

**IIDH**

Instituto Interamericano  
de Derechos Humanos

**2**

# Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos







# Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Con el apoyo de:

Fondo de Población de las Naciones Unidas

Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo

© 2008 Instituto Interamericano de Derechos Humanos.  
Reservados todos los derechos.

346.013.4

I59p Instituto Interamericano de Derechos Humanos  
Protección constitucional de los derechos sexuales  
y reproductivos /

Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

San José, C.R. : IIDH, 2008 126 p. ; 21.59 x 13.97 cm.

ISBN 978-9968-917-78-0

1. Derechos de familia 2. Derechos reproductivos 3. Derechos sexuales.

Las ideas expuestas en los trabajos publicados en este libro son de exclusiva responsabilidad de los autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

***Equipo productor de la publicación:***

Isabel Torres García  
*Coordinación académica*

Denia Núñez Guerrero  
*Apoyo académico*

Rocío Villanueva Flores  
*Autora*

“Encuentro en el parque” (2007)  
Cortesía de la pintora costarricense Alma Fernández  
Oleo y collage sobre cartón, 50 x 35 cm.  
*Ilustración de la portada*

Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH  
*Diseño, diagramación y artes finales*

Editorama S.A.  
*Impresión*

Instituto Interamericano de Derechos Humanos  
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica  
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955  
e-mail: [uinformacion@iidh.ed.cr](mailto:uinformacion@iidh.ed.cr)  
**[www.iidh.ed.cr](http://www.iidh.ed.cr)**

## Tabla de contenido

Presentación .....	9
Introducción .....	13

### **Capítulo I** **Concepto e importancia de los derechos sexuales y reproductivos**

1. El concepto de derechos reproductivos .....	17
2. El concepto de derechos sexuales .....	24
3. Constitución y aplicación de derechos o principios ..	30

### **Capítulo II** **Los derechos sexuales y reproductivos ante el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos**

1. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.....	39
1.1 Derechos reproductivos.....	39
1.1.1 K. L vs. Perú .....	39
1.2 Derechos sexuales.....	42
1.2.1 Nicholas Toonen vs. Australia.....	42
2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos....	44
2.1. Derechos reproductivos .....	44
2.1.1 Mamérita Mestanza vs. Perú .....	44
2.2. Derechos sexuales.....	46
2.2.1 Raquel Mejía vs. Perú .....	46

### Capítulo III

## Procesos constitucionales sobre derechos sexuales y reproductivos en América Latina: algunos ejemplos

1. Derechos reproductivos.....	55
1.1. Argentina	
1.1.1 Proceso de amparo en el caso de una mujer embarazada de un feto anencefálico: Sentencia de 11 de enero de 2001 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación .....	56
1.2 Colombia	
1.2.1 Proceso de inconstitucionalidad contra los artículos 122°, 123°, 124° y 32° numeral 7) del Código Penal: Sentencia 355/06 de 10 de mayo de 2006.....	61
1.3 Costa Rica	
1.3.1 Proceso de inconstitucionalidad contra la norma que regula las técnicas de reproducción asistida: Sentencia 2000-02306 (Expediente N° 95-001734-0007-CO) de 15 de marzo de 2000 de la Corte Suprema de Justicia.....	83
1.4 Perú	
1.4.1 Proceso de cumplimiento sobre la distribución de la anticoncepción oral de emergencia: Sentencia de 13 de noviembre de 2006 (Expediente N° 7435-2006-PC/TC) del Tribunal Constitucional.....	87
2. Derechos sexuales .....	91
2.1 Costa Rica: procesos de amparo presentados para proteger el derecho a la libertad sexual de las personas privadas de libertad .....	91
2.1.1 Sentencia de 16 de marzo de 1994 (Exp. N° 0383-A-94 Voto N° 1401-94).....	92
2.1.2 Sentencia de 27 de marzo de 1996 (Exp. 6166-95 Voto N° 1433-96).....	93
2.1.3 Sentencia de 4 de abril de 1997 (Exp. 97-000586-0007-CO Res: 1997-01922).94	

## 2.2 Colombia

- 2.2.1 Proceso de inconstitucionalidad presentado contra el artículo 46° (parcial) del Decreto 2277 de 1979, que establecía que la homosexualidad era una causal de mala conducta para los profesores: Sentencia C-481/98 de 9 de septiembre de 1998 .....97
- 2.2.2 Tutela presentada ante la negativa de la visita íntima a una pareja homosexual privada de libertad: Sentencia T-499/03 de 12 de junio de 2003 de la Corte Constitucional .....100
- 2.2.3 Tutela presentada ante la negativa de la visita íntima a una pareja heterosexual privada de libertad: Sentencia T-718/03 de 20 de agosto de 2003 de la Corte Constitucional .....104

