia sexual como un arma para castigar, intimidar, coercionar, humillar y degradar. Para una mujer vivir en una cierta área implica correr el riesgo de ser violada, habitualmente por ser considerada sospechosa de pertenecer a la insurgencia. No obstante no existir estadísticas sobre el número de violaciones atribuibles a las fuerzas de seguridad, esta organización no gubernamental reporta que grupos locales indican que el número es muy alto”. CIDH. Informe N° 5/96. Caso 10.970. Perú. 1° de Marzo de 1996.

³³⁸ HERCOVICH, Inés. *El enigma sexual de la violación*. Buenos Aires, Biblos, 1997. p. 13. Citado por BOVINO, Alberto. “Delitos sexuales y justicia penal”. En: BIRGIN Haydée (ed) *Las Trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*. Buenos Aires, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, 2000. p. 178.

La violación puede tener como resultado el embarazo de la mujer. En esta hipótesis el embarazo es una consecuencia directa e indeseada del ataque; reflejo y recuerdo de la agresión que vivió la mujer; obligarla a llevarlo a término y a dar a luz, es la perpetuación del ataque y de su sufrimiento. La enajenación del control sobre el ejercicio de la sexualidad y el propio cuerpo experimentada por la mujer a causa de la violación se extiende a la prohibición de abortar y causa sufrimientos iguales o superiores a los provocados por el ataque inicial.

La mujer que fue violada, no sólo debe superar el dolor y la humillación de la violación; el Estado también le exige que tenga hijos productos de este ataque. En este escenario, la maternidad no es un proyecto de vida donde la mujer persigue formar una familia o criar hijos o hijas, sino un acto violento que se impone sin respetar su voluntad.

Estos graves padecimientos, ¿pueden ser considerados tratos crueles, inhumanos y degradantes? Si utilizamos los requisitos que ha establecido la jurisprudencia de los sistemas interamericano y europeo, la respuesta a esta pregunta es categórica: sí. La prohibición de acceder a un aborto seguro en el caso de un embarazo producto de una violación es un trato inhumano y degradante. Inhumano, pues provoca predecibles lesiones psicológicas graves en sus víctimas las cuáles se extenderán durante toda la vida de ésta. Degradante, pues despierta en la víctima “sentimientos de miedo, angustia e inferioridad capaces de humillarlas y degradarlas y posiblemente quebrar su resistencia física o moral o cuando es tal que puede conducir a la víctima a actuar en contra de su voluntad o conciencia”³³⁹. Si una mujer no desea dar a luz al producto de su violación, la imposibilidad de ejercer algún tipo de control sobre su propio cuerpo despertará impotencia y angustia. Este dolor sobrepasará la posibilidad de que ella actúe contra su conciencia y voluntad pues, simplemente, niega la posibilidad de que ésta exista.

³³⁹ Corte Europea de Derechos Humanos. Case Of Wieser V. Austria. (*Application No. 2293/03*). Judgment. Strasbourg. 22 February 2007 (Final 22/05/2007). Párr. 36. Traducción propia.

La maternidad forzada es una conducta que el Estado no puede ni deber exigir de las mujeres, “[l]a razón válida se encuentra en la relación que existe entre el embarazo y el abuso experimentado por la mujer, es decir, en el sometimiento de su cuerpo a la realización de la voluntad de otro. No es exigible el embarazo que es consecuencia del trato que se ha dado al cuerpo de la mujer como mero objeto. La afectación de la autonomía de la mujer que es inherente al embarazo se ve aquí intensificada exponencialmente por la afectación a su autonomía que dio origen a ese embarazo”³⁴⁰.

B. La prohibición del aborto en caso de fetos anencéfalos o inviables

“La anencefalia es un defecto del tubo neural que se presenta al comienzo del desarrollo fetal. El defecto del tubo neural involucra el tejido que crece en el cerebro y la médula espinal. La anencefalia se presenta cuando la porción superior del tubo neural no logra cerrarse”³⁴¹. No existen tratamientos para esta enfermedad, pues se trata de una condición mortal.

Las expectativas que genera la maternidad se frustran absolutamente cuando se diagnostica una enfermedad mortal del feto. Esta frustración produce un profundo dolor en la mujer, pues el ejercicio de la maternidad descansa en el deseo de conectarse y establecer un vínculo afectivo con la hija o el hijo que se espera. Obligar a una mujer a soportar todo el embarazo sabiendo que, si bien el feto se desarrolla en su interior, no sobrevivirá al parto, ciertamente le provocará angustia, impotencia y dolor.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en adelante, el Comité) tuvo la oportunidad de explayarse sobre esta materia en el caso de Karen Llantoy³⁴². En el caso en comento, “[l]a autora quedó embarazada en marzo de 2001, cuando tenía 17 años de edad. El 27 de junio de 2001 se le realizó una ecografía en el Hospital Nacional

³⁴⁰ BASCUÑAN, Antonio, *Op. Cit.*, nota 192, p.143 y ss.

³⁴¹ Consultado el 11 de junio en <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001580.htm>

³⁴² Comité de Derechos Humanos, 85º período de sesiones 17 de octubre a 3 de noviembre de 2005. Dictamen, Comunicación No. 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003 17 de noviembre de 2005.

Arzobispo Loayza de Lima, dependiente del Ministerio de Salud. Del examen se estableció que se trataba de un feto anencefálico³⁴³. Su médico tratante le explicó la existencia de “la anomalía que sufría el feto y los riesgos contra su vida en caso de continuar con el embarazo. [...] [L]e señaló que tenía dos opciones: continuar o interrumpir la gestación; recomendándole la interrupción mediante un legrado uterino. La autora decidió interrumpir el embarazo, por lo cual se le practicaron los estudios clínicos necesarios, los cuales confirmaron el padecimiento del feto³⁴⁴. La peticionaria debía obtener un permiso del hospital para la realización de esta operación, pero este fue denegado argumentando que otorgarlo “sería contravenir a las normas legales, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del Código Penal, el aborto era reprimido con “pena privativa de libertad no mayor de tres meses (2) cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas » y que, conforme al artículo 119 del mismo Código, “solo el aborto terapéutico esta permitido cuando ‘la suspensión del embarazo es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave permanente’³⁴⁵.

A pesar de la opinión de su facultativo tratante y de los informes emitidos por asistentes sociales y médicos siquiátras, “la autora dio a luz una niña anencefálica, que vivió cuatro días; periodo durante el cual debió amamantarla. Después de la muerte de su hija, la autora se sumió en un estado de profunda depresión³⁴⁶.

