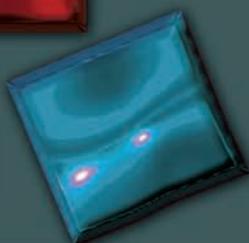
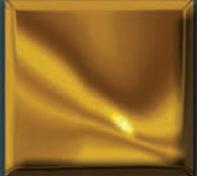


# Causal Salud



interrupción  
legal del  
embarazo,  
ética y  
derechos  
humanos





# Causal Salud

interrupción  
legal del  
embarazo,  
ética y  
derechos  
humanos

*Coordinación general:*  
Ana Cristina González Vélez

*Asistente:*  
Juanita Durán

*Edición técnica:*  
Adriana Ortega Ortiz  
Silvina Ramos

Esta publicación está disponible en internet en diversas páginas web:  
[www.andar.org.mx](http://www.andar.org.mx); [www.despenalizaciondelaborto.org.co](http://www.despenalizaciondelaborto.org.co)

El texto completo de este libro, así como las diversas fuentes que fueron revisadas para su elaboración, se encuentran en el CD que acompaña esta publicación, junto con información adicional relevante sobre el tema.

Producción y realización: **Cotidiano Mujer**

Diseño y diagramación: **glyphosxp**

Primera Edición: agosto de 2008

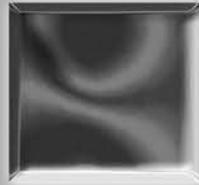
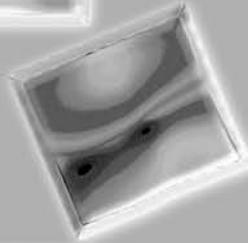
D.L.: 345.477/08

ISBN: 978-9974-7717-8-9

© La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres y la Alianza Nacional por el Derecho a Decidir.

*Cualquier parte de esta publicación puede ser copiada, reproducida, distribuida o adaptada sin permiso previo de las y los autores o editoras, siempre y cuando quien se beneficie de este material no lo copie, reproduzca, distribuya o adapte con propósitos de ganancia comercial y que las y los autores reciban crédito como la fuente de tal información en todas las copias, reproducciones, distribuciones y adaptaciones de material. **La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres** y la **Alianza Nacional por el Derecho a Decidir** agradecería recibir una copia de cualquier material en el que esta publicación sea utilizada.*

# Causal Salud



interrupción  
legal del  
embarazo,  
ética y  
derechos  
humanos



alianza nacional  
**andar**  
por el derecho a decidir



*Este libro es el resultado del trabajo colectivo de las siguientes organizaciones:*

Alianza Nacional por el Derecho a Decidir (Católicas por el Derecho a Decidir; Equidad de Género, Ciudadanía, Trabajo y Familia; Grupo de Información en Reproducción Elegida, GIRE; Ipas México, Population Council México); Anis–Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Asociación obstétrica del Uruguay; Campaña por una Convención Interamericana de los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos; Campaña 28 de septiembre, día por la despenalización del aborto en América Latina y El Caribe; Centro Latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos/CLAM; Center for Reproductive Rights/CRR; Centro de Estudios de Estado y Sociedad/CEDES; Centro de Atención Integral a la Pareja/CIPA; Consorcio Latinoamericano contra el aborto inseguro/CLACAI; Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, CLADEM; Federación Latinoamericana de Sociedades de Ginecología y Obstetricia/FLASOG; Federación Internacional de Planificación de la Familia/Región Hemisferio Occidental (IPPF/RHO); Fundación ESAR; La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres (Católicas por el Derecho a Decidir/Colombia, Corporación Humanas, Grupo de Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, Fundación Oriéntame, Red Nacional de Mujeres, Women’s Link Worldwide, Isabel Agatón, Raquel Sofía Amaya, Ximena Castilla, Claudia Gómez, Ana Cristina González Vélez, Beatriz Linares, Florence Thomas); Human Rights Watch; Pathfinder International; Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe.



*Agradecemos a todas las personas que con su compromiso y conocimientos hicieron posible esta publicación:*

Alfonso Carrera, Ana María Camarillo, Aníbal Faúndes, Aidé García, Agustín González, Ana Cristina González, Angela Heimbürger, Ana Labandera, Adriana Ortega Ortiz, Beatriz Quintero, Blanca Rico, Carmen Amezcua, Cecilia Barraza, Cecilia Olea, Camila Umaña, Cristina Villarreal, Débora Diniz, Enrique Ezcurra, Elsa Pérez Paredes, Fernanda Díaz de León, Florance Thomas, Giselle Carino, Gillian Fawcett García, Helena Acosta, Jeniffer Paine, Juan Carlos Vargas, Justa Montero, Juanita Durán, Katia Soarez, Katherine Romero, Leticia Cuevas, Luisa Cabal, Lilian Sepúlveda, Luis Távara Orozco, María Luisa Heilborn, Marcelo Medeiros, María Consuelo Mejía, Marina Padilla de Gil, María Isabel Plata, Miguel Gutiérrez Ramos, María Eugenia Romero, Mariana Romero, María Luisa Sánchez, Marieke G. van Dijk, Paola Bergallo, Raymundo Canales, Raffaella Schiavon, Susana Chávez, Susana Chiarotti, Sandy G. García, Silvina Ramos, Viviana Bohórquez.