## 2.3 México

- 2.3.1 Modificación de la tesis de jurisprudencia 1a./J. 10/94 en virtud de la cual la relación sexual impuesta por uno de los cónyuges al otro de manera violenta no configuraba delito de violación: Sentencia de 16 de noviembre de 2005 .....107

## 2.4 Perú

- 2.4.1 Proceso de amparo ante una sanción administrativa sustentada en la orientación sexual del recurrente: Sentencia de 24 de noviembre de 2004 (Exp. 2868-2004-AA/TC) del Tribunal Constitucional .....119

A manera de balance .....124



## Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) han desarrollado acciones conjuntas desde el año 2002, en el marco de una fructífera alianza estratégica basada en la plena coincidencia de que el goce y ejercicio de los derechos humanos, constituyen la piedra angular de la democracia y del desarrollo.

En el trabajo de promoción y educación en derechos humanos de las mujeres que ambas entidades realizan, han identificado temas de especial preocupación en la región en la esfera de los derechos reproductivos. Es por ello que han propiciado procesos de investigación académica, que dan continuidad al estudio realizado y publicado hace algunos años “Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos” (IIDH, UNFPA: 2003).

Mediante la presente publicación, se pone a disposición un compendio de cuatro investigaciones, con el fin de propiciar conocimientos que faciliten el debate, la argumentación y la toma de decisiones:

- Tomo 1: Los derechos reproductivos son derechos humanos.
- Tomo 2: Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos.
- Tomo 3: La anticoncepción oral de emergencia. El debate legal en América Latina.

#### Tomo 4: Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina.

El primer texto aborda a los derechos reproductivos desde una perspectiva de género y de derechos humanos. Analiza la evolución, alcance y contenido de los derechos reproductivos como parte de los derechos humanos universales y por ende, de las obligaciones de los Estados en esa materia.

El segundo presenta, desde una perspectiva jurídica, cómo la justicia constitucional ha resuelto en América Latina los casos en los que se han discutido demandas argumentadas como derechos sexuales y reproductivos.

El tercer texto sistematiza quince procesos judiciales constitucionales sobre la anticoncepción oral de emergencia, el cual constituye el método anticonceptivo que más controversias judiciales ha originado en América Latina, planteadas en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú.

El cuarto y último analiza la reproducción asistida desde una perspectiva de género y derechos humanos en el contexto latinoamericano.

El IIDH y el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), esperan continuar contribuyendo a ampliar los conocimientos en dichas temáticas y sobre todo, que la apropiación de los mismos se convierta en una herramienta de trabajo por parte de las instituciones de Estado y de las organizaciones de la sociedad civil en pro de los derechos humanos.

*Roberto Cuéllar M.  
Director Ejecutivo*

# Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos

*Rocío Villanueva Flores*\*

---

\* Peruana, Doctora en Derecho, Universidad de Castilla La Mancha, España. Diploma de Especialización en derechos humanos en la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Filosofía del derecho y de teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Pontificia Universidad Católica de Perú. Fue Defensora Adjunta para los Derechos de la Mujer y Defensora Adjunta para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo de Perú. Consultora del IIDH y del UNFPA e integrante de la Comisión de Alto Nivel de Salud Reproductiva del Colegio Médico del Perú.



## Introducción<sup>1</sup>

El objetivo de este artículo es presentar el tema de los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva jurídica y explícitamente evolutiva, analizando cómo la justicia constitucional ha resuelto en América Latina los casos en los que se han discutido tales derechos, y qué derechos se han invocado cuando las demandas se han amparado. La perspectiva evolutiva es útil pues trae como consecuencia la exigencia del cumplimiento de obligaciones estatales. Es también útil pues permite identificar problemas en la aplicación del derecho y proponer modificaciones al marco legal existente para una mejor protección de los derechos sexuales y reproductivos.

Alice Miller sostiene que hay tres formas de aproximarse al tema de los derechos sexuales: desde una perspectiva evolutiva, devolutiva o revolucionaria<sup>2</sup>. La aproximación o perspectiva evolutiva busca aplicar los derechos existentes a nuevos sujetos (ej. trabajadoras sexuales) y a nuevas situaciones (ej. elección de pareja del mismo sexo), invocando los derechos existentes para responder a los diferentes aspectos de las necesidades sexuales. Desde esta aproximación, se invoca el derecho a la privacidad para proteger la actividad sexual entre personas del mismo sexo, el derecho a la integridad para proteger la

---

<sup>1</sup> Versión actualizada y revisada del artículo “*Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*”, publicado en la revista del IIDH, Vol.. 43, enero-junio 2006.