El Comité consideró que la víctima, “debido a la negativa de las autoridades médicas a efectuar el aborto terapéutico, tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo. Esta fue una experiencia que sumó más dolor y angustia a la ya acumulada durante el periodo en que estuvo obligada a continuar con su embarazo³⁴⁷.

³⁴³ *Ibíd.* párr. 2.1.

³⁴⁴ *Ibíd.* párr. 2.2.

³⁴⁵ *Ibíd.* párr. 2.3.

³⁴⁶ *Ibíd.* párr. 2.6.

³⁴⁷ *Ibíd.* párr. 6.3.

Sobre la causa del sufrimiento señaló que “[l]a omisión del Estado, al no conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión de Comité, la causa el sufrimiento por el cual ella tuvo que pasar. El Comité ha señalado en su Observación General No.20 que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no solo hace referencia al dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores [...] el Comité considera que los hechos que examina revelan una violación del artículo 7 del Pacto”³⁴⁸. El artículo 7 prescribe que “[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”³⁴⁹.

Tal como lo señala el Comité, el dolor que provoca el embarazo forzado en el supuesto de un embarazo con un feto anencéfalo es absolutamente injustificado, puesto que el ser humano que se forma en su vientre no sobrevivirá al alumbramiento y, por tanto, el derecho a la vida del feto no puede ser una causal para la prohibición del aborto. La doctrina penal chilena al definir el aborto indica que es necesaria “la destrucción de un feto vivo con viabilidad intrauterina”³⁵⁰. Si nuestra doctrina requiere como requisito para la definición de aborto la destrucción de un feto viable, en el caso de los fetos anencefálicos o inviábiles, no deberíamos siquiera considerar que la interrupción del embarazo en estos casos sea un aborto. Si no existen justificaciones racionales para considerar que nos encontramos en presencia de un aborto, la imposibilidad de interrumpir el embarazo es, simplemente, irracional.

Es en base a estas motivaciones, irracionales e injustificadas, que el Estado exige a la mujer soportar el embarazo y los padecimientos asociados. Le exige el sometimiento irreflexivo a un sistema normativo indiferente al dolor que experimenta y en el supuesto

³⁴⁸ *Ibíd.* párr. 6.3.

³⁴⁹ Pacto Internacional De Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

³⁵⁰ *Supra Concepto de aborto.*

que ella decida abortar para evitar estos sufrimientos, la amenaza – o sanciona – con toda la fuerza del derecho penal. La conducta del Estado y el consiguiente sufrimiento que padece la mujer es cruel, inhumano y degradante. Los martirios son crueles, pues sólo una conducta sadista persigue infligir sufrimientos sin que medie ningún tipo de explicación racional. Si existe plena conciencia de la muerte del feto y los riesgos para la salud de la mujer, no existen motivos que justifiquen o expliquen racionalmente esta decisión. Inhumanos, pues le provocan graves sufrimientos y lesiones psicológicas y físicas y se extiende durante los nueve meses del embarazo. Los embarazos anencefálicos ponen en peligro la vida de la madre, por los que ciertamente existe un riesgo de lesiones físicas en la mujer. El dolor psicológico que experimenta una mujer con esta situación es de calificada severidad. El proyecto de vida de una mujer se verá modificado sustancialmente, pues las lesiones psicológicas, aunque no son evidentes y visibles al observador, alteran nuestras estructuras de personalidad y las formas en las que nos relacionamos con el mundo, nuestra percepción de éste y la manera en la cual nos insertamos en él. Los efectos de los tratos crueles, inhumanos y degradantes se extenderán en el tiempo y serán una secuela permanente para su víctima.

En los tratos crueles, inhumanos y degradantes, podemos ver la existencia de un desprecio o invisibilización de la dignidad de la persona. La voluntad de la víctima no es considerada un factor relevante, sino simplemente un medio para la satisfacción de un interés superior.

3. Conclusión: responsabilidad internacional del Estado de Chile

Conforme hemos indicado, la penalización sin excepciones del aborto en los supuestos de embarazos resultados de violaciones sexuales o cuyos fetos son anencéfalos, provoca graves sufrimientos en sus víctimas que sólo pueden ser calificados como crueles, inhumanos y degradantes.

La prohibición absoluta de tratos inhumanos y degradantes no admite restricciones como el común de los derechos³⁵¹, y la violación de esta disposición compromete la responsabilidad internacional del Estado por su violación.

A pesar de la argumentación que hemos realizado, podría considerarse que este es un sufrimiento que no puede ser considerado ilegítimo pues es la consecuencia de la existencia de una norma jurídica válida. En este razonamiento, los severos padecimientos de la mujer constituirían una especie de carga social asociada a la ponderación de derechos o intereses que el Estado ha realizado respecto de la existencia y supervivencia del feto.

Esta línea de argumentación debe ser rechazada por múltiples razones, muchas de las cuales ya hemos abordado en relación al derecho a la vida en el capítulo anterior. Nuevamente, la primera de ellas guarda relación con la posibilidad de privar del goce de derechos en la Convención Americana. El artículo 29 de la Convención establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de permitir a los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. El deber de protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción que establece el artículo 4 de la Convención no puede ser interpretado por el Estado como un permiso para vulnerar otros derechos del catálogo convencional. La recta interpretación de este mandato debe estar en la interpretación armónica del alcance y contenido de los

³⁵¹ MEDINA QUIROGA, Cecilia. *Op. Cit.*, nota 28.

derechos y deberes de protección que consagra la Convención. En este caso, el límite al deber de protección de la vida *en general* desde el momento de la concepción, está en la prohibición de tratos que, dada su severidad, provocan graves sufrimientos, además de humillar y degradar la dignidad humana.

La segunda razón para rechazar esta interpretación guarda relación con la ponderación de las cargas que el Estado impone a la mujer con motivo del embarazo forzado. En nuestro ordenamiento jurídico no existe la obligación de soportar o padecer tratos inhumanos y degradantes. Cuando nuestra integridad personal se ve amenazada, ya sea por un ataque ilegítimo o bien en situación de necesidad extrema, el derecho exime de la responsabilidad penal a quien lesiona bienes jurídicos de terceros en orden a ejercer una defensa de sus intereses personales, por medio de las instituciones de la legítima defensa o el estado de necesidad, respectivamente. En la penalización sin excepciones del aborto, el Estado obliga a la mujer a padecer sufrimientos que no exige al resto de los ciudadanos, o mejor dicho, a los hombres. Al exigirle a la mujer padecer estos sufrimientos establece una distinción en el trato entre sus ciudadanos que ciertamente puede ser considerada arbitraria y, por tanto, violatoria del derecho a la igualdad.

