

Cuadernos
**Aportes al debate en salud,
ciudadanía y derechos**

Época 1, N° 3, 2010

**AVANCES
EN REFORMAS
DE LEGISLACIONES
SOBRE ABORTO
EN EL MUNDO**

mysu MUJER Y SALUD
EN URUGUAY
www.mysu.org.uy

Apoya:



Rebecca J. Cook

Esta publicación ha sido realizada por MYSU
Salto 1267, Montevideo Uruguay
Tel: (598) 2410 3981, 2410 4619
www.mysu.org.uy



Con el apoyo de International Women
Health Coalition (IWHC)

Corrección, Laura Piedra Buena
Diseño, Jorge Martínez
Impreso en
Deposito Legal:
ISBN: 978-9974-98-250-5

Se terminó de imprimir en diciembre de 2010
Montevideo - Uruguay

© 2010 MYSU

mYSU MUJER Y SALUD
EN URUGUAY
www.mysu.org.uy

Los análisis y afirmaciones contenidas en los artículos de Cuadernos de Aportes al debate, son responsabilidad de cada uno de sus autores y no necesariamente reflejan la opinión de MYSU -Mujer y Salud en Uruguay.

La reproducción de la totalidad o parte del contenido de los artículos de los Cuadernos Aportes para el debate en salud, ciudadanía y derechos, sólo es posible si se cita debidamente la fuente.

Cuadernos
Aportes al debate en salud, ciudadanía y derechos

AVANCES EN REFORMAS DE LEGISLACIONES SOBRE ABORTO EN EL MUNDO

Rebecca J. Cook

PRESENTACIÓN

MYSU presenta el tercer número del ciclo «Cuadernos de aportes al debate sobre salud, ciudadanía y derechos». Este esfuerzo editorial es posible gracias al apoyo de International Women´s Health Coalition (IWHC) que con su compromiso y vocación internacionalista, contribuye a los diversos procesos que impulsan organizaciones de mujeres en distintos lugares del planeta para avanzar en el reconocimiento y respeto de las mujeres como ciudadanas plenas.

Estos Cuadernos se enmarcan en la misión institucional de MYSU

Mujer y Salud en Uruguay- y en su visión feminista de promover y defender la salud y los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva de equidad de género y generaciones.

Tienen el cometido de contribuir al tratamiento público de temas de interés colectivo, con rigor teórico-técnico y recogiendo distintas dimensiones y abordajes sobre los asuntos específicos que estén o deban estar en el debate político.

La agenda de *salud, ciudadanía y derechos* es una agenda amplia que incluye tópicos vinculados a la salud sexual y reproductiva en sus diversos componentes (violencia de género, sexual, infertilidad, maternidad y paternidad elegida, infecciones de transmisión sexual, VIH-sida, anticoncepción, entre otros). Implica a su vez, el abordaje desde sus diversas dimensiones (socio-culturales, biomédicas, subjetivas, políticas, económicas, éticas y jurídicas). Incluye asuntos vinculados al sistema nacional de salud en la accesibilidad, integralidad y calidad de sus prestaciones. Incorpora tópicos vinculados a los marcos regulatorios para la garantía de derechos y a los asuntos relacionados con la participación ciudadana en el ejercicio y exigibilidad de los mismos.

Este Cuaderno «Avances de legislaciones sobre aborto en el mundo» recoge la conferencia dictada por la Profesora Dra. Rebecca Cook realizada en la Sala Maggiolo de la Universidad de la República, organizada por MYSU el 26 de abril de 2010.

La Prof. Cook, reconocida jurista defensora de los derechos humanos y de las mujeres en particular, investigadora de la

Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto – Canadá, nos trae una mirada rigurosa y altamente calificada sobre el debate a nivel internacional y sus aportes al debate nacional respecto a los marcos jurídicos para la legalización del aborto. Su capacidad técnica y su compromiso humano con esta agenda hacen que la conferencia dictada por la Prof. Cook sea una contribución sustantiva para el intercambio de ideas en nuestro país. A ella nuestro profundo agradecimiento por su generosidad.

Como organización de la sociedad civil, implicada históricamente en la defensa de los derechos de las mujeres y particularmente en el respeto a su autonomía en la toma de decisiones, MYSU entiende que tiene la responsabilidad de aportar a un debate social y político calificado que se sustente en los mejores insumos y evidencias generadas a nivel nacional e internacional en el tratamiento de este tema.

Esperamos que este nuevo esfuerzo institucional sea de utilidad para distintos sectores y actores de la sociedad uruguaya con responsabilidad en la búsqueda de una resolución integral a la problemática del aborto clandestino e ilegal.

El sistema político mantiene una deuda con las mujeres y su calidad de vida que deberá ser saldada sin mayores dilaciones. El costo de la postergación continúa recayendo sobre las mujeres concretas que transitan por la inseguridad del sistema clandestino para resolver lo que debería estar protegido por el Estado uruguayo.

Lilián Abracinskas – Alejandra López Gómez
Directoras
MYSU

Avances en reformas de legislaciones sobre aborto en el mundo

Rebecca J. Cook*

Es un placer volver a esta hermosa ciudad de Montevideo para hablar sobre los avances en reformas de la legislación del aborto en el mundo, especialmente teniendo en cuenta los avances significativos que hubo en Uruguay respecto al abordaje del problema humano del aborto, a pesar de los lamentables reveses.¹ Este artículo abordará los diferentes tipos de marcos legales que se emplean en diversos países, cómo evolucionan estos marcos dependiendo de los conflictos políticos y las fuerzas sociales, y también de cómo las diferentes sociedades y los diferentes sistemas legales construyen a las mujeres.

Marco legal

Los marcos legales varían según el país y la dinámica de la reforma de la legislación sobre aborto presenta divergencias en la elección de marcos.² Se utiliza el derecho penal con el objetivo de controlar la moralidad, castigar el comportamiento desviado, o, por ejemplo, proteger la vida prenatal. Se utili-

* - Docente de la Facultad de Derecho, Universidad de Toronto
<http://www.law.utoronto.ca/programs/reprohealth.html>

1 -Analía Banji Vique, Oscar A. Cabrera, Fanny Gómez Lugo y Martín Hevia, «El veto del Ejecutivo uruguayo a la despenalización del aborto: Deconstruyendo sus fundamentos», Cuadernos-Aportes al debate en salud, ciudadanía y derechos, Época 1, N° 1, 2010.

2 -R.J. Cook & B.M. Dickens, «Human Rights Dynamics of Abortion Law Reform,» (2003) 25 Human Rights Quarterly 1-59. En Internet: <http://www.law.utoronto.ca/documents/reprohealth/PUB-HumanRightsDynamics.pdf>
Edición en español: «Dinámicas de los derechos humanos en la reforma de las leyes del aborto», México, GIRE, 2004. En Internet: <http://www.gire.org.mx/phpnuke/modules.php?name=prueba&opgire=61>

za el derecho de la salud y la asistencia social, principalmente en forma de derecho administrativo, para negar o garantizar el acceso efectivo a servicios de salud reproductiva para reducir los embarazos no deseados o a servicios de aborto seguro. Se utilizan el derecho constitucional y el derecho de los derechos humanos para promover la dignidad, autonomía y justicia social de las mujeres y para proteger la vida prenatal.

El marco de crimen y castigo persiste aun hoy y adopta diversas formas. Varios países mantienen un control penal del aborto, aunque ofrecen excepciones para ciertas indicaciones. En todo el mundo se trata a las mujeres de formas punitivas y están sujetas a tratamientos que niegan su dignidad, por ejemplo, cuando se niega el aborto en casos de violación.³ Se utiliza al derecho penal para forzar a las mujeres a llevar un embarazo a término, aunque el feto sea portador de una anomalía fatal, como la anencefalia (cuando la totalidad o la mayor parte del cerebro está ausente en forma congénita).⁴

Algunos países, como Francia,⁵ utilizan el derecho penal de manera minimalista, por ejemplo al sancionar el aborto que no cumple con las condiciones de un aborto legal. Otros países, como Estados Unidos,⁶ han desarrollado nuevos usos del derecho penal para prohibir procedimientos que se emplean con poca frecuencia en abortos tardíos con el objetivo de proteger la salud materna. Francia⁷ y México,⁸ utilizan el derecho penal para sancionar el aborto forzado.

El enfoque del aborto desde la perspectiva de salud y asistencia social requiere que las leyes se formulen y apliquen de formas razonables, y que sean

3 - Véase, por ejemplo, el Caso Paulina en México, y el posterior acuerdo amigable, en el que el Estado mexicano reconoció su responsabilidad al prohibir el aborto legal y accedió a pagar daños y perjuicios a Paulina, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 21/07, Petición 161-02, Acuerdo de Solución Amistosa, 9 de marzo de 2007.