<sup>2</sup> Miller Alice, “Las demandas por derechos sexuales”, en III Seminario Regional Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos, Derechos Humanos, Cladem, Lima, 2002, pp. 121-140.

violencia sexual contra mujeres, el principio de igualdad a favor de los homosexuales, etc.

De acuerdo con la perspectiva devolutiva, los derechos sexuales son identificados con reclamos sectoriales específicos, como considerar que estos derechos corresponden única y específicamente a las personas gays, lesbianas, bisexuales y transgénéricas. Miller admite que muchos grupos que formulan demandas devolutivas utilizan técnicas evolutivas para hacerlo<sup>3</sup>.

Finalmente, la perspectiva revolucionaria reivindica la primacía de la igualdad y no discriminación, pone énfasis en la dignidad de la personas y en la idea de que los derechos son interdependientes en su realización, señalando la importancia de la participación de individuos y grupos en la determinación de los temas que los afectan<sup>4</sup>. Como podrá apreciarse, la demanda evolutiva no parece distinguirse de la demanda revolucionaria, pues en ambos casos estamos ante un enfoque de derechos para proteger los ámbitos de la sexualidad y de la reproducción.

---

<sup>3</sup> Ibid., pp. 130-131.

<sup>4</sup> Ibid., p. 139.

## Capítulo I

### Concepto e importancia de los derechos sexuales y reproductivos

Es cierto que en muchas ocasiones los derechos de las mujeres son violados de la misma forma que los de los hombres. Sin embargo, en otras, sus derechos son violados de manera en que no lo son los derechos de los hombres, o que lo son pero sólo de forma excepcional. Estas violaciones específicas suelen estar referidas a la vida sexual y reproductiva de las mujeres<sup>5</sup>, que son precisamente los ámbitos que protegen los derechos de los que nos ocuparemos en este trabajo.

La protección constitucional de estos derechos cobra una importancia particular pues su ejercicio está vinculado a la esfera privada de la vida de las personas, que es en la que suelen ocurrir las afectaciones más frecuentes a los derechos de las mujeres. Como se sabe, durante mucho tiempo las violaciones a los derechos que ocurrían en tal esfera no fueron objeto de preocupación estatal. La ausencia de leyes que protegieran a las mujeres frente a la violencia doméstica o que les garantizaran tomar decisiones en relación a su propia fecundidad, son un buen ejemplo de lo anteriormente señalado.

En este mismo orden de ideas, se ha hablado incluso de una ceguera de género (*gender blindness*) de los textos internacionales de protección de los derechos humanos<sup>6</sup>, pues los primeros pactos y convenios universales y regionales no fueron diseñados con el objetivo de proteger a las mujeres frente a formas de vulneración a los derechos humanos que las afectan específicamente. De hecho, la crítica feminista al discurso tradicional de los derechos humanos radica en la visión androcéntrica de dicho discurso, que considera como modelo de titular de tales derechos al varón adulto

---

<sup>5</sup> Rao Arati, "Right in the Home: Feminist Theoretical Perspectives on International Human Rights", en *The Philosophy of Human Rights*, Patrick Hayden, Paragon Issues in Philosophy, Paragon House-St. Paul, MN, USA, 2001, p. 511.

<sup>6</sup> Ibid., p. 512.

y propietario, cuyos derechos suelen ser vulnerados en el ámbito público. Incluso, en relación al sistema interamericano de derechos humanos, se ha señalado que “es sólo en épocas recientes que ha empezado a hacerlo tomando en cuenta la perspectiva de género”<sup>7</sup>, volviendo la mirada a lo que ocurre en el ámbito privado y, como consecuencia de ello, en el aspecto sexual y reproductivo.

Por otro lado, se ha señalado que no fue hasta 1979 que se contó con un instrumento que cambió la concepción de los derechos de las mujeres: la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW), denominada por Alda Facio como “la Carta Magna de todas las mujeres”, por ser el primer instrumento internacional con perspectiva de género<sup>8</sup>. LA CEDAW es un ejemplo del proceso de especificación en la evolución de los derechos humanos, “consistente en el paso gradual pero siempre acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos”<sup>9</sup>.

Sin embargo, hay que señalar que en ninguno de los pactos o convenios universales o regionales de protección de los derechos humanos se emplean las expresiones “derechos sexuales” o “derechos reproductivos”, aunque al igual que en el caso de otros derechos –como el derecho a la verdad– ello no ha impedido que sean protegidos, en la mayor parte de casos.