Finalmente, la existencia de una normativa dictada válidamente por el Estado no exime de ilegitimidad la violación de los derechos. Muy por el contrario, representa una violación de lo dispuesto por los artículos 1.1 y 2 de la Convención³⁵². El artículo 1.1 establece las obligaciones de respetar y garantizar los derechos que reconoce el catálogo de derechos de la Convención, entre los cuales se cuenta el derecho a la integridad personal. La penalización sin excepciones del aborto representa un incumplimiento de estas obligaciones. En relación con la obligación de respetar, puesto que el Estado mediante el ejercicio de la potestad punitiva es el causante de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, incumpliendo por tanto el deber de abstenerse de lesionar. Incumple la obligación de garantizar puesto que no existe un efectivo y real goce del derecho a la integridad personal, ya que la normativa impide el ejercicio y goce pleno

³⁵² *Supra*. Capítulo I. *Las obligaciones de los Estados en la Convención: respetar y garantizar*.

del derecho. La penalización sin excepciones del aborto desafía el “deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”³⁵³. Por otra parte, el artículo 2 de la Convención establece la obligación del Estado de adecuar su legislación interna. La existencia de legislación incompatible con la Convención representa un incumplimiento de esta obligación, compromete la responsabilidad internacional y ampara la repetición de las violaciones que sustenta.

El Estado de Chile debe revisar, conforme ha sido indicado por los organismos internacionales, la penalización absoluta del aborto pues ésta se encuentra en una manifiesta contravención con la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

³⁵³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No 4, párr 188. párr. 166.

CONCLUSIONES

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha incorporado la perspectiva de género en la interpretación de los catálogos de derechos y de las obligaciones del Estado. La utilidad que este proceso ha significado para las mujeres en el mundo, dice relación con el cuestionamiento de prácticas, estereotipos y legislaciones propias de un sistema social que impide el pleno goce de sus derechos fundamentales.

Este sistema social – denominado “sociedad patriarcal” - ampara, permite y reproduce el control y subordinación sobre las mujeres. Dicho control se vuelve patente cuando niega a las mujeres la posibilidad de decidir libre y soberanamente sobre la suerte o destino del propio cuerpo, ya sea impidiéndole decidir si desea o no ejercer su sexualidad (hipótesis de la violación) o bien si desea o no ser madre (embarazo forzado). En este sentido el derecho ha sido uno más de los agentes de la sociedad patriarcal. Mediante las normas que regulan, *inter alia*, las relaciones familiares y el ejercicio del poder punitivo, ha definido cuales son las conductas que las mujeres pueden o no realizar y ha normado el acceso de los hombres y la sociedad en su conjunto a sus cuerpos, sexualidad y reproducción.

La penalización sin excepciones del aborto es una de las formas mediante las cuales el Estado de Chile niega a las mujeres el control sobre su reproducción. La norma del Código Penal no reconoce ninguna situación u excepción para la interrupción del embarazo. Incluso en los supuestos en que el embarazo exponga la vida de la mujer, sea el resultado de una violación o bien el feto sea anencefálico o inviable, si ella opta por abortar será sancionada con toda la fuerza del derecho penal.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce a todas las personas los derechos a la vida y a la integridad personal. Correlativamente, demanda de los Estados el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de estos derechos. El artículo 1º señala que “[l]os Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda

persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación** alguna por motivos de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. El Estado de Chile es parte de la Convención y, por tanto, tiene la obligación de respetar y garantizar a las mujeres el pleno goce de sus derechos humanos. Las normas penales sobre aborto son un obstáculo y una forma de violación de sus derechos humanos a la vida y la integridad personal.

El derecho a la vida ha sido interpretado en el sentido de prohibir la privación arbitraria de éste a sus titulares. El término arbitrario comprende, en la jurisprudencia del sistema interamericano, la previsión de un riesgo de muerte conocido y previsible. En el caso de la prohibición absoluta del aborto, el Estado de Chile está al tanto de los peligros propios del aborto inseguro y no ha adoptado medidas orientadas a modificar esta situación. Por otra parte, al analizar la fundamentación de la penalización sin excepciones del aborto, encontramos una restricción ilegítima del derecho a la vida, profundamente discriminatoria e incompatible con régimen democrático de gobierno.

La penalización sin excepciones del aborto somete a las mujeres que requieren esta intervención por motivos imperativos – *vg.*, embarazos producto de una violación o fetos anencefálicos – a sufrimientos graves, cuya entidad debe ser comprendida dentro de la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes. El Derecho Internacional ha sido enfático en establecer una prohibición absoluta a este tipo de conductas.

El Estado de Chile mediante la penalización sin excepciones del aborto niega la existencia de la esfera de intimidad y autodeterminación propia del derecho a la integridad personal. Esta faz de la integridad personal garantiza el ejercicio libre e informado de la sexualidad y la reproducción, el cual sólo puede ser restringido bajotas reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La legislación penal que regula el acceso al aborto es incompatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La obligación de respetar consagra el deber del

Estado de abstenerse de realizar conductas que vulneren los derechos de la Convención. La obligación de garantizar los derechos de la Convención establece el deber del Estado de remover los obstáculos culturales y legales que impiden el pleno goce de los derechos humanos. El Estado de Chile, por una parte, incumple su obligación de respetar al dictar legislación en abierta contradicción con los derechos fundamentales de las mujeres y, por otra, su obligación de garantizar al amparar un sistema patriarcal y discriminatorio que promueve la subordinación de la mujer y que impide el pleno goce de sus derechos humanos a la vida y la integridad personal.

El que el Estado de Chile no perciba la penalización sin excepciones del aborto como una infracción de sus obligaciones convencionales es un componente más del problema. Mientras la sumisión y la violencia contra la mujer constituyan nuestra comprensión de la normalidad, difícilmente reconoceremos que la enajenación del control sobre la reproducción de las mujeres es discriminatoria e ilegal.