4 - K. L. v. Perú (2005) Comm. N° 1153/2003, UN Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003 (Comité de Derechos Humanos); ver también R.J. Cook, J.N. Erdman, M. Hevia y B.M. Dickens, «Prenatal Management of Anencephaly» (2008) 102 International Journal of Gynecology and Obstetrics 304-308, en Internet:

<http://ssrn.com/abstract=1263905>; Edición en español: «Manejo prenatal de la anencefalia,» trad. Sandra Dughman. Revista de la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de Buenos Aires 88.982 (Diciembre de 2009): 225-233. Texto en Internet en <http://www.law.utoronto.ca/documents/reprohealth/Sp19-anencephaly.pdf>.

5 - French Law 2001-588 del 4 de julio de 2001: http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20010707&numTexte=1&pageDebut=10823&pageFin=10827

6 - Partial-Birth Abortion Ban of 2003, Pub. L. N° 108-105, 117 Stat. 1201 (codified as amended as 18 U.S.C. §1531 (2006).

7 - Law 2001-588 del 4 de julio de 2001, http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20010707&numTexte=1&pageDebut=10823&pageFin=10827.

8 - Reforma de 2007 del Código Penal de la Ciudad de México- cite to come; A. Madrazo, «The evolution of Mexico City's abortion laws: from public morality to women's autonomy,» (2009) 106 (3) International Journal of Gynecology and Obstetrics 266-9, 268; de próxima publicación en español.

claras y transparentes para las personas a quienes afectan.⁹ En consecuencia, se acude cada vez más a los ministerios de salud estatales para que brinden directivas sobre la prestación de servicios de aborto con el fin de garantizar que las indicaciones legales sean claras, no solamente para los proveedores sino también para quienes procuran los servicios. La decisión del Tribunal de Apelaciones de Irlanda del Norte, que tuvo como consecuencia las siguientes directivas clarificadoras de 2008 y la posterior decisión que confirma la esencia de las Directivas de 2008,¹⁰ son de especial importancia, no solo para Irlanda del Norte, sino también para otros países miembros de la Comunidad Británica de Naciones en los que se mantiene la vigencia de la Ley de Delitos contra la persona de 1861 que prevalece en Irlanda del Norte.¹¹

La falta de certezas legales resulta especialmente problemática en el caso de los servicios de aborto, dado que el miedo a la acusación criminal y el riesgo de pasar períodos prolongados en prisión producen reticencia a la hora de brindar y/o procurar servicios, inclusive aquellos que sería legal solicitar y brindar.¹² A pesar de que el Tribunal de Apelaciones de Irlanda del Norte indicó explícitamente que se trataba de un caso de interpretación legal, y no de un caso de interpretación de la Convención Europea de Derechos Humanos,¹³ Irlanda del Norte podría ser responsable en virtud de la disposición del derecho a la privacidad de la Convención Europea de Derechos Humanos por la falta de transparencia en la aplicación de la ley, como lo ha sido Polonia en el caso de *Tysiác*.¹⁴

En base a la decisión en el caso *Tysiác* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hay al menos tres casos presentados ante el Tribunal Europeo, dos casos contra Polonia con el objetivo de que se clarifique la indicación médica de aborto,¹⁵ y en un caso contra Irlanda el objetivo es clarificar la indicación de vida.¹⁶ También existen impulsos académicos orientados a aclarar la

9 - R.J.Cook & C.G.Ngwena, «Women's Access to Health Care: The Legal Framework» (2006)

94 International Journal of Gynecology and Obstetrics 216-225; R.J.Cook, B.M. Dickens &

J.N.Erdman, «Emergency Contraception, Abortion and Evidence-Based Law» (2006) 93

International Journal of Gynecology and Obstetrics 191-197.

10 - Society for the Protection of Unborn Children, Re Judicial Review [2009] NIQB 92 (30 de noviembre de 2009).

11 - Family Planning Association of Northern Ireland v Minister for Health Social Services and Public Safety, [2005] Northern Ireland Law Reports 188 (Court of Appeal of Northern Ireland).

12 - *Ibíd.*

13 - *Ibíd.*

14 - *Tísica v. Poland*, Application N° 5410/03, European Court of Human Rights, Judgment, 20 March 2007.

15 - R.R. v. Poland, App. N° 27617/04 (ECHR) (negación de diagnóstico genético y posterior aborto); Z. v. Poland, App. N° 46132/08 ECHR) (negación de tratamiento para enfermedad del colon por embarazo de una mujer resulta en su muerte).

16 - A., B. & C v. Ireland, App. N° 25569/05 (European Court H.R.) (negación del aborto a tres mujeres en Irlanda, lo que provocó problemas médicos y de otro tipo).

indicación de salud mental.¹⁷ Esfuerzos realizados para operar la indicación de violación para el aborto legal en países como Brasil, han proporcionado información sobre las maneras perjudiciales en que el sistema de atención de la salud trata a las mujeres.¹⁸

Los cambios de paradigma en la regulación del aborto y la libre elección de la maternidad de las mujeres sí son posibles, como demuestra la Ley española de 2010 *Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*.¹⁹ A diferencia de la ley española anterior sobre aborto de 1985, que toma como punto de partida la protección de la vida prenatal, la ley de 2010 parte de la perspectiva de las mujeres y sus derechos a autonomía e igualdad.²⁰

En contraste con el uso del derecho constitucional y de los derechos humanos en España, se mantiene el uso de disposiciones del derecho constitucional sobre el derecho a la vida para proteger la vida prenatal en países como Chile,²¹ y cobran impulso intentos de aplicar estas disposiciones constitucionales, especialmente a nivel estadual en México.²² Todavía se ignora la suerte que correrán estos intentos bajo el sistema constitucional de México y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²³ Una decisión que está pendiente en el caso presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra Costa Rica por la prohibición del tratamiento de infertilidad mediante fertilización *in vitro*,²⁴ podría aportar algún indicio más de cómo la Comisión interpretaría la disposición del derecho a la vida de la Convención Americana.²⁵

17 - R. J. Cook, A. Ortega-Ortiz, S. Romans & L.E. Ross, «Legal Abortion for Mental Health Indications» (2006) 95 International Journal of Gynecology and Obstetrics 185-190; Spanish edition: «La salud mental de la mujer como indicación para el aborto legal», trans. Sandra Dughman & Adriana Ortega-Ortiz. En línea: <http://www.law.utoronto.ca/documents/reprohealth/SP20-MentalHealth.pdf>; de próxima publicación en Paolo Bergallo (ed.), Aborto y Derechos Humanos (Argentina: Ad Hoc, 2010).

18 - R. J. Cook & C.G. Ngwena, ver nota 9.

19 - Ley Orgánica 2/2010, del 3 de marzo (España).

20 - Blanca Rodríguez Ruiz & Rubio Marín, *Abortion in Spain, prepared for the Yale Law School Workshop on Comparative and Transnational Perspectives on Reproductive Rights, 2010*.

21 - El artículo 19 N° 1.2 de la Constitución de Chile establece que «La ley protegerá la vida del nonato».

22 - Alejandro Madrazo, *Abortion in Mexico, prepared for the Yale Law School Workshop on Comparative and Transnational Perspectives on Reproductive Rights, 2010*; Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), *Approved Constitutional Reforms that Protect Life from the Moment of Conception/Fertilization, 29 de julio, 1010*, en Internet: <http://www.gire.org.mx/>.

23 - Acción de Inconstitucionalidad 11/2009 (Tribunal Supremo de México).

24 - Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros v Costa Rica, Caso N° 12.361, pendiente frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

25 - Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 2141, Resolución N° 23/81 del 6 de marzo de 1981 (Méritos).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos aún evita realizar una interpretación del derecho a la vida para reparar la pérdida de una vida fetal debido a errores médicos, porque los padres podrían recibir el pago de daños y perjuicios por su pérdida a través de una acción por negligencia médica.²⁶ Está por verse si la disposición constitucional irlandesa que protege la vida desde el momento de la concepción en consonancia con los derechos de las mujeres puede proteger a Irlanda de un recurso entablado contra su ley penal de aborto restrictiva que se encuentra en trámite en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.²⁷

Las reformas nacionales de leyes y políticas de aborto se basan en el derecho internacional de los derechos humanos. La reforma de 2010 en España, por ejemplo, utiliza la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres²⁸ (la Convención de las Mujeres) para colocar a la nueva ley en un marco de igualdad. La Corte Constitucional colombiana en 2006 se basó en la Convención de las Mujeres como ayuda para la comprensión de la naturaleza de los derechos reproductivos, pero no como sustento para su pertinencia.²⁹

La resolución colombiana de 2006 se basó en la disposición constitucional sobre la protección de la dignidad humana para permitir el aborto en más indicaciones para garantizar que no se trate a las mujeres como «instrumentos reproductivos de la raza humana».³⁰ El Tribunal Constitucional de Alemania, por otra parte, en su decisión de 1993³¹ empleó el principio constitucional alemán de la dignidad para exigir la protección del feto mediante un sistema

26 - Vo v. France, App. N° 53924/00 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

27 - A., B. & C. v. Ireland, App. N° 25569/05, en trámite ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

28 - Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, 18 de diciembre de 1979, 1249 UNTS 13 (La Convención de las Mujeres).