---

<sup>7</sup> Abi Mershed, Elizabeth A.H., “Los derechos reproductivos en el contexto del sistema interamericano de protección de derechos humanos”, en *Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, UNFPA, Naciones Unidas Alto Comisionado para Derechos Humanos, San José, 2003, p.139. Véase también Badilla Ana Elena, “La igualdad de género en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Fernando Flores (coordinador) *Género y derecho constitucional*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2003, pp. 83-99.

<sup>8</sup> Véase Bareiro Line, “Los derechos reproductivos y los derechos universales”, en *Promoción y defensa de los derechos reproductivos...*, op. cit., pp. 122-123.

<sup>9</sup> Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 109.

## 1. El concepto de derechos reproductivos

Sonia Correa y Rosalind Petchesky afirman que el término “derechos reproductivos” se empleó por primera vez en Estados Unidos, probablemente con la fundación, en 1979, de la Red Nacional de Derechos Reproductivos (R2N2)<sup>10</sup>.

Sin embargo, es a partir de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), llevada a cabo en El Cairo en 1994, que el uso del término “derechos reproductivos” empezó a generalizarse para reivindicar los derechos que las mujeres tienen en el ámbito reproductivo. Como se sabe, la mencionada conferencia internacional analizó los desafíos ligados al crecimiento poblacional y al desarrollo sustentable, y tuvo un impacto muy importante porque los asuntos de población fueron planteados desde un enfoque de derechos humanos<sup>11</sup>.

Ello explica por qué el Programa de Acción de la CIPD contiene una definición de los derechos reproductivos, que fue ratificada en la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing en 1995. En virtud de esta definición:

---

<sup>10</sup> Correa Sonia y Petchesky Rosalind, “Reproductive and Sexual Rights: A Feminist Perspective”, en G. Sen, A. Germaine y L.C. Chen (eds.), *Population Policies Reconsidered: Health, Empowerment and Rights*, Harvard University Press, Cambridge, MA. 1994, p. 108. Las autoras advierten que las raíces del término “derechos reproductivos”, vinculadas a la idea de integridad corporal y autodeterminación sexual, tienen una genealogía más antigua y culturalmente más amplia.

<sup>11</sup> Véase Copelon Rhonda y Petchesky Rosalind, “Hacia un enfoque interdisciplinario de los derechos reproductivos y sexuales como derechos humanos: reflexiones sobre la CIPD y el futuro”. Alice Miller señala incluso que hasta “antes de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo en El Cairo, los programas de planificación familiar en el mundo se las arreglaron para funcionar sin reconocer de alguna manera el papel central que el comportamiento sexual desempeña en la anticoncepción”; véase “Sexual no reproductivo: explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos”, en *Derechos sexuales y reproductivos. Aportes y diálogos contemporáneos*, Sofía Gruskin (ed.), Centro de la Mujer Flora Tristán, Lima, 2001, p. 114.

Ibid., p. 96.

[L]os derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos<sup>12</sup>.

Por su parte, la salud reproductiva es definida como “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”<sup>13</sup>.

La CEDAW, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, ya se ocupaba de los derechos reproductivos. Ello explica por qué el Programa de Acción de El Cairo señala que los derechos reproductivos ya estaban reconocidos en documentos de internacionales sobre derechos humanos. En efecto, el inciso e) numeral 1) del artículo 16º de la CEDAW, establece lo siguiente:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las

---

<sup>12</sup> Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 5 al 13 de setiembre de 1994, párrafo 2.3, véase [www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd\\_poa.htm](http://www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd_poa.htm)

<sup>13</sup> Ibid., párrafo 7.2.

relaciones familiares y, en particular asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos<sup>14</sup>.

Por su parte, Constituciones como la peruana o la colombiana, previas a El Cairo, también reconocen los derechos reproductivos de las personas<sup>15</sup>.

Más recientemente, textos constitucionales utilizan el término “derechos reproductivos”. Es el caso de la Carta ecuatoriana de 1998, cuyo artículo 36° establece:

Artículo 36°.- El Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor.

Velará especialmente por el respeto a los **derechos** laborales y **reproductivos** para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y acceso a los sistemas de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia, de la mujer trabajadora, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar y la que se que se encuentre en estado de viudez (...) (el subrayado es nuestro).

En relación a textos constitucionales provinciales o locales, debe mencionarse la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires de 1996, cuyo artículo 21° inciso 4) señala que: “Artículo 21°.- La Legislatura debe sancionar una Ley Básica de Salud

---

<sup>14</sup> El artículo 6° d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, incluye dentro del genocidio a las medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.