El pleno reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres implica la superación de esta problemática, al reconocer en ellas a una persona autónoma, capaz de conducir su destino libre de discriminación y violencia.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) ABRAMOVIC Víctor y COURTIS Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta, segunda edición, 2004.
- 2) ABI- MERSHED, Elizabeth A H. “Los derechos reproductivos en el contexto de Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos”. En: *Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2003, San José de Costa Rica. Pp. 139-148.
- 3) ALEXY Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. versión castellana Ernesto Garzón Valdés, tercera reimpression 2002. Madrid, 2002.
- 4) BAYEFSKY A. “The Principle of Equality or Non-discrimination in International Law”. reproducido en el compilado *International Human Rights Law*, Volumen II, ed. profesora Rebecca J Cook. Facultad de Derecho, Universidad de Toronto. Toronto 1991-92.
- 5) BAREIRO Lien. “Los derechos reproductivos y los derechos humanos universales”. En: *Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 2003. Pp. 119-133.
- 6) BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. “La licitud del aborto consentido en el Derecho Chileno”. En: *Revista Derecho y Humanidades N° 10*. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago de Chile. 2004.
- 7) BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. “Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado”. En: *Revista de Derecho Público 63*, (2001), v.1, Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2001. pp. 209 y ss.
- 8) BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. “Después de la Píldora”. En: *Anuario de Derechos Humanos N° 2*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2006.
- 9) BROWLIE Ian, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, Oxford University Press. New York, 2003.
- 10) DE BARBIERE, M. Teresita. “Certezas y malos entendidos sobre la categoría género”. En: *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo IV. 2° ed. 2-1998. San José de Costa Rica, 1998.
- 11) DE BEAUVOIR Simone “La Mujer como lo “Otro”, *El Segundo Sexo*, pp. 47-63.
- 12) BERMÚDEZ VALDIVIA Violeta. *La regulación del aborto en América Latina y el Caribe, Estudio Comparativo*. 1998. Lima.
- 13) BERNALES Enrique. “Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos de las Mujeres”. En: *Derechos Humanos de la Mujeres. Aportes y Reflexiones*, Serie Mujer y Derechos Humanos 6, Movimiento Manuela Ramos y UNIFEM. Lima, Perú, 1998.
- 14) BIRGIN Haydée. (compiladora). *El Derecho en el Género y El Género en El Derecho*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000.

- 15) BIRGIN Haydée (comp.). *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*. Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho. Buenos Aires, Argentina, 2000.
- 16) BOROWSKI Martin. “La restricción de los derechos fundamentales”. En: Revista Española de de Derecho Constitucional, Año 20. Núm. 59, Mayo-Agosto 2000.
- 17) BÓRQUEZ Rita y DAMIÁ Carolina, *Corte Penal Internacional. Avances en la participación de las mujeres en los sistemas de justicia*. Coporación Doms. Santiago, Chile, 2003.
- 18) BOVINO Alberto. “Delitos sexuales y justicia penal”. En: Birgin Haydée, (compiladora). *Las Trampas del Poder Punitivo. El Género del Derecho Penal*. 2007
- 19) BUTLER J. “Sujetos de sexo/genero/deseo”. En: *Feminaria*, X 19.1.
- 20) CABAL Luisa, ROA Mónica y SEPÚLVEDA-OLIVA Lilian. “El litigio internacional en la promoción y el avance de los derechos reproductivos en América”. En: CABAL Luisa y MOTTA Cristina (comp.) *Más Allá del Derecho. Justicia y género en América Latina*.
- 21) CASAS BECERRA Lidia. *Mujeres y Reproducción ¿Del Control a la Autonomía?*, Centro de Investigaciones Jurídicas Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, N° 18, Año 6. Santiago, Chile, 2004.
- 22) CASAS BECERRA Lidia. *Mujeres Procesadas por Aborto*. Foro Abierto de Salud y Derechos Reproductivos. Santiago, Chile, 1996.
- 23) CHARLESWORTH H. “¿Qué son los “Derechos Humanos Internacionales de la Mujer?””. En: *Derechos humanos de la Mujer. Perspectivas Nacionales e Internacionales*, traducción Profamilia, Colombia, 1997
- 24) Center for Reproductive Rights and Universidad de los Andes School of Law *Bodies on Trial. Reproductive Rights in Latin American Courts*. New York, United States of America, 2003.
- 25) Center for Reproductive Law and Policy, *Moving Forward Reproductive Rights 2000*. New York, 2000.
- 26) Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, Foro Abierto de Salud de Salud y Derechos Reproductivos. *Encarceladas Leyes contra el aborto en Chile. Un análisis desde los derechos humanos*. Nueva York, 1998.
- 27) Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, *Silencios Públicos Muertes Privadas. La Regulación Jurídica del Aborto en América Latina y El Caribe. Estudio Comparativo*, CLADEM. Lima, Perú, 1998.
- 28) COOK R. DICKENS B. y FATHALLA M., *Salud Reproductiva y Derechos Humanos*, primera edición, editorial Oxford, traducción Profamilia. 2003.
- 29) COPELON R. “Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture”. En: Cook Rebecca *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, University of Pennsylvania Press. Pennsylvania, 1994.
- 30) DWORKIN Ronald. *El Dominio de la Vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Versión española de Ricardo Caracciolo y Víctor Fabres, Editorial Barcelona. Barcelona, España, 1994.
- 31) DWORKIN Ronald. *Law’s Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, novena edición. Massachussets 1995.
- 32) ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte Especial. T III*. Editorial Jurídica 3° edición. Santiago de Chile, 1998.