29 - Decisión del Tribunal Constitucional Colombiano C-355/2006; ver I.C. Jaramillo and T. Alfonso, *Mujeres, Cortes y Medios: La Reforma Judicial del Aborto* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008); V. Undurraga & R. Cook, «Constitutional Incorporation of International and Comparative Human Rights Law: The Colombian Constitutional Court Decision C-355/2006» in *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Williams, S.H. ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), pp. 215-247. Online: <http://ssrn.com/abstract=1573798>; Edición en español: «Incorporación constitucional del derecho internacional y del derecho comparado de los derechos humanos: La sentencia C-355/2006 de la Corte Constitucional de Colombia» online at http://www.law.utoronto.ca/documents/reprohealth/SP21-Undurraga_Cook_Colombia_2009.pdf.

30 - *Ibíd.* Tribunal Constitucional de Colombia, Decisión C-355/2006.

31 - Tribunal Constitucional de Alemania, Sentencia del 28 de mayo de 1993, 88 BverfGE 203 (F.R.G.). Traducción oficial al inglés disponible en http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decision/fs19930528_2bvfoo029oen.html.

de asesoramiento que aliente a las mujeres a continuar con sus embarazos.³² Al expedirse en un caso presentado en contra de un proyecto de ley de 1985 que proponía ampliar las causales de aborto en España,³³ el Tribunal Constitucional de España reafirmó el proyecto de ley, en base a que el feto no puede ser titular de derechos, pero explicó que la disposición del derecho a la vida,³⁴ en conjunción con la disposición que protege la dignidad humana³⁵ de la Constitución española, constituye una norma general para proteger la vida prenatal. En línea con la decisión española de 1985, el Tribunal Supremo de Costa Rica sostuvo que, no obstante el hecho de que el nonato está protegido por el derecho a la vida, se permite el aborto terapéutico.³⁶

Más recientemente, en 2010, el Tribunal Constitucional de Portugal confirmó la constitucionalidad de una ley de 2007 que permite que una mujer decida interrumpir un embarazo durante las primeras diez semanas de gestación, con la condición de que reciba asesoramiento y cumpla con un período de reflexión de tres días.³⁷ Sin duda inspirado en el razonamiento de la resolución de 1985 del Tribunal Constitucional de España, el Tribunal Constitucional de Portugal explicó que el feto no es un titular de derechos en virtud de la disposición del derecho a la vida de la Constitución portuguesa,³⁸ pero que es posible proteger al nonato como un valor objetivo.³⁹

Surgen varios temas de este somero panorama sobre las novedades legales a nivel nacional que sugieren más líneas de trabajo e investigación, especialmente en las áreas de justicia social y dignidad humana.

Justicia social

Existe un gran potencial para el trabajo académico y la promoción para cambiar un paradigma de opción reproductiva por uno con énfasis en la justicia reproductiva. El marco de justicia reproductiva ha servido de guía para la implementación de reformas legales, como el Decreto de Colombia de 2006 que establece que bajo ninguna circunstancia se podrá someter a pacientes a

32 - M.A. Case, «Perfectionism and Fundamentalism in the Application of the German Abortion Law» in *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Williams, S.H. ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 93-106.

33 - Este proyecto se convirtió en la Ley Orgánica 9/1985 (España).

34 - Constitución española, artículo 15.

35 - Constitución española, artículo 10.

36 - Tribunal Supremo de Costa Rica, Sentencia N° 2004-02792, 17 de marzo de 2004.

37 - Ley portuguesa N° 16/2007 del 17 de abril.

38 - Constitución de Portugal, artículo 24.

39 - Ruth Rubio Marín, *Constitutional Framing: Abortion and Symbolism in Constitutional Law*, de próxima publicación en 2011, European University Institute, Florence.

un tratamiento discriminatorio.⁴⁰ Existen disparidades regionales en el acceso a servicios de aborto en diversos países, y esto fue uno de los factores que motivó las reformas en Canadá,⁴¹ Alemania⁴² y, por ejemplo, España.⁴³ Las investigaciones muestran que la carga de una legislación restrictiva recae en forma desproporcionada sobre diversos grupos,⁴⁴ por ejemplo las adolescentes,⁴⁵ residentes de zonas rurales,⁴⁶ o personas pertenecientes a grupos raciales. Cuando Estados Unidos informó las novedades al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) de Naciones Unidas, el Center for Reproductive Rights (Centro para los Derechos Reproductivos) presentó una carta sombra al CEDR en la que se mostraba que en los Estados Unidos las mujeres afrodescendientes tienen una probabilidad casi cuatro veces mayor de morir por causas relacionadas con el embarazo que las mujeres blancas.⁴⁷

Un componente clave del marco de la justicia reproductiva internacional se encuentra en el artículo 12 de la Convención de las Mujeres,⁴⁸ que exige la igualdad en el acceso a los servicios de atención de la salud.⁴⁹ El artículo 12.1 de la Convención obliga a los estados partes «a asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención de la salud». El Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) explica que «Los Estados Partes deben informar sobre las medidas que han adoptado para eliminar los obstáculos con que tropieza la mujer para *acceder a servicios de atención médica* así como sobre las medidas que han adoptado para velar por el acceso oportuno y asequible de la mujer a dichos servicios.»⁵⁰ En base al marco de igualdad, en

40 - Resolución 4905 del Ministerio de Protección Social, http://www.womenslinkworldwide.org/pdf_programs/es_prog_rr_col_legaldocs_res4905.pdf.

41 - R. v. Morgentaler [1988] 1 SCR 30 (Suprema Corte de Canadá).

42 - Case, ver nota 32.

43 - Blanca Rodríguez Ruiz and Ruth Rubio Marin, *Abortion in Spain, prepared for the Yale Law School Workshop on Comparative and Transnational Perspectives on Reproductive Rights, 2010*.

44 - Access to Abortion Reports: An Annotated Bibliography (Toronto, International Reproductive and Sexual Health Law Programme, 2008), <http://www.law.utoronto.ca/documents/reprohealth/abortionbib.pdf>

45 - World Health Organization, *Women and Health: Today's Evidence, Tomorrow's Agenda, 2009, 31*

46 - Ver, por ejemplo, A. Bernabé-Ortiz, White P.J., Carcamo C.P., et al. *Clandestine induced abortion: prevalence, incidence and risk factors among women in a Latin American country. Canadian Medical Association Journal 2009; 180: 298-304.*

47 - «Supplementary Information about the United States, Scheduled for Review during the CERD Committee's 72nd Session» shadow letter by the Center for Reproductive Rights, dated December 19, 2007. Online at: http://www.reproductiverights.org/pdf/CERD%20Shadow%20Letter%20Final_07_08.pdf

48 - La Convención de la Mujer, ver nota 28.

49 - Ver, en general, R.J.Cook and V. Undurraga, *article 12 (health) in The United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary (Oxford: OUP, de próxima publicación en 2011).*

50 - UNCEDAW Recomendación General 24 (La mujer y la salud), CEDAW, GR 24 (1999) A/54/38/Rev.1 párrafo 21, énfasis en el original.

la CEDAW se ha explicado que los estados miembros tienen la obligación de no «penalizar los procedimientos médicos que únicamente las mujeres necesitan», y de no castigar a las mujeres que se someten a estos procedimientos.⁵¹

La CEDAW explica que la negativa de un estado de eliminar los obstáculos para el acceso efectivo de las mujeres a *servicios de atención médica, inclusive servicios específicos para mujeres, como servicios de aborto, constituye una forma de discriminación* contra las mujeres que los estados están obligados a subsanar.⁵² Los obstáculos para la *igualdad en el acceso a los servicios de atención de la salud* pueden entenderse como las múltiples formas de daños a los que están expuestas las mujeres en los diversos caminos hacia los servicios de aborto.⁵³ Los obstáculos al acceso son una consecuencia del hecho de que no se presten servicios de aborto en los programas de salud pública. Los obstáculos también resultan de las formas de tratamiento perjudiciales que reciben las mujeres de parte de los profesionales de la salud. Es necesario tratar ambos tipos de obstáculos, porque las mujeres no pueden acceder a los servicios si estos no están razonablemente disponibles, y no accederán a los servicios si están sometidas a un tratamiento indigno.