<sup>15</sup> El artículo 42° de la Constitución colombiana de 1991 establece que “(...) la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos (...)”, mientras que el artículo 6° de la Constitución peruana de 1993 “(...) reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. (...)”.

conforme a los siguientes lineamientos: (...) 4. Promueve la maternidad y paternidad responsables. Para tal fin pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus **derechos reproductivos**”<sup>16</sup> (el subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 43° del texto constitucional ecuatoriano hace explícita referencia a la salud sexual y reproductiva: “Artículo 43°.- (...) El Estado promoverá la cultura por la salud y la vida, con énfasis en la educación alimentaria y nutricional de madres y niños, y en la salud sexual y reproductiva, mediante la participación de la sociedad y la colaboración de los medios de comunicación social (...) (el subrayado es nuestro)”.

Cabe indicar que “constitucionalmente el derecho a decidir sobre el número de hijos y su espaciamiento está

---

<sup>16</sup> La Ley N° 153, Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires, expresamente establece en el artículo 4°, literal n, como parte de los derechos de las personas en su relación con el sistema de salud, el “ejercicio de los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a la información, educación, métodos y prestaciones que los garanticen”. Adicionalmente, la Ley N° 418, Ley de Salud Reproductiva y Procreación Responsable de la Ciudad de Buenos Aires, señala en el artículo 3° a), como parte de los objetivos de la norma, “garantizar el acceso de varones y mujeres a la información y a las prestaciones, métodos y servicios necesarios para el ejercicio responsable de sus derechos sexuales y reproductivos”. En Colombia, la Ley N° 823 de 2003, mediante la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres, señala en su artículo 6° que “El Gobierno ejecutará acciones orientadas a mejorar e incrementar el acceso de las mujeres a los servicios de salud integral, inclusive de salud sexual y reproductiva y salud mental, durante todo el ciclo vital, en especial de las niñas y adolescentes”; además de establecer que el Gobierno ejecutará programas para “preventivamente reducir las tasas de morbilidad y mortalidad femenina relacionadas con la salud sexual y reproductiva, salud mental y discapacidad”. En Perú, el artículo 6° inciso i) de la Ley N° 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, estatuye, como uno de los lineamientos para la aprobación de planes, programas y políticas del Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y gobiernos locales, garantizar la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos. En México, el artículo 6° fracción I, incisos b), c) y d) de la Ley de Salud para el Distrito Federal, establece la prestación de servicios de salud materno infantil, salud para la mujer y de salud sexual y reproductiva. En Bolivia, el Congreso Nacional aprobó el 5 de mayo de 2004, la Ley Marco sobre Derechos Sexuales y Reproductivos, aunque mediante carta de fecha 14 de mayo, el ex Presidente Carlos Mesa observó la Ley y la devolvió al Legislativo.

reconocido al menos en Brasil, México, Colombia, Ecuador, Perú y Paraguay<sup>17</sup>. Por otro lado, se suele incluir en la lista de derechos reproductivos a la atención de la mujer durante el embarazo y el parto<sup>18</sup>. Hay también una tendencia a reconocer que la noción de derechos reproductivos incluye la reproducción asistida<sup>19</sup>.

Un tema más polémico es la inclusión de la interrupción del embarazo en la lista de derechos reproductivos. Cabe recordar que los comités de Naciones Unidas, encargados de supervisar la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos, han recomendado a distintos Estados de América Latina que revisen la legislación penal en materia de aborto<sup>20</sup>.

---

17 Véase Vásquez Roxana y Romero Inés, “Balance regional: ¿qué permanece y qué ha cambiado? En III Seminario Regional Derechos Sexuales, Derechos Reproductivos, Derechos Humanos, op. cit., p. 96.

18 Bareiro, Line, “Los derechos reproductivos y los derechos universales”, op. cit. p. 130. El párrafo 7.2 del Programa de Acción de El Cairo, al definir la salud reproductiva, señala que “Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos (...)”.

19 Miller, Alice “Las demandas por derechos reproductivos”, op. cit. p. 132.

20 En el caso peruano el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha emitido observaciones en los años 1996 y 2000, en las que muestra preocupación por las disposiciones penales que sancionan el aborto, por considerar que vulneran los artículos 3º, 6º y 7º del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, que consagran el derecho a la igualdad, a la vida y a no ser sometido a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; véase *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú*, N.U. Doc. CCPR/C/79/Add. 72 (1996), párrafo 15, y *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Perú*, N.U. Doc. CCPR/CO/70/PER (2000), párrafo 20. Observaciones semejantes ha emitido el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en 1998 y en el 2007, véase *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Perú*, N.U. Doc. A/53/38/Rev. 1. y CEDAW/C/PER/CO/6, párrafo 25. Por otro lado, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado que el Estado peruano adopte

Cabe señalar que la Defensoría del Pueblo del Perú, a través de la Resolución N° 01 de 26 de enero de 1998, ha señalado expresamente la importancia del respeto de los derechos reproductivos reconocidos en el artículo 6° de la Constitución<sup>21</sup>.