- 33) FACIO Alda. “Asegurando el futuro, las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos reproductivos”. En: *Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 2003.
- 34) FACIO Alda y FRIES Lorena. *Género y Derecho*, Lom, ediciones La Morada, Santiago, Chile, 1999.
- 35) FACIO Alda. *Cuando el género suena cambios trae, metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. ILANUD. San José de Costa Rica, 1992.
- 36) FALCON O’NEILL Lidia. “Historia de los derechos de las mujeres. La construcción del sujeto político”. En: *Derechos Humanos de las Mujeres, Aportes y Reflexiones*. Serie Mujer y Derechos Humanos 6. Movimiento Manuela Ramos y UNIFEM. Lima, Perú, 1998.
- 37) FAÚNDEZ LEDESMA Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2ª edición. San José, Costa Rica, 1999.
- 38) FLAX J. *Psicoanálisis y Feminismo. Pensamientos Fragmentarios*, ediciones Cátedra, Instituto de la Mujer, Universidad de Valencia. Valencia, 1990.
- 39) FRIES, Lorena y MATUS, Verónica. *Sexualidad y Reproducción, una legislación para el control: el caso chileno*. En: “Género y Derecho”, FACIO Alda y FRIES Lorena (eds). Santiago, 1999.
- 40) GARAFULIC, M. P. “Mujer y violencia doméstica”. En: *Mujer y Derecho. Una aproximación a la situación legal de la Mujer en tres países latinoamericanos: Argentina, Chile y Perú*, Santiago de Chile, 2001.
- 41) GARCÍA, Soledad, “La progresiva generización de la protección internacional de los derechos humanos”. En: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2001.
- 42) GARCÍA-SAYÁN Diego. “Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”. En: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica, 2005, pp.323-384.
- 43) GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal Parte Especial. T III*. Editorial Jurídica. Santiago de Chile. 1998
- 44) GILLIGAN Carol, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women’s Development*. Harvard University Press, Cambridge. Massachusetts, 1982.
- 45) GROSS ESPIELL, Héctor. “Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Jurisprudencia Contenciosa”. En: NIETO NAVIA, Rafael. (Ed.) *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. San José. Corte IDH. 1994. p. 226.
- 46) GUSMÁN STEIN Laura y Pacheco Oreamuno Gilda (compiladoras), *Estudios básicos de Derechos Humanos Tomo IV*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1996.
- 47) GUZMÁN, V. “Gobernabilidad democrática y Género, una articulación posible”. En: CEPAL, *Serie Mujer y Desarrollo*. N° 48. Santiago de Chile, 2000.
- 48) GUZMÁN Laura y CAMPILLO Fabiola, “Marco de referencia y estrategia para la integración de la perspectiva de género en el IIDH, Módulo I”. Citado en Instituto Interamericano de Derechos Humanos. IIDH. San José, Costa Rica, 2001.

- 49) HERCOVICH Inés. *El enigma sexual de la violación*, Buenos Aires, Biblos, 1997, p. 13. Citado en BOVINO Alberto, “Delitos sexuales y justicia penal”. En: BIRGIN Haydée (ed) *Las Trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*. Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- 50) HOWLAND Courtney. “The Challenge of Religious Fundamentalism to the Liberty and Equality Rights of Women: an Analysis under the United Nations Charter”. En: *Columbia Journal of Transnational Law*, Volmune 35, Number 2.1997.
- 51) HUERTA BARÓN Miguel y CAMPOS PERALTA Gustavo. *La Tortura en el Perú y su Regulación Legal*, Comisión de Derechos Humanos (COMISDEH). Lima, 2005.
- 52) HUERTA Luis Alberto, “Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales”. En: *Derecho Fundamentales e interpretación constitucional (Ensayos – jurisprudencia)*, Comisión Andina de Juristas. Lima, 1997.
- 53) INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Los derechos humanos de las mujeres: fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción*, IIDH. San José, Costa Rica, 2004, pp. 72-169.
- 54) KULCZYCKI Andrzej, *The Abortion Debate in the World Arena*, Editorial Routledge, Gran Bretaña, 1999.
- 55) LAMAS M.. “Género, diferencias de sexo y diferencia sexual”. En: *Identidad Femenina y Discurso Jurídico*, Serie: Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo IV, Ed. Biblos. Buenos Aires, 2000, pp. 65-83.
- 56) LARRANDART L.. “Control Social, derecho penal y género”. En: *Las trampas del poder punitivo*, ed. Biblos. Buenos Aires, 2000, pp. 85-108.
- 57) LORENZINI Kena (coordinadora) y TOLEDO Patsilí (ed.) *Informe Alternativo sobre el cumplimiento de la CEDAW en Chile 2003*, La Morada. Santiago, Chile, 2003.
- 58) MACKINNON Catherine, “Crímenes de Guerra. Crímenes de Paz”. En: Shute Stephen y Hurley Susan (ed), *De los Derechos Humanos*, pp. 87-115.
- 59) MACKINNON Catherine, *Hacia una Teoría Feminista del Estado*, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, ediciones Cátedra. Valencia, España, 1995.
- 60) MACKINNON Catherine, *Sex Equality*, University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2001. (Abortion: 1212-1244)
- 61) MAFFÍA, Diana. Derechos Humanos y Salud de las Mujeres. En: Derechos Humanos y Perspectivas de Género, Razón Pública N° 1, segundo semestre de 2004. Amnistía Internacional. Argentina, 2004.
- 62) MAFFÍA Diana, “Derechos Humanos y Salud de las Mujeres”. En: CORTINA Adela, GARCÍA MUÑOZ Soledad et al, Derechos Humanos y perspectivas de Género, número 1, segundo semestre 2004, pp. 41-47.
- 63) MASQUES-PEREIRA, B. “Cuotas y paridad: miradas cruzadas entre Bélgica y Francia a la luz de la teoría política sobre ciudadanía y género”, en: *Igualdad de derechos, igualdad de oportunidades, Igualdad de ejercicio*, K. Araujo (et. al) editora, Fundación Instituto de la Mujer, Andros Impresores. Santiago-Chile, 2004, pp. 37-66.
- 64) MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*. Santiago de Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2003.

- 65) MEDINA QUIROGA, Cecilia “Las Obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica, 2005, pp. 209-270.
- 66) MEDINA QUIROGA Cecilia y NASH Rojas Claudio, Parte 1, Doctrina en: *Manual de Derechos de Derecho Internacional para Defensores Penales Públicos*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. Santiago, Chile, 2003.
- 67) MEDINA QUIROGA Cecilia y NASH Rojas Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago de Chile. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2007.
- 68) MEDINA QUIROGA Cecilia y MERA Figueroa Jorge (ed), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, Cuadernos de análisis jurídicos, serie publicaciones especiales, septiembre de 1996. Santiago de Chile, 1996.
- 69) MEDINA QUIROGA Cecilia. “Human rights of women: Where are we now in the Americas?”, en: A. Manganas (ed.), *Essays in honour of Alice Yotopoulos-Marangopoulos*, Volume B, Ed. Nomiki Bibliothiki Group, Greece, 2003, pp. 907-930.
- 70) MEDINA QUIROGA Cecilia, “The Inter-American Commission on Human Rights and Women, with Particular Reference to Violence”, en: M. Castermans-Holledman, F. van Hoof and J. Smith (editors), *The Role of the Nation-State in the 21st Century. Human Rights, International Organizations and Foreign Policy. Essays in Honour of Peter Baehr*, Kluwer Law International, 1998, pp. 117-134.
- 71) MELÉNDEZ Florentín. *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*, primera reimpresión, junio de 2006, Fundación Konrad Adenauer Stiftung. México, 2006.
- 72) MÉNDEZ Juan. “La Justicia Penal Internacional, La Paz y La Reconciliación Nacional”. En: MÉNDEZ Juan; ABREGÚ; Martín y MARIEZCURRENA Javier (eds.) *Verdad y Justicia. Un Homenaje a Emilio F. Mignone*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). San José de Costa Rica, 2001
- 73) MOORE H. *Antropología y feminismo*. Capítulos 1 y 6. Ediciones Cátedra. Madrid, 1991, pp. 13-25 y 217-228.
- 74) MUÑOZ CONDE Francisco, *Derecho Penal Parte Especial*, editorial Tirant lo Blanch, 15ª edición. Valencia, España. 2004
- 75) NASH Claudio. "Caso Sawhoyamaxa Vs. Perú". En: Arjona Estévez, Juan Carlos y Veramendi Villa, María José (compiladores). *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Análisis, Retos y Perspectivas*. Universidad Iberoamericana A.C. México, 2007.
- 76) NASH Claudio y SARMIENTO Claudia. Reseña de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). En: “*Anuario de Derechos Humanos*”. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2007.
- 77) ORTEGA Margarita; Sánchez Cristina y Valente Cecilia (eds). *Género y Ciudadanía, Revisiones desde el ámbito privado*. Instituto Universitario de estudios de la Mujer,. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 1999.