La CEDAW ha interpretado que las obligaciones de los estados de eliminar los obstáculos de género para el acceso a los servicios de atención de la salud en base a la igualdad de hombres y mujeres incluyen, por lo menos, lo siguiente:

- acceso a la información necesaria para tomar decisiones sobre la atención de la salud y obtener servicios de atención médica, con frecuencia llamado acceso a la información;
- acceso transparente para garantizar que los términos y condiciones de la prestación de servicios de atención de la salud sean claros para proveedores y pacientes;
- acceso basado en la evidencia para garantizar que los servicios se apoyen en los datos científicos y empíricos más recientes;
- acceso económico para garantizar que los servicios de aborto se brinden en servicios de atención de la salud públicos o que estén cubiertos por los planes de seguros médicos; y
- acceso digno para garantizar que la prestación de servicios no incluya formas de tratamiento indignas.

51 - *Ibid.*, párrafo 14.

52 - *Ibid.*, párrafo 11.

53 - Access to Abortion Reports: An Annotated Bibliography, *ver nota 44*.

Acceso a la información

Una condición importante del acceso a la información es poseer información sobre los servicios que se encuentran disponibles y la forma en que se pueden obtener,⁵⁴ y la disponibilidad pública de dicha información, a través de, por ejemplo, los medios de comunicación e Internet.⁵⁵ El acceso efectivo de las mujeres a los servicios depende de que tengan y comprendan la información necesaria, por ejemplo sobre las opciones, la efectividad, los riesgos, la ubicación, los tiempos operativos y el alcance legal de los servicios disponibles. Por consiguiente, al considerar el acceso de las mujeres al conocimiento sobre los servicios, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que existe el derecho a brindar, buscar y recibir información sobre servicios de aborto que esté legalmente disponible en otras jurisdicciones.⁵⁶ Esta información cobra particular importancia en el contexto de la toma de decisiones informadas en relación con servicios de atención de la salud. En la CEDAW se explica que «Las mujeres tienen derecho a estar plenamente informadas por personal debidamente capacitado de sus opciones al aceptar un tratamiento..., incluidos los posibles beneficios y los posibles efectos desfavorables de los procedimientos propuestos y las opciones disponibles».⁵⁷

Acceso transparente

El acceso transparente requiere que tanto las condiciones legales en las que se prestan los servicios de atención médica, como la suficiencia de las garantías legales del acceso a la atención, sean transparentes para los proveedores, posibles usuarios y toda la comunidad que se ve afectada por la ley. El significado del acceso transparente para las mujeres en virtud del artículo 12 de la Convención de las Mujeres se debe interpretar a la luz de las decisiones de la CEDAW, las decisiones del Comité de Derechos Humanos,⁵⁸ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,⁵⁹ y, por ejemplo, decisiones pertinentes de tribunales nacionales.⁶⁰

En general, estas decisiones responsabilizan a los ministerios de salud que no

54 - UNCESCR 'General Comment 14' (2000) UN Doc E/C.12/2000/4, para 12 (b).

55 - R. Gomperts, J. Erdman & S. Newell, *Letter to Google Inc. Legal Department re Google AdWords Advertising Policy Update: Restricting Advertisements that Promote Abortion Services*, June 30, 2009

<http://www.law.utoronto.ca/documents/reprohealth/ADV-GoogleAdwordsLetter-30Jun2009.pdf>.

56 - *Open Door Counselling v. Ireland* (1993) 15 EHRR 244.

57 - CEDAW Gen Rec 24, ver nota 50 at para 20.

58 - *K.L. v. Perú*, ver nota 4.

59 - *Tísica v. Poland*, ver nota 14.

60 - Ver nota 41.

ofrecen un acceso efectivo a servicios legales, no investigan si las mujeres realmente están recibiendo dichos servicios mediante, por ejemplo, la recopilación de estadísticas oficiales, e ignoran las cargas que suponen los servicios que no están disponibles, son inaccesibles o inseguros, para la salud de las mujeres. En los casos en que las mujeres no cuentan con acceso efectivo a servicios seguros, el hecho de que no se identifique, ni se responda o remedie la deficiencia agrava la violación. La responsabilidad surge del ejercicio arbitrario del poder del Estado a través de los ministerios de salud, que resulta en muertes y discapacidades evitables de mujeres que los estados están obligados a evitar, en virtud del artículo 12 de la Convención de las Mujeres.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Polonia por violar el derecho de una mujer a una vida privada como tema procesal. Las autoridades sanitarias le habían negado un aborto que tenía indicación médica.⁶¹ Como consecuencia de que se le negara el aborto, su tercer embarazo y parto la dejaron casi ciega. La violación de Polonia se debió a la falta de creación de un marco regulatorio en el cual las mujeres sepan cómo acceder a los procedimientos a los que tienen derecho legalmente, puedan participar en los procesos de toma de decisiones que las afectan, y puedan obtener una revisión independiente de decisiones regulatorias inicialmente adversas.

Si bien estos casos relacionados con la transparencia son útiles para mostrar la manera en que las leyes que eximen de responsabilidad penal por el aborto con indicación específica carecen de certezas legales para mujeres que buscan servicios y para quienes los prestan, y, por lo tanto, operan de forma injusta, el enfoque de la transparencia tiene sus limitaciones. La investigación de Joanna Erdman identifica los riesgos de este enfoque procesal, como por ejemplo frustrar los argumentos que refieren a la esencia de los derechos de las mujeres.⁶²

Acceso basado en la evidencia

La CEDAW requiere el acceso basado en la evidencia al obligar a los estados a «demostrar que la legislación, los planes y las políticas en materia de salud se basan en investigaciones y evaluaciones científicas y éticas del Estado y las necesidades de salud de la mujer... y tienen en cuenta todas las diferencias de carácter étnico, regional o comunitarias, o las prácticas basadas en la religión, tradición o cultura».⁶³ Muy frecuentemente las leyes, políticas y prácti-

61 - *Tísica v. Poland*, 1414.

62 - *Joanna Erdman*, «*The Procedural Turn in Transnational Abortion Law*», *ASIL 2010 Proceedings*, de próxima publicación en 2011.

63 - *CEDAW Gen Rec 24*, ver nota 50 en párrafo 9.

cas de salud relacionadas con la salud de las mujeres no se basan en evidencia científica razonable, sino en prejuicios y «ciencia basura», como ha sido el caso en Argentina,⁶⁴ y Chile.⁶⁵ El acceso basado en la evidencia requiere que los estados garanticen que se utilicen los servicios de aborto más seguros y aceptables disponibles.

En línea con el mandato de la CEDAW, los tribunales suelen respaldar decisiones de ministerios de salud que están basadas en evidencia científica y no en otros factores que no están relacionados con la salud.⁶⁶ En los casos en que los ministerios de salud y las agencias de aprobación de fármacos para uso terapéutico están motivados por otros factores que no son la evidencia científica de seguridad y eficacia de los productos y servicios, generalmente los tribunales han considerado sus acciones como arbitrarias.⁶⁷ Cuando los ministerios basan sus decisiones sobre el acceso de las mujeres a servicios de atención de la salud en preferencias o prejuicios políticos, están ignorando, en forma ilícita, su mandato de proteger la salud pública y de fundamentar sus decisiones con motivos científicos o racionales.

Acceso económico

El acceso financiero requiere que los estados garanticen que todas las mujeres, independientemente de su nivel de ingresos, tengan acceso a los servicios.⁶⁸ El acceso financiero también podría requerir que los estados garanticen que los medicamentos utilizados para abortar, como mifepristona o misoprostol, estén registrados en la lista nacional de medicamentos esenciales para maximizar su disponibilidad y facilitar el control de los costos.⁶⁹ Para garantizar el acceso económico, los estados deberán abordar «las diferencias de honorarios que existen entre los abortos, según la etapa en que se halla el

64 - Fiorella Melzi, «The Supreme Court of Argentina: Ruling against Women's Equality» (2006) 4.2 Journal of Law and Equality 261-292; Melzi, Fiorella. «La Corte Suprema de Argentina: Decidiendo en contra de la igualdad de las mujeres», La Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella 7.2 (July 2006) http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=1577&id_item_menu=3558.

65 - Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia N° 740, 28 de abril de 2008, <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/914>.

66 - Smeaton v Secretary of State for Health [2002] 2 Family Law Reports 146 (High Court Administrative, England); Decision 2002 00251 01; Colombian State Council, Administrative Chamber, First section, June 5, 2008 (Counselor Ostau de Lafont Pianeta).

67 - Tummino v. Torti, Memorandum & Order N° 05-CV-366 (US District Court, Eastern District of New York) March 23, 2009.