# Índice

Resumen Ejecutivo .....	15
Introducción .....	21
Nota metodológica .....	23
Documento de Posición .....	27
1. La causal salud en el marco de los derechos humanos y otros conceptos relacionados .....	29
a. El derecho a la protección de la salud .....	29
b. El derecho a la salud en interdependencia con la vida .....	31
c. El derecho a la salud y los derechos a la libertad, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y la información .....	32
d. Derecho a la salud y los derechos a la intimidad y a la privacidad .....	33
e. El derecho a la salud y el derecho a la dignidad humana y a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes .....	34
f. El derecho a la salud y el derecho a la pluralidad de creencias .....	35
g. Protección de la salud y bienestar .....	36
h. El derecho a la salud y los determinantes sociales de la salud .....	36
2. Dimensiones del derecho a la salud .....	38
a. Dimensión física de la salud .....	42
b. Dimensión mental de la salud .....	44
c. Dimensión social de la salud .....	47
3. Principios a considerar en la aplicación de la causal salud .....	51
a. Respeto y protección .....	52
b. Cumplimiento .....	53
c. Igualdad y equidad .....	54
d. No discriminación .....	56
4. Consideraciones éticas .....	57
a. Respeto de la autonomía y consentimiento informado .....	57
b. Principios de no maleficencia y beneficencia .....	60
c. Justicia .....	62
d. Principio de objetividad y objeción de conciencia .....	63
e. La garantía de la confidencialidad en los servicios .....	65

5. Criterios de interpretación de la causal salud .....	66
a. Interpretación amplia de los derechos y restrictiva de las prohibiciones .....	67
b. Los instrumentos internacionales de derechos humanos .....	68
c. Interpretación literal .....	69
d. Interpretación sistemática .....	70
e. Coexistencia de causales .....	70
6. Criterios para resolver conflictos .....	71
a. La protección del derecho a la salud como bienestar .....	72
b. El derecho a la autonomía de la mujer .....	72
c. Las decisiones o conceptos arbitrarios .....	74
d. La práctica médica debe ser respetuosa del ordenamiento jurídico .....	75
Nota final .....	78
Bibliografía seleccionada .....	80
Documento de Fundamentación .....	83
Introducción .....	85
1. La causal salud en el marco de los derechos humanos y otros conceptos relacionados .....	90
a. El derecho a la protección de la salud .....	90
b. Derecho a la salud en interdependencia con la vida .....	98
c. El derecho a la salud y los derechos a la libertad, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y la información .....	100
d. Derecho a la salud y los derechos a la intimidad y a la privacidad .....	106
e. El derecho a la salud y el derecho a la dignidad humana y a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes .....	109
f. El derecho a la salud y el derecho a la pluralidad de creencias .....	112
g. Protección de la salud y bienestar .....	115
h. El derecho a la salud y los determinantes sociales de la salud .....	117
2. Dimensiones del derecho a la salud .....	121
a. Dimensión física de la salud .....	130
b. Dimensión mental de la salud .....	135
c. Dimensión social de la salud .....	144
3. Principios a considerar en la aplicación de la causal .....	158
a. Respeto y protección .....	158
b. Cumplimiento .....	164
c. Igualdad y equidad .....	169
d. No discriminación .....	176
4. Consideraciones éticas .....	179
a. Respeto de la autonomía y consentimiento informado .....	180
b. Principios de no maleficencia y beneficencia .....	187
c. Justicia .....	194
d. Principio de objetividad y objeción de conciencia .....	195
e. La garantía de la confidencialidad en los servicios .....	206
5. Criterios de interpretación de la causal salud .....	209
a. Interpretación amplia de los derechos y restrictiva de las prohibiciones ...	209
b. Los instrumentos internacionales de derechos humanos .....	214
c. Interpretación literal .....	218
d. Interpretación sistemática .....	221

e. Coexistencia de causales.....	224
6. Criterios para resolver conflictos .....	226
a. La protección del derecho a la salud como bienestar .....	226
b. El derecho a la autonomía de la mujer .....	228
c. Las decisiones o conceptos arbitrarios.....	232
d. La práctica médica debe ser respetuosa del ordenamiento jurídico.....	233
Nota final .....	241
Fuentes citadas .....	244
Bibliografía completa .....	260
Anexo .....	275

