- 78) PALACIOS ZULOAGA Patricia. “La aplicabilidad del derecho a la vida del feto en la jurisprudencia internacional durante 2004”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile N° 1, junio de 2005. Santiago de Chile, 2001.
- 79) PALACIOS ZULOAGA Patricia. *La Evolución del Concepto de Discriminación en la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas Referente al Artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, entre 1977 y 2002*, Memoria Para Optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2003.
- 80) PALACIOS ZULOAGA, Patricia, *Las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y la Perspectiva de Género*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2006.
- 81) PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the inter-american court of human rights*. Cambridge University Press, 2003.
- 82) PATEMAN C. *El contrato sexual*. ANTHROPOS-UAM. México, 1995.
- 83) PÉREZ TREMPES Pablo. “Constitución y derechos de la mujer”. En: *Derechos Humanos de la Mujeres. Aportes y Reflexiones*, Serie Mujer y Derechos Humanos 6, Movimiento Manuela Ramos y UNIFEM. Lima, 1998, pp. 59 – 76.
- 84) PINTO Mónica. “Cuestiones de género y acceso al sistema internacional de derechos humanos”. En: BIRGIN Haydée, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores, y experiencias comparadas*, Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho. Buenos Aires, 2000.
- 85) PRIETO SANCHIS Luis. “Notas sobre el origen y evolución de los derechos humanos”. En: LÓPEZ GRACÍA José Antonio y DEL REAL J. Alberto (eds.). *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*. Universidad de Jaén. Madrid, 2000. pp. 37-50.
- 86) POLITOFF Sergio, GRISOLÍA Francisco y BUSTOS Juan, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Delitos contra el Individuo en sus condiciones físicas*. Editorial Jurídica, 2° ed. Santiago, 1993.
- 87) REQUENA Mario (ed) *Aborto Inducido en Chile*, Sociedad Chilena de Salud Pública. Santiago de Chile, 1990.
- 88) RIOSECO ORTEGA Luz y ROJAS BRAVO Ximena. *Corte Penal Internacional. Desafíos en materia de justicia de género en la región*, DOMOS. Santiago de Chile, 2003.
- 89) RODLEY Nigel,. *The treatment of prisoners under International Law*, Second Edition, Oxford University Press. New York, 2002.
- 90) RUBIN G. “El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo”. En *Género. Conceptos básicos. Programa de Estudios de Género*, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997. pp. 41-61.
- 91) RUIZ Alicia E. C., (compiladora). *Identidad Femenina y discurso de Género*. Buenos Aires, 2000.
- 92) SABA Roberto, *Desigualdad Estructural en Derecho y Humanidades No. 11*. Santiago de Chile. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago de Chile, 2005.

- 93) Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Washington DC, 2004.
- 94) SCOUT J. “El género: una categoría útil para el análisis histórico”. En Género. Conceptos básicos. Programa de Estudios de Género, Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997. pp.13-27.
- 95) TONG Rosemarie, *Feminist Thought. A Comprehensive Introduction*, westview press. United States of America, 1989.
- 96) TORRES, Isabel. “Una lectura de los derechos reproductivos desde la perspectiva de género”, en: *Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 2003. pp. 134-138.
- 97) VALCÁRCEL A., “Filosofía y Feminismo”. En: Sexo y Filosofía. Sobre Mujer y Poder. Anthropos. Madrid, 1991.
- 98) VARSÍ ROSPIGLIOSI Enrique, *Derecho Genético*, Editorial Jurídica Grijley, 4ª Edición. Lima, 2001.
- 99) VILLÁN DURÁN Carlos. “La Práctica De La Tortura y Los Malos Tratos En El Mundo. Tendencias Actuales”. Artículo enviado por el autor a solicitud de los organizadores del Seminario sobre los Instrumentos Nacionales e Internacionales para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura. México, Distrito Federal, noviembre de 2004. El artículo fue publicado con anterioridad en «La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos», Colección Jornadas sobre derechos humanos, núm. 7, XXII Cursos de Verano (San Sebastián), XV Cursos Europeos, Edit. Ararteko, 2003.
- 100) ZALAUQUETT José. “La reconstrucción de la unidad nacional y el legado de violaciones de los derechos humanos”. En: Revista Perspectivas, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, Vol.2, Número especial. Santiago de Chile, 1998.

Fuentes Normativas

- 101) Carta de la OEA. Suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993.
- 102) Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria celebrada el 11 de septiembre de 2001.
- 103) Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita por la Conferencia especializada Interamericana sobre derechos humanos, San José de Costa Rica. 22 de noviembre de 1969.
- 104) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.
- 105) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias en 1985.
- 106) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belem do Para, Brasil el 9 de junio de 1994.