68 - World Health Organization, Safe Abortion: Technical and Policy Guidance for Health Systems, Geneva: World Health Organization, 2003, 92. En Internet en inglés, francés y español: http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/9241590343/en/index.html

Edición en español: Aborto sin Riesgos: Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud en línea: http://whqlibdoc.who.int/publications/2003/9275324824_spa.pdf; edición revisada próximamente en 2011.

embarazo y el método que se utiliza, a fin de que las mujeres puedan acceder al servicio que más se ajusta a sus necesidades, sin tener en cuenta el costo».⁷⁰

Acceso digno

El acceso digno requiere como mínimo que no se someta a las mujeres a tratamientos indignos, como violaciones de la confidencialidad. Las violaciones de las obligaciones éticas y legales de confidencialidad están extendidas, especialmente en algunos países de América Latina, como Argentina,⁷¹ Chile⁷² y México,⁷³ a pesar de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que resolvió que los médicos tienen la obligación de proteger la confidencialidad de la información a la que, como tales, tienen acceso.⁷⁴ Los comités de tratados, como la CEDAW,⁷⁵ y el Comité contra la Tortura (CCT), creado para monitorear el cumplimiento con la Convención contra la Tortura, han requerido sistemáticamente que los estados protejan la confidencialidad. El CCT llamó la atención de Chile por violaciones de la confidencialidad de mujeres que procuraban obtener atención posaborto.⁷⁶ Como consecuencia del Informe del CCT, el Ministerio de Salud de Chile ordenó a los directores de los servicios de salud que no condicionen dicha atención a la confesión del delito de aborto.⁷⁷

En contraposición con las violaciones de confidencialidad en Chile, Francia cuenta con un sistema administrativo de codificación secreta para el aborto con el fin de garantizar la confidencialidad de las mujeres que se benefician de la financiación de la seguridad social de servicios médicos únicamente a través de sus esposos.⁷⁸

La CEDAW explica que «la falta de respeto del carácter confidencial de los pacientes afecta tanto al hombre como a la mujer, pero puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar

69 - *Ibíd.* p. 94.

70 - *Ibíd.* p. 78.

71 - María Mercedes Cavallo, «Law as a Social Determinant of Unsafe Abortion in Argentina,» LL.M. thesis, University of Toronto, 2009.

72 - Leyes chilenas: artículo 84 del Código Procesal Penal, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22960>; ley 18834, artículo 61, letra k), disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=30210>.

73 - Correspondence with A. Madrazo, CIDE Law School, Mexico City, April 2010.

74 - Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de De La Cruz-Flores vs. Perú, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párrafo 101.

75 - CEDAW Gen Rec 24, ver nota 50 párrafo 20.

76 - UN Doc CAT/C/CR/32/5 S.E section 7(m) (2004).

77 - Documento del Ministerio de Salud de Chile disponible en <http://www.icmer.org>.

78 - Ley francesa 82-1172 del 31 de diciembre 1982: <http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/>

[jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19830101&numTexte=&pageDebut=00015&pageFin=.](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19830101&numTexte=&pageDebut=00015&pageFin=)

negativamente su salud y bienestar»,⁷⁹ particularmente en lo que refiere a temas sensibles de salud reproductiva. El Comité de los Derechos del Niño (CDN) reconoció la importancia de la confidencialidad para niños y niñas.⁸⁰ El CDN explicó que los proveedores de servicios de atención de la salud tienen la obligación de mantener la confidencialidad de la información médica referente a adolescentes y que los adolescentes que sean considerados suficientemente maduros como para recibir asesoramiento sin la presencia de un padre u otra persona tienen derecho a la privacidad y pueden solicitar servicios confidenciales, incluyendo tratamientos.⁸¹

El Tribunal Superior de Inglaterra aplicó la obligación de confidencialidad en el ámbito nacional al rechazar una objeción a la Guía de Mejores prácticas para Médicos del Departamento de Salud sobre la protección de la confidencialidad del asesoramiento y tratamiento que se brinda a los menores de 16 años en relación con anticoncepción, aborto y enfermedades de transmisión sexual.⁸² El Tribunal respaldó la Guía que establece que los menores maduros gozan de la misma protección de confidencialidad que los adultos y, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño, no se puede tratar a los menores de manera diferente en lo que respecta a la protección de su confidencialidad por su edad.

Si bien es posible darle un significado amplio al artículo 12 de la Convención de las Mujeres para obligar a los estados miembros a eliminar una serie de diferentes obstáculos para el acceso, dicho artículo aborda exclusivamente la igualdad en el acceso a los servicios de salud. Es necesario ir más allá del artículo 12 para analizar la forma en que las leyes de aborto construyen a las mujeres como inferiores a los hombres. Por ejemplo, las leyes de aborto discriminan a las mujeres porque castigan a las mujeres, y no a los hombres, por mantener relaciones sexuales y por mantener relaciones sexuales sin fines reproductivos. Muchos países continúan discriminando a las mujeres cuando privilegian la sexualidad masculina, como en sus leyes penales sobre aborto, violación, violación conyugal y, por ejemplo, la alegación de provocación como defensa.

79 - CEDAW Rec.5050 en párrafo 20.

80 - CRC General Comment N° 4 on Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child. UN Doc CRC/GC/2003/4 at para 11.

81 - *Ibíd.*

82 - R. (on the application of Axon) v. Secretary of State for Health, [2006] England and Wales High Court 37. (Admin). Case N° CO/5307/2004; ver también Joanna Erdman, «Moral Authority in English and American Abortion Law» in *Constituting Equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Law*, Williams, S.H. ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 107-136.

Para garantizar una igualdad transformativa en el contexto del aborto, se debe interpretar el artículo 12 en conjunción con los artículos que esbozan obligaciones generales (artículos 1–5 y 24), y en vista del objeto y el objetivo generales de la Convención, teniendo en cuenta la práctica actual del modo en que se ha aplicado el tratado en el tiempo.⁸³ Para promover la garantía de la igualdad transformativa en el contexto del aborto es posible hacer referencia, por ejemplo, al artículo 3 sobre el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, y el artículo 5(a) sobre la eliminación de los prejuicios y estereotipos sobre las mujeres.⁸⁴

Los tribunales comienzan a basarse en los derechos de las mujeres a la igualdad como fundamento para garantizar el acceso de las mujeres a servicios de aborto. Sin embargo, queda mucho por hacer para consolidar el marco de igualdad en el contexto del aborto.⁸⁵ Es necesario realizar investigaciones jurídicas para determinar la forma en que los compromisos con la igualdad, como el de la decisión sobre el aborto de la Corte Constitucional de Colombia de 2006,⁸⁶ la decisión de 1992 de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Casey*,⁸⁷ se pueden transformar en fundamentos de principios jurisprudenciales.

¿Cómo puede la investigación jurídica emplear las investigaciones científicas epidemiológicas y sociales de forma más efectiva⁸⁸ para tratar las múltiples formas de discriminación, para fortalecer los argumentos de igualdad ante tribunales y cortes de derechos humanos? ¿Podrá la investigación jurídica hacer un uso más efectivo de los descubrimientos empíricos para cambiar el paradigma de análisis de opción reproductiva a justicia reproductiva, con el objetivo de tratar la forma en que las cargas de las leyes penales restrictivas recaen desproporcionadamente sobre ciertos subgrupos de mujeres, como las adolescentes, mujeres rurales o las marginalizadas por su raza o etnia?

83 - CEDAW Gen Rec 24, párrafo 28.

84 - Simone Cusack & Rebecca J. Cook, «Stereotyping Women in the Health Sector: Lessons from CEDAW» 16 *Journal of Civil Rights and Social Justice, Symposium Edition on the Protocol to the African Charter of Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa*, de próxima publicación en 2010.

85 - R. J. Cook & S. Howard «Accommodating Women's Differences under the Women's Anti-Discrimination Convention» (2007) 56 *Emory Law Journal* 1039; Reva B. Siegel, *Sex Equality Arguments for Reproductive Rights: Their Critical Basis and Evolving Constitutional Expression*, 56 - *Emory Law Journal* 815 (2007).

86 - Ver nota 29.

87 - *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 US 833 (1992).

88 - *Susheela Singh et al.*, *Abortion Worldwide: A Decade of Uneven Progress* (Guttmacher Institute, 2009).

Dignidad humana

Es posible ahondar en los diferentes significados de dignidad y cómo se aplican en el contexto de la salud reproductiva. La profesora Reva Siegel sostiene de manera convincente que quienes defienden la libertad reproductiva deben recurrir a la dignidad «para subrayar y desarrollar sus diferentes significados y las distintas tradiciones de su uso. Si quienes defienden la libertad sexual y reproductiva permanecen en silencio, lo más probable es que prevalezcan los significados de dignidad convencionales desde el punto de vista del género y heteronormativos».⁸⁹ Asimismo, explica que «invocar la dignidad en clave de la Ilustración ofrece otro lenguaje[...] que llega tanto a audiencias populares como profesionales, y que resuena a través de las fronteras, en todo el mundo, donde la dignidad es el pilar de los organismos nacionales y transnacionales de derecho de los derechos humanos».⁹⁰ En el contexto transnacional de los derechos reproductivos, la dignidad se presenta en una gama de distintas maneras.