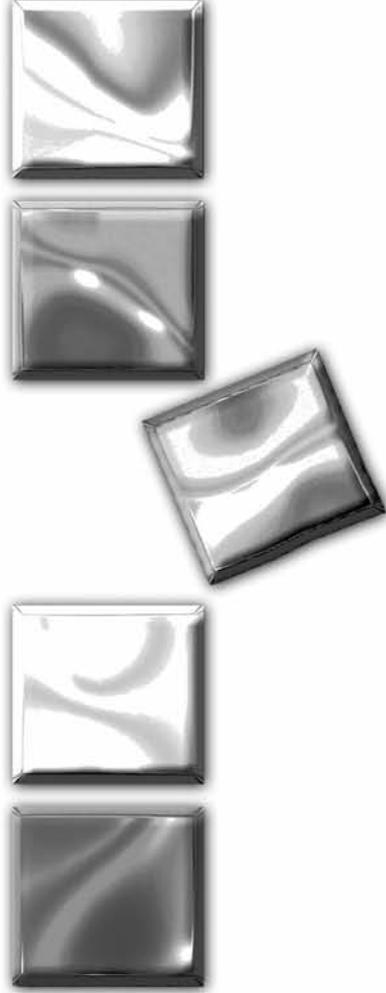












# Documento de Posición





























### a. Dimensión física de la salud<sup>37</sup>

Cuando se trata de salvar la vida o preservar la salud de las mujeres, se menciona comúnmente el aborto terapéutico. En su acepción más amplia, el aborto terapéutico se puede llevar a cabo para: 1) salvar la vida de la mujer, 2) preservar la salud de la mujer en sus dimensiones física, mental y social 3) interrumpir un embarazo que puede terminar en el nacimiento de un feto con defectos incompatibles con la vida o asociados con una elevada morbilidad por malformaciones genéticas o congénitas graves, entre otras.

La consideración del riesgo o afectación de la salud es un elemento clave para prevenir la enfermedad y el daño. La habilidad para definir la situación es difícil por la naturaleza subjetiva de las decisiones que tienen que ver con la morbilidad y mortalidad potencial en las mujeres embarazadas, a excepción de las situaciones agudas y críticas. Una variedad de condiciones médicas tienen la potencialidad de afectar la salud de las mujeres embarazadas y causar complicaciones que pueden amenazar su vida. Por lo tanto, las mujeres que pueden requerir una interrupción del embarazo por razones de salud, pueden ser identificadas en cualquier momento del mismo. En general, el embarazo de alto riesgo es aquel en que la mujer, el feto o el recién nacido tienen o pueden llegar a tener un riesgo de morbilidad o mortalidad mayor que el riesgo promedio de la población sea antes, durante o después del parto. Por esta razón, **la decisión sobre la interrupción legal del embarazo debe tomarse individualmente con cada paciente.**

A continuación, se presentan los factores que deben ser considerados para la determinación del riesgo o afectación de la salud en su dimensión física:

**Factores de vulnerabilidad:** factores físicos que pueden condicionar la aparición de una afectación de salud, como:

- enfermedades genéticas crónicas;
- malformaciones físicas;
- enfermedades padecidas en la niñez o antes del embarazo;
- historia familiar o cualquier característica que predisponga a la mujer a sufrir enfermedades que afecten su integridad física;
- tratamiento inadecuado de enfermedades padecidas, malos hábitos alimenticios o estilos de vida no saludables, ente otros.

**Factores de precipitación:** los cambios fisiológicos que se producen durante la gestación normal pueden agravar un proceso patológico en la mujer embarazada. Además, el embarazo en sí mismo puede resultar un factor precipitante de una enfermedad. Constituyen factores de precipitación:

- las complicaciones médicas del embarazo, pues tienen efectos adversos sobre la salud de la mujer;
- la necesidad de interrumpir un tratamiento médico para una enfermedad que se padecía y estaba controlada o tratada, pues esta situación condiciona el deterioro en la salud de la mujer;
- la adquisición de ciertas enfermedades durante el embarazo que en otra situación no serían riesgosas;

---

<sup>37</sup> Ver documento de fundamentación página 130.



















### a. Respeto y protección<sup>51</sup>

De acuerdo con las obligaciones de respeto y protección, **los Estados –incluidos todos los agentes públicos y privados del sistema de salud en cada país– tienen la obligación de no obstaculizar –directa o indirectamente– el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, entre ellos, el derecho a la salud y de garantizar que terceros no obstaculicen estos derechos.**

Este tipo de deberes prohíbe al Estado realizar intromisiones arbitrarias e ilegítimas en la esfera privada de la vida de las mujeres que restrinjan o nieguen su acceso a interrupciones seguras<sup>52</sup> del embarazo por razones de salud, cuando esta práctica está permitida por la ley, y exige que el Estado evite esas intromisiones cuando éstas provienen de terceros –agentes privados<sup>53</sup>.

Igualmente, los Estados deben garantizar: (i) la eliminación de interferencias arbitrarias en el acceso a los servicios integrales (bien sea para interrumpir o para continuar el embarazo), (ii) el acceso igualitario de todas las mujeres a servicios integrales (interrupción oportuna y prevención de complicaciones) y, (iii) la provisión de toda la información que sea necesaria para que la causal salud sea aplicada equitativamente, es decir, considerando las diferencias propias de las distintas mujeres.