Como se ha indicado, el Programa de Acción de El Cairo señala que los derechos reproductivos son derechos que abarcan ciertos derechos humanos que *ya están reconocidos en el derecho interno así como en los tratados de derechos humanos*. Ello también significa que el ejercicio de los derechos reproductivos está vinculado al ejercicio de otros derechos como la dignidad personal, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho al libre desarrollo y bienestar, el derecho a no ser discriminado, el derecho a la libertad de conciencia y de religión, a la intimidad personal, el derecho a la identidad étnica o cultural, el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes así como al derecho a la salud. En el caso peruano, estos derechos se encuentran reconocidos en los artículos 1°, 2° incisos 1), 2), 3), 7), 19), 24 literal h) y 7° de la Constitución.

---

todas las medidas posibles para hacer frente al fallecimiento de niñas adolescentes a causa del aborto. *Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/PER/CO/3*, 14 de marzo de 2006, párrafo 53. Por su parte, el Comité contra la Tortura ha mostrado su preocupación porque en el Perú la “legislación actual restringe severamente el acceso a interrupciones voluntarias del embarazo, incluso en casos de violación, lo cual ha resultado en graves daños, incluso muertes innecesarias de mujeres. Las alegaciones recibidas indican la omisión del Estado Parte en la prevención de actos que perjudican gravemente la salud física y mental de las mujeres y que constituyen actos crueles e inhumanos”. *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, CAT/C/PER/CO/4*, 18 de mayo de 2006, párrafo 23.

Este tipo de observaciones han sido emitidas en relación a la legislación penal en materia de aborto de Argentina, Costa Rica, Chile, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, República Dominicana y Venezuela.

- 21 La Defensoría del Pueblo ha elaborado seis informes defensoriales en materia de derechos reproductivos y planificación familiar. Véase los *Informes Defensoriales* N° 7, N° 25, N° 27, N° 69, N° 78 y N° 90 en [www.defensoria.gob.pe](http://www.defensoria.gob.pe). Sobre el trabajo de la Defensoría del Pueblo en materia de derechos reproductivos véase, Ramos Mayda, “Los derechos reproductivos son derechos humanos: su protección por la Defensoría del Pueblo”, en *Debate Defensorial, Revista de la Defensoría del Pueblo*, N° 5, Lima, 2003, pp. 83-102.

Tales derechos están igualmente reconocidos en la *Declaración universal de derechos humanos*, en el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (PIDCP), en el *Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales* (PIDESC), en la *Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer* (CEDAW), en la *Convención contra la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, en la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* y en la *Convención sobre los derechos del niño*. Asimismo, se encuentran reconocidos en la *Declaración americana de derechos y deberes del hombre*, en la *Convención americana sobre derechos humanos* y en la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*.

Ésa es la razón por la que los Comités de Naciones Unidas, encargados de la supervisión de la aplicación de los distintos tratados sobre derechos humanos, abordan temas sobre derechos reproductivos. Estos comités, además, revisten especial importancia porque interpretan el alcance de los artículos de tales tratados, principalmente a través de observaciones y recomendaciones generales<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Véanse por ejemplo la *Recomendación General* N° 19, *La violencia contra la mujer*, Comité CEDAW, 11° período de sesiones, 1992, párrafo 2; *Recomendación General* N° 21, *La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, Comité CEDAW, 13 período de sesiones, 1994, párrafo 22; *Recomendación General* N° 24, *La mujer y la salud*, Comité CEDAW, 20° período de sesiones, 1999, párrafos 21 y 22; (<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#top>); *Observación General* No. 7, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 7, Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 16° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 145 (1982) párrafo 2; *Observación General* No. 20, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 7, Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 44° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 173 (1992), párrafo 5; *Observación General* N° 28, *Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 3 La igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 68 período de sesiones, U.N.Doc HRI/GEN/1/Rev. 7 at 207 (2000), párrafo 10; *Observación General* N° 14 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, 22° período de sesiones, U.N. Doc. E/C.12/2000/4

Si bien de los textos constitucionales mencionados así como de la definición contenida en el Programa de Acción de la CIPD se desprende que los derechos reproductivos protegen tanto a hombres como a mujeres, es usual considerarlos como “un conjunto de derechos muy especiales para las mujeres”<sup>23</sup>, quizá porque los roles socialmente asignados a éstas han determinado que la responsabilidad en materia reproductiva recaiga casi exclusivamente en ellas. Para la protección de tales derechos se ha invocado también la defensa de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de conciencia.