La dignidad es un concepto fundacional de la decisión de la Corte Constitucional de Colombia de 2006 que liberalizó la ley de aborto. La Corte explicó su significado de la siguiente manera:

[L]as normas deducidas del enunciado normativo dignidad humana –el principio constitucional de dignidad humana y el derecho fundamental a la dignidad humana– coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas. En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que esta protege: i. la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), ii. ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), y iii. la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)...⁹¹

89 - R. B. Siegel, *Dignity and Reproductive Rights: Comparative and Transnational Perspectives*, 60 Case Western L. Rev, próximamente en 2010.

90 - *Ibid.*

91 - Ver nota 29, Corte Constitucional de Colombia decisión C-355/2006.

Como resultado de este concepto fundacional de dignidad humana, la Corte explicó que

...el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.⁹²

Dignidad como libertad del tratamiento inhumano y degradante

En el contexto internacional de los derechos humanos, la dignidad se formula como un derecho negativo que implica ser libre de tratamientos indignos. El Comité de Derechos Humanos responsabilizó a Perú cuando un hospital estatal negó a una adolescente, embarazada de un feto anencefálico, el acceso a servicios de aborto a los cuales tenía derecho legalmente.⁹³ Se forzó a la adolescente a llevar a término su embarazo de un feto anencefálico y a amamantar al bebé durante unos días después de su nacimiento, sabiendo que el recién nacido moriría pocos días después de haber nacido.⁹⁴ El Comité concluyó que el tratamiento impuesto a esta joven constituyó una violación de sus derechos a vivir libre de tratos inhumanos y degradantes, a su vida privada, a las medidas de protección que sean necesarias en virtud de su calidad de menor y de su derecho a un recurso legal efectivo para la violación de estos derechos. Se necesitan más investigaciones para poder analizar los casos de anencefalia que han surgido o están surgiendo en varios países, como Argentina, Brasil, Irlanda y Perú.⁹⁵

Dignidad como protección de la vida prenatal

Existen disposiciones constitucionales que protegen la vida a partir del momento de la concepción en varios países del mundo, como Chile.⁹⁶ Se están reformando algunas constituciones para incluir dichas disposiciones, por ejemplo, en estados mexicanos.⁹⁷ Si se consideran las reformas constitucionales, hay intentos predecibles por incluir dichas disposiciones, algunos con éxito y otros no. Se está realizando una investigación en Chile sobre las obligaciones

92 - *Ibíd.*

93 - *K.L. v. Perú, ver nota 4.*

94 - *Ibíd.*

95 - *R. J. Cook, J.N. Erdman, M. Hevia and B. M. Dickens, ver nota 9.*

96 - *Ver nota 21.*

97 - *Ver nota 22.*

negativas y positivas que implica la protección de la vida nonata como norma constitucional, y cómo se puede aplicar el principio de proporcionalidad para garantizar que no se someta a las mujeres a cargas excesivas.⁹⁸

Es necesario investigar el significado de las disposiciones constitucionales o decisiones de tribunales que requieren algún tipo de protección del derecho a la vida del feto. Por ejemplo, ¿qué obligaciones surgen de la decisión del Tribunal Constitucional de Francia de 1975 que exigiera «respeto para todos los seres humanos desde el inicio de la vida»?⁹⁹ ¿Qué significa la decisión del Tribunal Constitucional de España que sentenció en 1985 que el «feto no es titular del derecho a la vida; [artículo 15] aunque, por otra parte, existe un derecho (aunque no es un derecho de nadie) a la protección de la vida nonata como norma constitucional»?¹⁰⁰

También es necesario investigar cómo se pueden aplicar las disposiciones constitucionales que protegen la vida desde el momento de la concepción, o las disposiciones del derecho a la vida de forma más general, de conformidad con las obligaciones constitucionales de proteger los derechos de las mujeres.¹⁰¹ Los modos de proteger la vida prenatal de acuerdo con los derechos de las mujeres incluyen mejorar la nutrición durante el embarazo, mediante el uso, por ejemplo, de suplementos de ácido fólico, mejorar la atención prenatal, intraparto y posparto para garantizar que las mujeres puedan experimentar un embarazo y un parto seguros y tener un bebé sano, prevenir los abortos espontáneos recurrentes,¹⁰² y, por ejemplo, reducir la violencia conyugal íntima durante el embarazo.

Es necesario generar investigaciones para ayudar a que el debate avance más allá del pensamiento dicotómico de proteger los derechos de las mujeres o proteger los intereses prenatales, para estudiar la mejor forma de promover la dignidad humana al proteger la vida prenatal de maneras que estén en consonancia con los derechos de las mujeres.

98 - Verónica Undurraga, tesis de doctorado, «Proposal of a legal regime for the protection of the unborn consistent with women's fundamental rights as contained in the Chilean Constitution and international human rights treaties ratified by Chile,» Santiago: Universidad de Chile, próxima publicación en 2010.

99 - 1975 decision of the French Constitutional Court, §9, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/74-54DC-a7454dc.pdf>.

100 - Decisión del Tribunal Constitucional de España 53/1985, <http://www.tribunalconstitucional.es/en/jurisprudencia/restrad/Pages/JCC531985en.aspx>.

101 - R.J. Cook & S. Howard, ver nota 85.

102 - I.A. Green, «Antithrombotic Therapy for Recurrent Miscarriage?» New England J. of Medicine 362; 17 1630-1631, Apr 29, 2010.

La dignidad humana requiere que se resuelva cómo las mujeres pueden verse libres de la humillación ocasionada por el hecho de vivir un embarazo no deseado. Blanca Rodríguez Ruiz y Ruth Rubio Marín explican de forma esclarecedora que una política familiar «requiere más que un nuevo marco legal para el aborto. Requiere que el Estado también desarrolle una nueva sensibilidad hacia los problemas sociales más profundos que lo rodean y la necesidad de tratarlos».¹⁰³

Hacen falta investigaciones para lograr que el discurso avance más allá de una visión miope sobre la protección de la vida prenatal a una visión más amplia para el desarrollo de políticas públicas que atiendan los intereses de mujeres y hombres en la vida familiar,¹⁰⁴ y «de género, trabajo y familia que distribuyan el costo de la crianza y el cuidado de hijos e hijas de manera equitativa entre madres, padres y el Estado».¹⁰⁵

Algunas reformas de leyes del aborto, como la reforma española de 2010, abordan la necesidad de proteger la vida prenatal, de acuerdo con los derechos de las mujeres, a través de la información a mujeres con embarazos no deseados sobre la asistencia que se encuentra disponible para las madres.¹⁰⁶ Sin embargo, las profesoras Blanca Rodríguez Ruiz y Ruth Rubio Marín cuestionan «si es suficiente para cumplir con la obligación de proteger la vida nonata desde el momento de la concepción tener un sistema que informe a las mujeres las posibilidades sociales y legales que se encuentran a su disposición si deciden interrumpir el embarazo y las ayude como madres».

En otros países se han desarrollado otras formas de proteger la vida prenatal, como en Alemania, que requiere asesoramiento.¹⁰⁷ Otros países incluso imponen requisitos de dilación para la reflexión, como Francia,¹⁰⁸ Portugal,¹⁰⁹ España,¹¹⁰ y Estados Unidos.¹¹¹ Existen debates sobre si este tipo de enfoque menoscaba los derechos de las mujeres y su agencia moral.¹¹² Es necesario

103 - Ver nota 43.

104 - P.J. Smith, «Responsibility for Life: How Abortion Serves Women's Interests in Motherhood,» *Journal of Law and Policy*, 98 (2009).

105 - Ver nota 43.

106 - *Ibid.*

107 - *Case*, ver nota 32.

108 - French Law N° 75-17 of 17 Jan 1975: [109 - Ver nota 37.](http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19750118&numTexte=&pageDebut=00739&pageFin=), as amended by Law 79-1204 of 31 Dec. 1979: http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19800101&pageDebut=00003&pageFin=&pageCourante=00003).</p></div><div data-bbox=)

110 - Ley Orgánica española 2/2010, ver nota 19.

111 - NARAL PRO-CHOICE AMERICA, FAST FACTS: BIASED COUNSELING & MANDATORY DELAYS, http://www.prochoiceamerica.org/choice-action-center/in_your_state/who-decides/fast-facts/biased_counseling.html.

112 - *Case*, ver nota 32.

realizar investigaciones jurídicas para analizar la forma en que las decisiones judiciales están comenzando a ampliar las formas en que se entiende la dignidad desde la perspectiva de las mujeres.