La expresión «toda la información» abarca la explicación de los riesgos asociados al embarazo y las consecuencias potenciales de su continuación, por parte del profesional de la salud a las mujeres.

El **principio de legalidad** deriva de los principios de respeto y protección. Los deberes asociados con la legalidad implican la no exigencia o solicitud de requisitos adicionales, diferentes a los definidos en las normas legales (por ejemplo, la solicitud de una autorización judicial para la interrupción legal de un embarazo por riesgo para la salud), ni condicionar la práctica a la obtención de este tipo de autorización. Estas situaciones vulnerarían la legalidad, así como también el derecho a la autonomía de la mujer, además de aumentar el riesgo para su salud.

De conformidad con el principio de legalidad, **cuando se requiera un certificado médico, debe entenderse que este requisito no tiene como fin autorizar o condicionar la práctica de la ILE, sino constatar la existencia del riesgo de posible afectación de la salud relacionada directa o indirectamente con el embarazo.** Este principio supone también que las dilaciones, las prácticas disuasivas, la subestimación de los riesgos asociados con el embarazo, la descalificación de la decisión de la mujer, la negativa de atención médica en caso de ILE por razones de salud, son legal y éticamente inaceptables. Las interpretaciones restrictivas de la causal salud, por cuanto son contrarias a la protección efectiva de los derechos humanos y a los tratados internacionales vinculantes para los Estados, son también violaciones al principio de legalidad.

<sup>51</sup> Ver documento de fundamentación página 158.

<sup>52</sup> Para un ejemplo ilustrativo de esta situación ver documento de fundamentación página 158 y 159.

<sup>53</sup> La privatización del sector salud no puede representar una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención relacionados con la ILE. En este sentido, el sector privado debe acogerse a las exigencias de la prestación del servicio público de salud acatando la función de rectoría del Estado.



mas por parte de los profesionales de la salud es un deber jurídico. Otras obligaciones de cumplimiento son:

- garantizar el acceso igual entre los grupos poblacionales a servicios oportunos de ILE que impidan daños a la salud y eviten riesgos para la integridad personal de las mujeres;
- reconocer y responder a las necesidades concretas de las mujeres vulnerables o marginadas en razón de su ubicación geográfica (ej. mujeres rurales), edad (ej. adolescentes), raza o etnia (ej. mujeres afro–descendientes o indígenas), o cualquier otra condición que implique potencial discriminación;
- ofrecer servicios culturalmente apropiados y aceptables<sup>58</sup>;
- garantizar la existencia de servicios de salud de distintos niveles de complejidad (nivel primario, secundario y terciario) y que éstos se adecuen a las necesidades específicas de las mujeres;
- contar con profesionales de la salud debidamente entrenados y especialistas cuando sean necesarios;
- proveer la mejor tecnología disponible;
- definir claramente los sistemas de referencia y contrarreferencia.

**En relación con la causal salud, su no aplicación y las posibles implicaciones derivadas de este incumplimiento, ya sea en la vida o la salud de las mujeres, son violatorias del derecho a la protección de la salud, entre otros derechos humanos.**

### c. Igualdad y equidad<sup>59</sup>

La igualdad se reconoce tanto desde el punto de vista formal como desde la igualdad material. El carácter formal de la igualdad implica que todas las personas tienen los mismos derechos y deberes sin distinción de raza, sexo, orientación sexual, edad, idioma, credo, o condición de salud y por lo tanto que **todas las mujeres pueden acceder por igual a los servicios de ILE en razón de la causal salud.**

En su dimensión material, la igualdad **exige que se adopten medidas adecuadas para atender las necesidades diferentes de las mujeres y de los diferentes grupos de mujeres**, brindando por ejemplo, servicios amigables a las adolescentes, o proporcionando información en distintos idiomas y en un lenguaje que resulte comprensible de acuerdo con el universo cultural de cada una. Es decir, prever y prestar atención diferenciada para todos los grupos que requieren atención especial: mujeres indígenas, adolescentes, mujeres con discapacidad, migrantes, en situación de pobreza, indigentes, desplazadas, mujeres que viven con VIH–SIDA, entre otras.

<sup>58</sup> Cuando hablamos de apropiados culturalmente, partimos de reconocer la diversidad que se origina en grupos sociales (subculturas) definidos en torno a patrones culturales, que pueden generar exclusión. Estas subculturas se definen, bien sea por la pertenencia a un grupo étnico (indígenas, afrodescendientes, gitanas), a un grupo poblacional (adolescentes), a un grupo social (desplazadas, migrantes) o a una identidad (orientaciones sexuales diversas). Como se ha reconocido ampliamente, hay una relación importante entre estas diversas poblaciones o grupos culturales y la exclusión, lo que puede convertirse en una barrera de acceso para la atención en salud. Confróntese con el original en el documento de fundamentación página 168.