## 2. El concepto de derechos sexuales

Ni el Programa de Acción de El Cairo ni la Plataforma de Acción de Beijing utilizan el término “derechos sexuales”. Sin embargo, en el párrafo 96 de la Plataforma de Acción de Beijing se señala que “los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual”<sup>24</sup>.

Quizá el hecho de que ni el Programa de Acción de El Cairo ni la Plataforma de Acción de Beijing utilizaran y definieran el término derechos sexuales, haya contribuido a que exista un menor consenso sobre la naturaleza y alcance de

---

(2000), párrafos 21, 34 ó 35; *Observación General No. 4*, Comité de los Derechos Niño, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los derechos del niño*, U.N. Doc. CRC/GC/2003/4 (2003), párrafos 39 g) y 41 a).

<sup>23</sup> Bareiro Line, “Los derechos reproductivos y los derechos humanos universales”, en *Promoción y defensa de los derechos reproductivos...*, op. cit. p. 119.

<sup>24</sup> Véase [www.unfpa.un.hn/pdfs/documentos\\_clave/beijin.pdf](http://www.unfpa.un.hn/pdfs/documentos_clave/beijin.pdf).

los derechos sexuales. Sin embargo, es también preciso tener en cuenta que aún sigue siendo más difícil y polémico tratar los temas de sexualidad que tratar los temas de reproducción, sobre todo si se consideran las implicancias de hacerlo desde un enfoque de derechos. Es más, ha sido frecuente emplear la expresión “derechos sexuales y reproductivos” como si se tratara de un mismo universo de derechos. Como señala Alice Miller “la conjunción de los derechos sexuales con los derechos reproductivos ha provocado que los derechos sexuales sean considerados como un subconjunto de los derechos reproductivos, aunque con una formulación menos desarrollada”<sup>25</sup>.

No obstante, considero que es conveniente hacer también un esfuerzo por definir qué son los derechos sexuales, pues si bien en ocasiones tales derechos pueden estar relacionados con los derechos reproductivos, no hay por qué vincular la sexualidad con la reproducción. Por otro lado, me parece importante una definición más precisa de los derechos sexuales para determinar cómo reivindicarlos a la luz de los derechos existentes, pues “la sexualidad merece protección como un derecho”<sup>26</sup>. Esta aproximación no impide trabajar en futuras reformas legales que reconozcan expresamente la protección de los derechos sexuales.

Se ha señalado que los derechos sexuales garantizan que las personas tengan control sobre su sexualidad. Por ello, en mi opinión, los componentes de la sexualidad que deben considerarse protegidos son, cuando menos, la identidad sexual<sup>27</sup>, la orientación sexual, la elección de pareja y la ausencia de actividad sexual coercitiva. De esta forma, se protegen la actividad sexual no procreativa o no heterosexual

---

<sup>25</sup> Miller, Alice M. “Sexual no reproductivo: explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos”, op. cit. p. 87.

<sup>26</sup> Ibid., p. 96.

<sup>27</sup> Sobre la importancia de reconocer la fuerza de las intersecciones entre raza, género, clase e identidad sexual véase Miller Alice, “Las demandas por derechos sexuales”, op. cit. p. 124.

y se proscriben la violencia sexual, la mutilación genital, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la discriminación por opción sexual, entre otros<sup>28</sup>. Es preciso recalcar que en virtud de estos derechos, las personas deben recibir educación e información sexual.

Paul Hunt ha sostenido que la sexualidad es una característica que comparten todos los seres humanos y es un aspecto fundamental de la dignidad del individuo. En opinión de Hunt, una comprensión correcta de los principios fundamentales de los derechos humanos “conduce inevitablemente al reconocimiento de los derechos sexuales como derechos humanos. Entre los derechos sexuales figura el derecho de toda persona de expresar su orientación sexual, teniendo debidamente en cuenta el bienestar y los derechos de los otros, sin temor a persecuciones, privación de libertad o injerencia social”<sup>29</sup>.

Cabe indicar que el artículo 23° inciso 3) de la Constitución ecuatoriana estatuye que:

Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: (...) **3.** La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica,

---

<sup>28</sup> El artículo 7° 1) numeral g) así como el artículo 8° 2) b) xxii) y e) vi) del Estatuto de la Corte Penal Internacional incluyen dentro de los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la esterilización forzada, entre otros. El artículo 39° inciso 3) de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, ubicado en el Capítulo Décimo Niños, Niñas y Adolescentes, asegura “el amparo a las víctimas de violencia y explotación sexual”.