Conflictos políticos y fuerzas sociales

Una buena descripción de las dimensiones transnacionales de los conflictos políticos y fuerzas sociales respecto al aborto en los inicios del siglo XXI podría ser que exponen a las mujeres a la Inquisición Moderna. Al igual que la Inquisición del siglo XVII la Inquisición moderna se concentra en herejes, hace un mal uso de la ciencia y no conoce fronteras nacionales. Dada esta Inquisición moderna, el papel de la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha sido clave para generar la base objetiva para el debate mundial sobre aborto y fomentar el razonamiento basado en la evidencia para el desarrollo de leyes y políticas.

La OMS coloca el aborto inseguro en el contexto de mortalidad materna, es decir, muerte de mujeres que están o han estado embarazadas, dentro de los 42 días del embarazo. Cada año mueren más de medio millón de mujeres por complicaciones relacionadas con el embarazo, la mayoría en el proceso de dar a luz, pero se estima que 68 mil de estas muertes se deben a abortos inseguros. Las estadísticas de mortalidad¹¹³ y morbilidad materna demuestran que la carga de los problemas de salud reproductivos recae en forma desproporcionada en mujeres del mundo en desarrollo.

Investigaciones de la OMS muestran que las muertes debidas a abortos inseguros disminuyen cuando se amplían las causales para el aborto legal.¹¹⁴ La OMS ha generado la guía: Aborto sin riesgos: Guía técnica y de políticas para Sistemas de Salud, Ginebra:¹¹⁵ que es necesaria para asegurar la existencia de políticas efectivas dirigidas a la reducción de daños en países en los que las leyes siguen siendo restrictivas y para asegurar ciertos estándares en la implementación de leyes más liberales.¹¹⁶ La Guía de Aborto de 2003, que ha sido adoptada por innumerables países, entre los que se encuentra Colombia,¹¹⁷ está siendo revisada y actualizada.

113 - World Health Organization, *Unsafe abortion: global and regional estimates of incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2000* (Geneva: World Health Organization, 2004) sitio web http://www.who.int/reproductive_health/publication/unsafe_abortion/.

114 - Organización Mundial de la Salud, *Women and Health*, ver nota 45.

115 - Guía OMS, nota supra 68.

116 - *Ibid.*

117 - Isabel C. Jaramillo Sierra, *The Legal Regime of Pregnancy Interruption in Colombia*, prepared for the Yale Law School Workshop on Comparative and Transnational Perspectives on Reproductive Rights, 2010.

Investigadores y centros biomédicos, que con frecuencia cuentan con fondos o coordinación de la OMS, han desempeñado un papel de liderazgo al resistir lo que se ha llamado a nivel judicial como teofisiología.¹¹⁸ En otras palabras, estos investigadores biomédicos desempeñan en la Inquisición moderna el papel que intentó desempeñar Galileo en la Inquisición del siglo XVII, el de separar la ciencia de las escrituras y la revelación divina de los líderes religiosos.¹¹⁹ Existen innumerables casos judiciales, muchos en el contexto de la anticoncepción de emergencia,¹²⁰ sobre la cuestión de adoptar o no doctrinas religiosas sobre el comienzo de la vida humana, como en Chile,¹²¹ o concepciones científicas del embarazo, como en Gran Bretaña.¹²² ¿Cómo puede la investigación jurídica exponer los fundamentos religiosos de estos argumentos y analizar la efectividad con la que los razonamientos judiciales han aceptado o refutado los argumentos de base religiosa?

Una tendencia emergente en políticas públicas de salud consiste en maximizar el acceso y la disponibilidad de los medicamentos esenciales, para lo cual se extiende su distribución a un grupo más amplio de proveedores de servicios de salud que los médicos, como las parteras, como se intentó realizar en Francia, pero fracasó por motivos procesales.¹²³ En algunos países, la designación de la OMS de un fármaco como medicamento esencial es una condición previa para su inclusión en un vademécum nacional de medicamentos, que, a su vez, es un requisito para que el medicamento se incluya en el programa de salud pública nacional. Luego de extensas discusiones transnacionales se incluyó el misoprostol, un medicamento que reduce las hemorragias en el parto y también provoca un aborto temprano, y la mifepristona, un medicamento que, en combinación con misoprostol resulta altamente efectivo para provocar el aborto en el primer y segundo trimestre, en la Lista de Medicamentos Esenciales de la OMS, lo que facilitó su inclusión en los vademécum de medicamentos nacionales.¹²⁴

Algunos tribunales han ordenado a ministerios de salud que proporcionen o

118 - *Smeaton v Secretary of State for Health ver nota 66.*

119 - *Dava Sobel, Galileo's Daughter, 1999.*

120 - *María Alejandra Cárdenas, «Banning Emergency Contraception in Latin America: Constitutional Courts Granting an Absolute 'Right to Life' to the Zygote» (2009) 3.6 American Comparative Law Review, http://haclr.org/index_archivos/Page359.htm.*

121 - *Ver nota 65.*

122 - *Smeaton v Secretary of State for Health, ver nota 66.*

123 - *Decision of the French Constitutional Council, C.C., 2009-584DC of 16 July 2009, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2009/2009-584-dc/decision-n-2009-584-dc-du-16-juillet-2009.43624.html>, §36 and 39; ver, en general, Stephanie Hennette-Vauchez, France, prepared for the Yale Law School Workshop on Comparative and Transnational Perspectives on Reproductive Rights, 2010.*

cubran el costo de medicamentos esenciales, o medicamentos necesarios para salvar la vida, en otras áreas de la salud, como VIH/SIDA y vacunas infantiles. El desafío consiste en aplicar la lógica de estas decisiones para ampliar el acceso y la disponibilidad de los medicamentos necesarios para reducir la mortalidad materna, como el misoprostol.

¿Cómo se puede hacer para documentar los intentos por evitar que organizaciones no gubernamentales proporcionen pastillas abortivas a través de Internet, empleando las técnicas de la telemedicina e interponer recursos legales en su contra? Por ejemplo, Google ha anunciado recientemente que dejará de aceptar anuncios publicitarios que promuevan servicios de aborto y que estén destinados a ciertos países.¹²⁵

El género y la ley

En los períodos posteriores a las reformas, sea una reforma de origen legislativo o judicial, surgen con regularidad estrategias de oposición para limitar el efecto de la reforma. Estas estrategias reaccionarias tienen como objetivo limitar el acceso y la disponibilidad de los servicios de aborto y construir a las mujeres como seres inferiores. Serían necesarias más investigaciones para comprender las tendencias de las estrategias de oposición y determinar la forma en que las leyes, o en algunos casos los procesos disciplinarios, podrían resultar útiles para los defensores de los derechos humanos que están en las primeras líneas de batalla para asegurarse de que estas estrategias no obstaculicen las reformas.

Trabajos preliminares muestran que entre las estrategias de oposición se incluyen reformas constitucionales para proteger la vida desde el momento de la concepción, como en varios estados mexicanos,¹²⁶ requisitos de autorización de terceros, abuso de la objeción de conciencia, como por ejemplo en Colombia,¹²⁷ violaciones de las obligaciones éticas y legales de confidencialidad, como en Argentina¹²⁸ y Chile,¹²⁹ y, por ejemplo, intentos

124 - Joanna N. Erdman, Amy Grenon & Leigh Harrison-Wilson, «Medication Abortion in Canada: A Right-to-Health Perspective» (2008) 98.10 American Journal of Public Health 1764-1769.

125 - Carta de Google, ver nota 55.

126 - Ver nota 22.

127 - R. J. Cook, M. Arango Olaya & B. M. Dickens, «Healthcare Responsibilities and Conscientious Objection» 104 (2009) International Journal of Gynecology and Obstetrics, 249-252. Edición en español: «Responsabilidades en los servicios de salud y objeción de conciencia.» En línea: http://www.law.utoronto.ca/documents/reprohealth/SP18-HealthcareResp_CO.pdf.

128 - Ver nota 71.