<sup>59</sup> Ver documento de fundamentación página 169.















































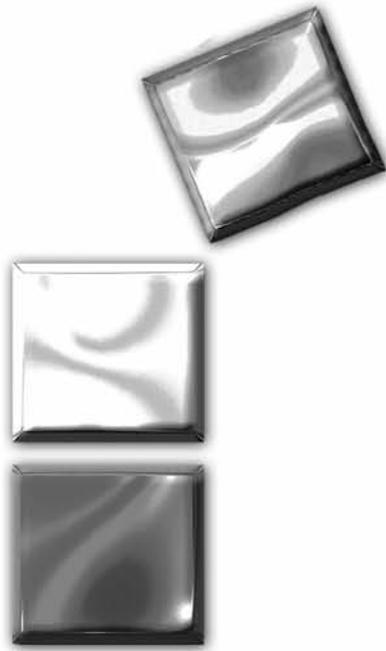












Documento  
de Fundamentación



## Introducción

El contexto en el cual una sociedad adopta la decisión de proteger el derecho de las mujeres a la salud, introduciendo la permisión legal para la interrupción del embarazo basada en que la misma está puesta en riesgo, varía en cada país. En algunos de estos países, la decisión es adoptada por el legislador; en otros, son las autoridades judiciales quienes deciden a favor de la protección de la salud de las mujeres. La mayoría de estas decisiones, sobre todo las más recientes, acuden a una técnica jurídica que se conoce como ponderación. Esta ponderación valora la prevalencia que puede adquirir un derecho en determinadas circunstancias, o frente a otros intereses o derechos. Al valorar la inclusión de la causal salud, los legisladores o las cortes constitucionales de cada país, establecen la prevalencia de los derechos de las mujeres frente al interés del Estado en proteger la vida en gestación.

Si bien la causal salud genera múltiples discusiones, entre ellas de interpretación acerca de su aplicabilidad en casos concretos, acerca de su alcance y de su contenido, entre otros, es importante resaltar que en aquellos países en los cuales se encuentra prevista en el **ordenamiento jurídico, se debe reconocer que esta representa la decisión de una sociedad de proteger los derechos de las mujeres y que este resultado sólo puede ser modificado por las autoridades previstas para ello.**

Para ilustrar la manera en que las decisiones de las autoridades de consagrar la causal salud representan un balance acerca de los derechos, principios y valores de la sociedad que debe ser respetado, como cualquier otra norma jurídica, se presentan a continuación, algunos ejemplos. Esta discusión, que no es el centro de este documento, se ubica en un primer plano con el fin de resolver a lo largo del texto discusiones que no son relevantes para aquellos países en los que está permitida la ILE cuando se trate de proteger la salud de las mujeres.

En **Colombia**, el legislador había adoptado desde 1999, de acuerdo a la tradición del país, normas que penalizaban completamente el aborto, y sólo permitían que las au-

toridades judiciales que procesaban a las mujeres inaplicaran la pena de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. En el año 2006, la Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de estas normas, para determinar si esta medida afectaba desproporcionadamente los derechos de las mujeres. Se trataba entonces, en ese caso, de que la Corte Constitucional evaluara si la norma proferida por el legislador era producto de un balance acorde con los derechos y principios previstos en la Constitución.

La conclusión de la Corte Constitucional fue que la norma diseñada por el legislador era el resultado de una inadecuada ponderación de los derechos previstos en la Constitución, que según esa misma entidad, tenía en un extremo el interés del estado en proteger la vida en gestación (que no era propiamente un derecho) y en el otro, los derechos fundamentales de las mujeres (vida, salud, libertad, autonomía y dignidad, entre otros).

Señaló la Corte(1):

*«(...) si el legislador decide adoptar disposiciones de carácter penal para proteger determinados bienes constitucionalmente relevantes, debido a la gravedad de este tipo de medidas y a su potencialidad restrictiva de la dignidad humana y de la libertad individual, su margen de configuración es más limitado. En el caso del aborto se trata sin duda de una decisión en extremo compleja porque este tipo penal enfrenta diversos derechos, principios y valores constitucionales, todos los cuales tienen relevancia constitucional, por lo que definir cuál debe prevalecer y en qué medida, supone una decisión de hondas repercusiones sociales, que puede variar a medida que la sociedad avanza y que las políticas públicas cambian, por lo que el legislador puede modificar sus decisiones al respecto y es el organismo constitucional llamado a configurar la respuesta del Estado ante la tensión de derechos, principios y valores constitucionales.*

*Por una parte están diversos derechos, principios y valores constitucionales en cabeza de la mujer gestante, a los cuales se hizo extensa alusión en acápite anteriores, tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, e incluso su integridad y su propia vida, cada uno con sus contenidos específicos; por el otro, la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional que debe ser protegido por el legislador. Cuál debe prevalecer en casos de colisión es un problema que ha recibido respuestas distintas a lo largo de la historia por los ordenamientos jurídicos y por los tribunales constitucionales.*

*En el caso concreto, el legislador colombiano decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación. (...) dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales.*

*Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.*

*(...) Se trata también de aquellos eventos en los cuales está amenazada la salud y la vida de la mujer gestante, pues resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación. En efecto, si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de*

*la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propio de la madre respecto de la salvaguarda del embrión.*

*Como ha sostenido esta Tribunal en reiteradas ocasiones, el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos(2) y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aun cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido, máxime cuando existe el deber constitucional en cabeza de toda persona de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud, al tenor del artículo 49 constitucional.»*

En **Costa Rica**, en cambio, el legislador había previsto la excepción de la causal salud para el delito de aborto. La demanda en ese caso se orientaba a que se declarara que la norma era contraria a la Constitución por no proteger de manera suficiente el derecho a la vida del feto al otorgar prelación a un derecho de menor jerarquía como era el derecho a la salud de las mujeres. La Corte Constitucional de Costa Rica fue clara al reconocer que en ese caso su labor se orientaba a corregir la ponderación efectuada por el legislador. Contrario a lo planteado por el demandante, para este tribunal no se trataba de derechos jerarquizables, sino de derechos del mismo peso, los de las mujeres y los del feto, aunque sin embargo, era adecuada la preeminencia de los derechos de las mujeres, dado que una decisión diferente necesariamente lesionaría su dignidad y, en consecuencia, su vida.

*«Otro punto discutido por el accionante es el relacionado con la figura contenida en el artículo 121 del Código Penal que recoge lo que en doctrina se conoce como el aborto terapéutico y que señala que no será punible el aborto que se practique con el consentimiento de la mujer por un médico –o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero– si dicha acción se realiza con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y dicho peligro no pudo ser evitado por otros medios. El recurrente solamente se limita a reclamar la inconstitucionalidad de aquella parte que deja sin punir el aborto practicado para evitar un peligro en la salud de la mujer, de manera que solo sobre ella se pronuncia la Sala. Al respecto, tal y como lo señala la Procuraduría en su informe, lo que está en juego aquí es la corrección de la decisión tomada por el legislador en lo referente a la penalización de una conducta y el eje de la tesis del accionante es que se ha preferido un bien jurídico de menor jerarquía como la salud frente a otro de mayor jerarquía como lo es la vida. Sin embargo, y en consonancia con la doctrina y legislación comparada sobre el tema, debe anotarse que cuando se habla de un peligro para la salud de la madre, se trata de una amenaza grave y seria que aún cuando no pone directamente en riesgo su vida (caso en que sería de aplicación el otro supuesto normativo), representa un peligro de lesión a su dignidad como ser humano de tal magnitud que –por ello mismo– el cuerpo social no está en situación de exigirle que la soporte, bajo la amenaza de una penalización. Es necesario entender entonces que la exclusión de penalidad operará entonces en el caso de darse una confrontación de dos bienes jurídicos y dos valores constitucionales, no de diferente rango, sino de rango equivalente. En tal supuesto– cuyas variables concretas la Sala no puede ni debe enlistar en abstracto sino que corresponde verificar y declarar a las autoridades judiciales competentes– no resulta en absoluto desacertado ni menos*

*aún inconstitucional que el legislador se haya abstenido de sancionar la preferencia que se haga por la salud la mujer, si esta va a resultar gravemente lesionada por el embarazo al grado de verse afectado, también de forma grave, su dignidad como ser humano y eventualmente su vida. Con esta perspectiva, para la Sala resultan conciliados el texto normativo impugnado y las nociones de derecho constitucional aplicables a la función punitiva del Estado, tal y como ésta fueron descritas más arriba, de tal manera que no existe ninguna colisión irreconciliable que amerite la anulación de la norma discutida.»(3)*

En **Alemania** el aborto estaba penalizado hasta 1975, cuando se emitió una norma que establecía un sistema de libertad durante las primeras doce semanas, con algunas condiciones, y después de la duodécima semana, un sistema de causales. Si bien la norma fue declarada inexecutable por la manera en la que estaba redactada, el Tribunal reconoció el impacto profundo que el embarazo genera en la salud y la vida de las mujeres y la inexigibilidad de continuar el embarazo en muchos casos en razón de estas especiales circunstancias, dejando vigente el sistema de causales y reconociendo que el legislador podía en todo caso regular nuevamente la materia

Con posterioridad a esa decisión, esa misma corte ha proferido otras que en esencia, han reiterado lo allí señalado:

*«La obligación del Estado de proteger la vida en gestación (...) existe incluso en contra de la voluntad de la mujer. El uso del derecho penal en estas situaciones genera, sin embargo, problemas especiales, dada la situación singular de la mujer embarazada. Los profundos efectos de un embarazo sobre la condición física y psíquica de una mujer son perceptibles para todos y no requieren de mayor descripción. Ellos significan frecuentemente un cambio considerable del estilo de vida de la mujer y una limitación de sus posibilidades de desarrollo personal. Esta carga no siempre es compensada – y nunca lo será de manera total – a través de las satisfacciones que recibe la mujer a través de su labor de madre ni a través del derecho de la mujer de contar con la asistencia de la comunidad. En los casos concretos se pueden presentar conflictos graves, que incluso pueden amenazar la vida de la mujer. El derecho del feto a la vida puede llegar a constituir para la mujer una carga que va mucho más allá de las molestias relacionadas normalmente con el embarazo. Por eso surge la pregunta acerca de hasta qué punto puede en estos casos el Estado exigirle a la mujer que lleve su embarazo hasta el final, e incluso amenazarla con la sanción penal para lograr ese objetivo. Aquí colisionan el respeto por la vida del que está por nacer y el derecho de la mujer a que no se lo exija más allá de la medida razonable el sacrificio de sus valores vitales para satisfacer el interés del que nacerá. En un conflicto de este tipo, que por lo general no permite ninguna valoración moral clara y en el que la decisión de interrumpir el embarazo puede adquirir el carácter de una decisión de conciencia respetable, el Legislador está obligado a mantener una posición de respeto. Si en estos casos el Legislador estima que la conducta de la mujer embarazada no es digna de una sanción penal y, por lo tanto, renuncia a ella, debe entenderse que ello es consecuencia de la ponderación que le corresponde hacer al Legislador.*

(...)

*No se puede exigir la continuación del embarazo especialmente cuando está demostrado que su interrupción es necesaria para evitarle a la mujer «un peligro para su*

*vida o el peligro de una afectación grave de su salud» (art. 218.1 del Código Penal en la versión de la Quinta Ley para su Reforma). En este caso está en juego su propio «derecho a la vida y a la integridad personal» (art. 2, inciso 2 de la Ley Fundamental), y no se puede esperar que este derecho sea sacrificado por la vida del que está por nacer. Además, puede el Legislador determinar que la interrupción del embarazo no será sancionada penalmente en otras circunstancias que constituyen cargas excesivas para la mujer y que tienen un peso similar a los hechos descritos en el art. 218.1, razón por la cual no podría exigírsele la interrupción del embarazo. Dentro de estas circunstancias cabe considerar los casos contenidos en el proyecto presentado por el Gobierno al Parlamento en el 6º. período, que fueron objeto del debate público y de la discusión parlamentaria, referidos a la indicación eugenésica (art. 218.2 del Código Penal), a la indicación ética (criminológica) y a la indicación social o de necesidad para la interrupción del embarazo. El representante del Gobierno federal explicó en los debates del comité especial para la reforma penal (...), en forma detallada y con argumentos convincentes, por qué en estos cuatro casos de indicaciones no puede ser exigida la continuación del embarazo. El criterio decisivo es que en todos estos casos aparece en forma contundente otro interés merecedor de la protección constitucional, de tal manera que el orden jurídico no puede exigir de la mujer que, en todo caso, le asigne prioridad al derecho del que está por nacer.*

*«También la indicación sobre la situación general de necesidad (indicación social) puede ser catalogada dentro de esos casos. La situación general de necesidad de la mujer y de su familia puede producir conflictos de tal envergadura que no se puede obligar a la mujer, a través de la amenaza penal, que se sacrifique en aras del que está por nacer, más allá de una medida determinada.(...)»(4)*

La interrupción del embarazo por la causal salud es legal en muchos países de la región desde hace varias décadas, así por ejemplo en Argentina se permite desde 1921 (artículo 86 del Código Penal), en Brasil desde 1940 (artículo 128 del Código Penal), en Bolivia se permite desde 1972 (artículo 266 del Código Penal), en Panamá desde 1982 (artículo 144 del Código Penal). Lo anterior muestra que si bien la interrupción del embarazo es legalmente vigente, su aplicación práctica es marginal, debido a interpretaciones restrictivas de los conceptos de riesgo y salud, o a la escasa solicitud de las mujeres, desalentadas por las barreras que deben enfrentar en su acceso a los servicios. Esta situación obliga a muchas de ellas a optar por servicios y procedimientos inseguros que con frecuencia ponen en riesgo su salud y su vida. Este documento pretende que las leyes se cumplan y que la causal salud opere adecuadamente para contribuir a la protección y vigencia efectiva de los derechos humanos de las mujeres.

Avanzar en la comprensión del alcance de la causal salud en el contexto de los derechos humanos y la construcción de herramientas para interpretarla adecuadamente puede ser un cambio significativo para hacer efectiva la causal, partiendo del reconocimiento de que no se trata de una práctica nueva ni recientemente adoptada en las legislaciones de la región.