- 107) Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) adoptada por la ONU el 18 de diciembre de 1979.
- 108) Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptada en Viena en 1969.
- 109) Código Sanitario de la República de Chile. DFL-725. Publicado en Diario Oficial el 31 de enero de 1968.
- 110) Código Sanitario de la República de Chile. Decreto con Fuerza de Ley N° 226, de 15 de Mayo de 1931. Publicado en el Diario Oficial de 29 de Mayo de 1931.
- 111) Código Penal de la República de Chile. Publicado 12 de noviembre de 1874.
- 112) Constitución de la República de Chile. Publicada 17 de noviembre de 2005.
- 113) Decreto con Fuerza de Ley 725 Diario Oficial de la Republica de Chile. 31 de enero de 1968.
- 114) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia. 1948.
- 115) Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- 116) Estatuto De La Comisión Interamericana De Derechos Humanos Aprobado mediante la Resolución N° 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.
- 117) Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.
- 118) Ley 19.451, Establece normas sobre trasplante y donación de órganos. Diario Oficial de la República de Chile 10 de abril de 1996.
- 119) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- 120) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- 121) Proclamación de Teherán, Adoptada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968.
- 122) Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materias de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado en San Salvador, El Salvador. 17 de noviembre de 1988.
- 123) Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión en su 109° período extraordinario de sesiones, celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000.
- 124) Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 y reformado parcialmente por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003.

Fuentes Jurisprudenciales

- 125) Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, *Observación general N° 28. Artículo 3: la igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, del 29 marzo de 2000, en HRI/GEN/1/Rev.7.
- 126) Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, *Comentario General N°18: No Discriminación*, de 11 de Septiembre 1989, en HRI/GEN/1/Rev.7, de 12 de mayo de 2004.
- 127) Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas Observación final del Comité para Chile de 30 de marzo de 1999, CCPR/C/79/ Add. 104, en *Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos sobre países de América Latina y el Caribe (1997-2004)*.
- 128) Comité de Derechos de Naciones Unidas, Observaciones al informe de Chile, CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999
- 129) Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas. “*Informe Preliminar Presentado por el Relator Especial sobre la Violencia de Contra la Mujer, con Inclusión de sus Causas y Consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, de Conformidad con la Resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos*”, , E/CN.4/1995/42, 22 de noviembre de 1994.
- 130) Comisión de Derechos Humanos (CDH), *Observación General No.20 Artículo 7*, (A/47/40 (1992).
- 131) Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Llantoy vs. Perú*. Dictamen Comunicación No. 1153/2003, 85° período de sesiones, 17 de noviembre de 2005, CCPR/C/85/D/1153/2003.
- 132) Comité Para la Eliminación de la Discriminación en Contra de la Mujer (CEDAW), *Recomendación general N° 23, Vida política y pública*, de 13 de enero de 1997, en A/52/38.
- 133) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile*. CEDAW/C/CHI/CO/4. Distr.: General. 25 de Agosto de 2006.
- 134) Corte Europea de Derechos Humanos. *Vo vs. France*.
- 135) Corte Europea de Derechos Humanos. Case Of Istratii And Others V. Moldova (*Applications nos. 8721/05, 8705/05 and 8742/05*). Judgment. Strasbourg. 27 March 2007.
- 136) Corte Europea de Derechos Humanos. Case Of Wieser V. Austria. (*Application No. 2293/03*). Judgment. Strasbourg. 22 February 2007.
- 137) CIDH *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*, OEA/Ser.L/V/II.97 Doc. 29 rev.1, de 29 septiembre 1997.
- 138) CIDH. *Informe sobre la situación de la mujer en las Américas*, 1998. OEA/Ser.L/V/II.100Doc. 17 13 octubre 1998.
- 139) CIDH, *Informe N° 25/04*, petición 12.361, admisibilidad, Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros con Costa Rica, 11 de marzo de 2004.
- 140) CIDH. *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67. 18 octubre 2006

- 141) CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de la Violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc 68. 20 de enero 2007
- 142) CIDH. *Caso X e Y vs. Argentina*. Informe nº 38/96 15 de octubre de 1996
- 143) CIDH. *Caso Mamérita Metanza*. Solución amistosa. Informe 71/03. 10 de octubre de 2003
- 144) CIDH. *Caso Baby Boy*. Resolución no. 23/81. 6 de marzo de 1981
- 145) CIDH *Caso Maria Da Penha Maia Fernandes Contra Brasil* Informe 54/01 16 de abril de 2001
- 146) CIDH. *Caso Mamérita Metanza*. Solución amistosa. Informe 71/03. 10 de octubre de 2003
- 147) Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.
- 148) Corte IDH. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 OC-6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6
- 149) Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No, párr 188
- 150) Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo Olmedo Bustos y otros Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- 151) Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146
- 152) Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160
- 153) Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
- 154) Corte IDH. *Caso Sawhoyamaxa* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146. Voto concurrente del juez García Ramírez
- 155) Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala* Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63
- 156) Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140
- 157) Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano Vs. Chile* Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154
- 158) Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú* Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75
- 159) Corte IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153
- 160) Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina* Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164. Párr. 76.
- 161) Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango*. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No
- 162) Corte IDH *Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa*. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125

- 163) Corte IDH. *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 144
- 164) Corte IDH. *Caso Servellón García y otros Vs. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152CIDH. Informe N° 5/96. Caso 10.970. Perú. 1° de marzo de 1996
- 165) Corte Suprema de Estados Unidos. *Caso Roe vs Wade*. 22 de enero de 1973.
- 166) Corte de Apelaciones de Talca en sentencia rol 1892-70. Gaceta Jurídica No. 84, 1987.
- 167) Corte Suprema de Justicia de Chile. Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXI, No. 3, 1984, Secc. IV.
- 168) Corte Suprema de Justicia de Chile. Revista de Derecho y Jurisprudencia. T. LII-198.
- 169) Tribunal Constitucional de la República de Chile. Sentencia de 11 de Enero de 2007, Rol 591

Fuentes en línea

- 170) Anuario estadístico de Carabineros de Chile año 2004 [en línea] [consultada 30 de mayo de 2007] Disponible en http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/policiales/carabineros/pdf/carabineros2004.pdf
- 171) Anuario Estadístico Poder Judicial 2004. [en línea][consultada 30 de mayo de 2007] Disponible en http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/estadisticas_sociales_culturales/justicia/justicia.php
- 172) BASCUÑAN RODRÍGUEZ, Antonio. “Derechos Fundamentales y Derecho Penal”, en: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA). Derechos Fundamentales, Iquique, Chile, 7 a 10 de junio de 2001. [en línea][consultada 4 de julio de 2007] Disponible en <http://islandia.law.yale.edu/sela/sprog01.htm>
- 173) CABAL L, ROA M y LEMAITRE J (eds.), *Cuerpo y Derecho. Legislación y Jurisprudencia en América Latina*, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2001. Versión resumida. [en línea] [consultada 3 de enero de 2007] Disponible en http://www.crlp.org/esp_pub_bo_cuerpo.html
- 174) Centro de Derechos Reproductivos. Efectos de las legislaciones sobre el aborto inducido[en línea] [consultada 4 de junio de 2007] Disponible en http://www.reproductiverights.org/esp_pub_fac_efectos.html
- 175) Centro de Derechos Reproductivos. Los derechos reproductivos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos [en línea] [consultado 23 de julio de 2006], www.reproductiverights.org
- 176) CEPAL. [en línea] [consultado miércoles 28 de diciembre de 2005] Disponible en <http://www.eclac.cl/mujer/proyectos/perfiles/comparados/defporaborto.htm>
- 177) *Consideration of reports submitted by states parties under article 18 of the Convention of the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, Párr.