129 - Ver nota 76.

para limitar las reformas mediante la concepción de las mujeres como seres vulnerables y que, por lo tanto, necesitan protección.¹³⁰

Los intentos por limitar el acceso de las mujeres a abortos impulsados por padres putativos que buscan obtener mandatos judiciales coercitivos contra sus parejas o tener la capacidad de autorizar o negar la decisión de una mujer de tener un aborto han sido rechazados por varios tribunales internacionales de derechos humanos, incluyendo la Comisión Europea de Derechos Humanos¹³¹ y por lo menos diez juzgados nacionales,¹³² de países entre los que se incluyen Canadá,¹³³ Colombia,¹³⁴ Francia,¹³⁵ México¹³⁶ y Estados Unidos.¹³⁷

El abuso de la objeción de conciencia por parte de los proveedores de servicios de atención de la salud adopta diversas formas, e incluye no proporcionar o negarse a proporcionar información adecuada, negarse a referir una solicitud a un proveedor que esté dispuesto a realizar la prestación y negarse a realizar un procedimiento en un caso de emergencia.¹³⁸

Actualmente algunos países, como Polonia, están otorgando daños y perjuicios a mujeres a quienes de forma ilícita se les negó acceso a servicios de aborto legales y algunos están cambiando sus procedimientos disciplinarios para garantizar una mayor justicia y transparencia en el acceso a los recursos.¹³⁹ La Corte Constitucional de Colombia, en respuesta a una demanda presentada en nombre de una víctima de violación de 13 años a quien se le

130 - Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124 (2007) at 183-185; R. B. Siegel, *Dignity and the Politics of Protection: Abortion Restrictions under Casey and Carhart*, 117 Yale L. J. 1694, 1723-32 (2008); R.B. Siegel, *The New Politics of Abortion: An Equality Analysis of Women-Protective Abortion Restrictions*, 2007 U. Ill. Law Rev 991 (2007).

131 - Paton v. UK (198) 3 EHRR 408.

132 - R.J. Cook & S. Howard, *Accommodating Women's Differences under the Women's Anti-Discrimination Convention* Emory Law Journal 56: 1039 at 1083-1084 (2007).

133 - Tremblay v. Daigle, [1989] 2 SCR 530.

134 - Ver nota 29, 2006 Colombian decision.

135 - Lahache case, Conseil d'État, 31 octobre 1980.

136 - Opinión de la Suprema Corte de Justicia de México in *Acción de inconstitucionalidad y su acumulada* 146/2007.

137 - Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, 428 US 52, 69 (1976).

138 - Bernard Dickens, «The Ethical Responsibilities of Conscience» IPPF Medical Bulletin 43.4 (Dec 2009): 3-4. En Internet en inglés, francés y español:

<http://www.ippf.org/NR/rdonlyres/5AF4D703-8240-4B6D-8B05-C00CA7A990C1/0/MedicalBulletinDec2009.pdf>

<http://www.ippf.org/NR/rdonlyres/4E0D3C7D-085D-4845-AA0F-9FA6DB28B266/0/MedicalBulletinDec2009French.pdf>

<http://www.ippf.org/NR/rdonlyres/F0B21193-E304-4708-B513-9709952CDC01/0/MedicalBulletinDec2009Spanish.pdf>;

Bernard Dickens, «Legal Protection and Limits of Conscientious Objection: When Conscientious Objection is Unethical» *Medicine and Law* (2009) 28:337-347, <http://ssrn.com/abstract=1483363>.

negó el aborto al que tenía derecho, sostuvo que los médicos no podían abusar de su derecho a la objeción de conciencia. La Corte declaró que los profesionales deben proporcionar la información necesaria y referir a la solicitante a un proveedor que esté dispuesto a prestar el servicio, y que los hospitales deben asegurarse de que existan proveedores que realicen los abortos.¹⁴⁰

Las estrategias de oposición socavan la agencia moral de las mujeres al ignorar sus conciencias y construirlas como seres vulnerables, por lo que se necesitan leyes que prohíban el aborto para protegerlas.¹⁴¹ Estas estrategias generan estereotipos perniciosos de las mujeres que buscan servicios de aborto como moralmente malas y sexualmente promiscuas.¹⁴² También perjudican a las mujeres al representarlas con estereotipos como personas incapaces de tomar decisiones de salud difíciles,¹⁴³ y afianzar estereotipos hostiles de mujeres que aún no desean ser madres.

Otro enfoque restrictivo que se intenta utilizar es el que emplea al derecho penal para estigmatizar a los proveedores de abortos, las mujeres y sus necesidades de atención médica, al asociarlos con valores negativos.¹⁴⁴ Estos valores negativos que los estigmatizadores intentan relacionar con las mujeres incluyen la promiscuidad y la inmoralidad.¹⁴⁵ Los valores negativos que los estigmatizadores intentan vincular a los proveedores son los típicamente asociados a asesinos y carniceros. ¿Qué lección se puede aprender de los esfuerzos por eliminar el estigma de personas con afecciones como las que tienen VIH/SIDA o epilepsia, y cómo se puede aplicar esta lección al combate contra el estigma de las mujeres con embarazos no deseados, o el de los proveedores de abortos?

139 - A. Bodnar «Case law concerning the lack of availability of services for termination of pregnancy in Poland,» in Nowicka W, ed. *Reproductive Rights in Poland*. Warsaw: Federation of Woman and Family Planning 2008, pp. 45-64.

140 - Ver nota 127.

141 - Ver nota 130.

142 - Rebecca Cook & Simone Cusack, *Gender Stereotyping-Transnational Legal Perspectives* (University of Pennsylvania Press, 2010) 85-89 (de próxima publicación en español).

143 - Carhart, ver nota 130; see Reva Siegel, «The Right's Reasons: Constitutional Conflict and the Spread of Woman-Protective Antiabortion Argument» (2008) 57 *Duke Law Journal* 1641-92.

144 - S. Burris, «Disease Stigma in Public Health Law and Research» (2002) 30 *J. L. Med. & Ethics* 179-190; A. Kumar, L. Hessini & E. Mitchell, «Conceptualizing Abortion Stigma» (2009) 11(6) *Culture, Health and Sexuality* 625-639.

145 - Ver nota 22.

La dinámica de la reforma de las leyes de aborto presenta épocas de reforma y épocas de contrarreforma. Se continúa utilizando el derecho penal para estigmatizar a las mujeres que procuran obtener servicios y a quienes los prestan. Se emplean las leyes relacionadas con la salud y la seguridad social para facilitar el acceso a servicios de aborto, incluyendo pastillas abortivas, pero también se utilizan para limitar el acceso a los servicios. Existe tensión entre quienes defienden una estrategia de reducción de daños para reducir la mortalidad y discapacidad ocasionadas por abortos no seguros, y quienes defienden la reforma de las leyes de aborto como reconocimiento de los derechos de las mujeres. Se usa cada vez más el derecho constitucional y de los derechos humanos para proteger la vida prenatal excluyendo los derechos de las mujeres.

Se sigue empleando el derecho de los derechos humanos regional e internacional para llenar vacíos en el orden constitucional nacional de los países, en particular en casos en los que ha habido muy poca o ninguna interpretación de las constituciones nacionales para proteger los derechos de las mujeres. Una investigación comparativa sobre el derecho¹⁴⁶ constitucional y de los derechos humanos¹⁴⁷ es una condición previa esencial para dar nuevo ímpetu a la aplicación de los derechos constitucionales. La investigación legal comparativa,¹⁴⁸ inclusive dentro de sistemas legales, como países de la Comunidad Británica de Naciones¹⁴⁹ o francófonos¹⁵⁰ o regiones geográficas, como América Latina¹⁵¹ o África,¹⁵² resultaría especialmente útil para facilitar el debate y la investigación en esos sistemas o regiones.

146 - Ver, en general, Vicki C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (2006) 261-220.

147 - Ver, en general, C. Zampas and J.L.Gher, «Abortion as a Human Rights: International and Regional Standards», *Human Rights Law Review* 8 (2008): 2.

148 - Victoria Law Reform Commission, *Law of Abortion: Final Report 2008*, Online at: http://www.lawreform.vic.gov.au/wps/wcm/connect/justlib/law+reform/home/completed+projects/abortion/lawreform+-+law+of+abortion_+final+report

149 - R. J. Cook & B. M. Dickens, *Abortion Laws in Commonwealth Countries* (Geneva: World Health Organisation, 1979).

150 - B. Knoppers & I. Brault, *La Loi et L'Avortement dans les Pays Francophone*, Montreal: Les Editions Themis, 1989; B. Knoppers, I. Brault, E. Sloss, «Abortion Law in Francophone Countries» (1990) 38 *American J. of Comparative Law* 889-922.

151 - Violeta Bermúdez, *Estudio Comparativo de La Regulación Jurídica del Aborto en América Latina y el Caribe* (Lima: CLADEM, 1997).

152 - Charles Ngwena, «Inscribing Abortion as a Human Right: Significance of the Protocol on the Rights of Women in Africa» *Human Rights Quarterly* de próxima publicación en 2010.

La serie Cuadernos de Aportes al debate sobre salud, ciudadanía y derechos es una contribución de MYSU -Mujer Y Salud en Uruguay- al tratamiento público de temas de interés colectivo.

Se enmarca en la misión institucional y en la visión feminista de promover los derechos humanos, desde una perspectiva de equidad de género y generaciones.

Este esfuerzo es posible gracias al apoyo de International Women's Health Coalition (IWHC) que, con su compromiso y vocación internacionalista, contribuye al trabajo de las organizaciones sociales, en los diversos lugares del planeta, para avanzar en el reconocimiento y respeto de las mujeres como ciudadanas plenas.