En el presente capítulo se revisará el alcance del derecho a la salud y su relación con otros derechos de alta relevancia en la aplicación de la causal salud. A todos los derechos que serán revisados a continuación corresponden tres tipos de obligaciones de parte de los Estados y relacionadas con la estructura de protección de los derechos: (i) obligaciones de respeto, que son aquellas que implican la no interferencia por parte del Estado en el

goce efectivo de los derechos; (ii) obligaciones de protección, que obligan a los Estados a impedir que terceros violen o intervengan en el ejercicio de los derechos humanos y (ii) obligaciones de cumplimiento (garantía), que se dirigen a la adopción de legislación y políticas públicas que favorezcan el ejercicio efectivo de los derechos humanos. Así mismo, a todos estos derechos puede atribuírseles: a) universalidad (pertenecen a todas las personas por el hecho de serlo, independiente de cualquier condición), b) inalienabilidad (no se puede renunciar a ellos)<sup>(5)</sup> y c) interdependencia (se encuentran estrechamente relacionados entre ellos de manera que deben ser interpretados en conjunto)<sup>(6)</sup>.

## 1. La causal salud en el marco de los derechos humanos y otros conceptos relacionados

### a. El derecho a la protección de la salud<sup>1</sup>

La importancia de abordar el derecho a la protección de la salud desde el marco de los tratados e instrumentos internacionales, radica en que imprime a los derechos y obligaciones derivados del mismo todo el carácter vinculante del derecho internacional de los derechos humanos. Así, la protección de la salud es una obligación para los Estados de América Latina y el Caribe que han suscrito los tratados internacionales citados en este texto. Si bien el reconocimiento del derecho a la protección de la salud, como se verá más adelante, estuvo presente desde los instrumentos internacionales suscritos en la segunda posguerra, ha sido consagrado de diversas maneras. En algunos casos se refiere simplemente a la salud, en otros casos se reconoce la salud física y mental, y en otros la salud física, mental y social.

Esta expansión en el reconocimiento de las diferentes dimensiones de la salud no ha sido cronológica. Es posible encontrar cualquiera de las definiciones en cada momento histórico, desde la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, es claro que como tendencia prevalece el concepto que reconoce las tres dimensiones expresamente. Por otra parte, en principio, tampoco se trata de un aumento progresivo del ámbito de protección, ya que cuando se habla de salud, simplemente, no se protege menos sino que no se distinguen los ámbitos de protección aunque allí estén presentes. Con todo, la distinción es importante, sobre todo para la dimensión mental y social de la salud pues que en la práctica, no siempre se han reconocido explícitamente los factores sociales y mentales como componentes de ésta, aunque se consideren comprendidos en las definiciones en forma general.

<sup>1</sup> La razón por la que se habla de derecho a la protección de la salud en lugar de derecho a la salud es que la salud en sí misma no puede ser garantizada, sólo el acceso a servicios adecuados, que permitan proteger la salud. Para ver este debate en México: Elizondo Mayer-Serra C. El derecho a la protección de la salud. *Salud Pública Mex* 2007;49:144–155: «En el caso del derecho a la salud, tras un largo debate, no se utilizó simplemente el término derecho, como en el caso de educación, sino derecho a la protección, en la medida en que la salud no puede ser garantizada, sólo el acceso a los servicios médicos. Con todo, no son tan distintos ambos derechos, pues no basta el acceso a los servicios de educación para tener educación o una educación adecuada. Se necesita una educación de calidad y pertinente.»

El criterio de organización para esta descripción de la consagración del derecho a la salud en los diferentes instrumentos internacionales, es la forma en la que en éstos, se define el derecho. En el anexo, cuadro dos, se describe esquemáticamente la manera en la que éste, y otros derechos estudiados en el capítulo, se encuentran previstos en los instrumentos internacionales. Para empezar, el derecho a la salud es reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>2</sup>, desde una perspectiva que va más allá de la ausencia de enfermedad, y aunque se refiera sólo a la salud en términos generales, lo hace en articulación con otros derechos: *«Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.»*

Unas décadas después, se adoptó una redacción similar para éste derecho utilizando simplemente el término salud y sin distinguir sus dimensiones. Se trata de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. En ambas se reconoce el derecho a la salud en términos generales aunque asociado a los respectivos factores de discriminación que se combaten en las convenciones. En el primer caso se señala: *«Artículo 11. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer... a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: (...) f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.»* En el segundo caso: *«Artículo 5. En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (...) e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: (...) iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales (...)»*.

De manera reciente, la Convención sobre los Derechos del Niño, que protege los derechos de las adolescentes, también adoptó una definición del derecho a la salud que no distingue los ámbitos de protección: *«Artículo 24. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se*

---

<sup>2</sup> Las notas de vigencia de las declaraciones, pactos, convenciones, documentos de protección regional y documentos de conferencias en las cuales se establece el derecho a la salud u otros derechos relevantes para la interpretación de la causal salud, citadas en este documento, se encuentran en el Anexo Cuadro 2. Derechos relevantes para la interpretación de la causal salud en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos sociales, económicos y culturales, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Convención Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención Eliminación de todas las formas de discriminación racial, Convención para la eliminación de la tortura, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo Adicional Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales «protocolo de San Salvador», Carta Social Europea, Carta Africana de los Derechos Humanos, conferencias de Viena, Cairo y Beijing).





































































































































































































































































































































































