- 278 a 285. [en línea] [consultado el 17 de agosto de 2006] Disponible en www.un.org/womenwatch/daw/cedaw
- 178) CHARLESWORTH Hilary, Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations. En: Harvard Human Rights Journal, volume 18, spring 2005 [en línea] [fecha consultada 3 de enero de 2007]. Disponible en <http://www.law.harvard.edu>
- 179) 25° Conferencia Sanitaria Panamericana, Organización Panamericana de Salud, Washington, D.C., 21 al 25 de septiembre de 1998, p. 6 y 7. [en línea] [consultada 10 de mayo de 2007] Disponible en http://www.paho.org/spanish/gov/csp/csp25_15.pdf
- 180) Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo (Egipto) del 5 al 13 de septiembre de 1994 [en línea] [consultada 21 de abril de 2007] Disponible en <http://www.un.org/spanish/esa/devagenda/population.html>.
- 181) CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE. Declaración sobre el Aborto Provocado. Parr. 12. [en línea] [consultada 31 de mayo de 2007] Disponible en <http://www.aciprensa.com/aborto/declaracion.htm>
- 182) COOK Rebeca, *Cambios en la legislación de aborto a nivel mundial, de 1988 a 1998*. [en línea] [consultado el 18 de octubre de 2006] Disponible en <http://www.laneta.apc.org>
- 183) DE BARBIERI, Teresita. Derechos sexuales y reproductivos, Aproximación breve a su Historia. [en línea] [consultada 17 de abril de 2007] Disponible en <http://www.reddesalud.org/espanol/datos/ftp/barbieri.htm>
- 184) Intervención del jefe de la delegación de la Santa Sede, mons. Jan Schotte, en la conferencia internacional de las naciones unidas sobre la población. México, 8 de agosto de 1984. [en línea] [consultada 12 de mayo de 2007] Disponible en http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19840808_conferenza-popolazione_sp.html
- 185) GÓZALES Juan Obispo de San Bernardo. [en línea] [consultado 24 de mayo] Disponible en http://www.obispadodesanbernardo.cl/index.php?module=pagemaster&PAGE_user_op=view_page&PAGE_id=544
- 186) FIGUEROA PEREA Juan Guillermo y SÁNCHEZ OLGUÍN Verónica La Presencia De Los Varones En El Discurso Y En La Práctica Del Aborto [en línea] [consultado 29 de abril de 2007] Disponible en <http://www.flacso.cl/flacso/biblos.php?code=404>
- 187) LEMAITRE Julieta, “Fetichismo Legal. Derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia”, en: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), *Derecho y Cultura*, 112-15 de junio de 2007 Puerto Rico Aborto [en línea] [consultado 5 de julio de 2007].
- 188) *Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile*. CEDAW/C/CHI/CO/4. Distr.: General. 25 de Agosto de 2006. Español. Original: Inglés. Párr. 19. [en línea] [consultado 9 de abril de 2007] Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw36/cc/chile/0647950S.pdf>
- 189) Organización Mundial de la Salud, *Aborto sin Riesgos. Guía Técnica y de políticas para sistemas de salud* [en línea] [consultado 20 de mayo de 2007]

- Disponible en http://www.who.int/reproductive-health/publications/es/safe_abortion/text_es.pdf
- 190) OLAVARRÍA, José. Derechos sexuales y reproductivos y los hombres. FLACSO-Chile. Santiago de Chile. 2003. p. 1. [en línea] [consultada 19 de mayo de 2007] Disponible en <http://www.flacso.cl/flacso/biblos.php?code=619>
 - 191) Programa de Acción sobre población y desarrollo aprobado por aclamación el 13 de septiembre en El Cairo, Egipto. [en línea] [consultada 22 de abril de 2007] Disponible en <http://www.un.org/spanish/conferences/accion2.htm>
 - 192) RODRÍGUEZ , Lilia Derechos Sexuales Y Reproductivos En El Marco De Los Derechos Humanos [en línea] [consultado 23 de mayo de 2007] Disponible en http://ecuador.unfpa.org/United%20Nations%20Population%20Fund%20-%20UNFPA_archivos/zip/SALUD%20Y%20DERECHOS%20SEXUALES%20Y%20REPRODUCTIVOS.doc
 - 193) VALLADARES TAYUPANTA Lola Marisol. [en línea] [consultada 2 de mayo de 2007] Disponible en, <http://www.convencion.org.uy/08Debates/Serias2/Lola%20Valladares.pdf>
 - 194) Palacios, Patricia Selección de Jurisprudencia Universal e Interamericana en Materia de Derechos Humanos y Mujeres”. [en línea] Santiago, junio de 2006 [consultado 10 de mayo de 2007] Disponible en www.publicacionescdh.cl
 - 195) Proyecto de Convención Interamericana sobre Derechos Sexuales y Reproductivos. [en línea] [consultada 23 de mayo de 2007] Disponible en <http://www.convencion.org.uy/>
 - 196) Proyecto de Ley Marco Sobre Derechos Sexuales y Reproductivos [en línea] [consultada 23 de mayo de 2007] Disponible en <http://www.forosalud.cl/forosalud/descargas/descarga.asp>
 - 197) TURNER SAELZER, Susan, “Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida. Rev. derecho (Valdivia). [en línea] [consultada 17 de abril de 2007] Disponible en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000200015&lng=es&nrm.
 - 198) VARGAS ESCOBAR, Milú. Derechos sexuales y reproductivos. [en línea] [consultado 27 de marzo de 2007] Disponible en http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/Milu_Vargas.pdf, 27 de marzo de 2006