<sup>29</sup> Hunt, Paul, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Informe del Relator Especial, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párrafo 54.

**orientación sexual**; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole<sup>30</sup> (el subrayado es nuestro).

Son igualmente relevantes los artículos 23° inciso 2) y 24° inciso 10) de la Constitución ecuatoriana, pues el primero de ellos, al regular el derecho a la integridad señala expresamente la prohibición de la violencia sexual y, el segundo, al reconocer el derecho de defensa garantiza que las víctimas de violencia intrafamiliar o sexual cuenten con defensores públicos.

En cuanto a textos constitucionales provinciales o locales, debe hacerse una especial mención a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo artículo 37° señala:

Artículo 37°.- Se reconocen los **derechos reproductivos y sexuales**, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos (el subrayado es nuestro).

Se garantiza la igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores y se promueve la protección integral de la familia.

Sin embargo, a falta de un marco normativo específico, los derechos sexuales se encuentran protegidos por el derecho a la dignidad personal, al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la privacidad<sup>31</sup>. Asimismo, el ejercicio de los derechos sexuales ha estado vinculado al derecho a no ser discriminado por razón de sexo.

En efecto, tal como se apreciará más adelante, la jurisprudencia constitucional comparada que se ha pronunciado

---

<sup>30</sup> El término orientación sexual también es empleado en el artículo 11° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que prohíbe, entre otros, la discriminación por razón de género y orientación sexual. El artículo 37 inciso 1) de la Ley N° 28237, mediante la cual se aprueba el Código Procesal Constitucional del Perú, establece que la demanda de amparo procede para proteger el derecho a la igualdad y a no ser discriminado por razón de orientación sexual, entre otras.

<sup>31</sup> Sobre la crítica de la privacidad como derecho véase Miller Alice, “Las demandas por derechos sexuales”, op. cit. pp. 128-129.

sobre el derecho al ejercicio de la sexualidad ha apelado a uno de los aspectos más relevantes del liberalismo: la defensa de un ámbito en el que el individuo pueda tomar cualquier decisión sin la interferencia del Estado. Según Carlos Santiago Nino, el principio de autonomía individual es uno de los que fundamentan los derechos humanos. Según este principio: “Siendo valioso la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”<sup>32</sup>.

Nino considera que un aspecto importante para la autorrealización de los individuos se da por las diversas modalidades de vida afectiva, sexual y familiar, es decir, por una amplia gama de libertad en el desarrollo de la vida privada<sup>33</sup>.

El principio de autonomía individual trae como consecuencia que la interferencia estatal con conductas que no perjudiquen a terceros quede vedada<sup>34</sup>. Ésta es la concepción de John Stuart Mill acerca del principio del daño<sup>35</sup>, y ella se ve reflejada en la jurisprudencia que se citará más adelante.

---

<sup>32</sup> Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 205. Sobre la crítica feminista a la dicotomía público/privado, véase MacKinnon, *Catherine, Feminism Unmodified*, Harvard University Press, MA, 1994, pp. 93 y siguientes.

<sup>33</sup> Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, op. cit. p. 225.

<sup>34</sup> El perjuicio o daño es un concepto normativo, hace referencia a bienes que están determinados en reglas (ej., derecho penal: bien jurídicamente protegido) y se define como “la afectación del bien establecido por una regla, o si se quiere como la violación de determinadas reglas”, véase Jorge Malem, *Estudios de ética jurídica*, Fontamara, México, 1996, p. 51.

<sup>35</sup> En 1859 John Stuart Mill escribió: “el único objeto que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar la fuerza contra un miembro de la comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de ese

Cabe señalar que mediante la Resolución Defensorial N° 38-2000/DP, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de mayo de 2000, la Defensoría del Pueblo del Perú emitió una serie de recomendaciones para combatir la violencia sexual. En el primer considerando de la mencionada resolución, la Defensoría del Pueblo sustentó su competencia para proteger los derechos sexuales, y señaló que éstos “incluyen el derecho humano de mujeres y hombres a gozar de una vida sexual libre de violencia y gratificante así como a tener control de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva”. La Defensoría del Pueblo invocó el derecho a la dignidad, los derechos a la vida, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad así como a no ser víctima de violencia física o psíquica ni a ser sometido a tratos inhumanos o humillantes, consagrados en los artículos 1° y 2°, incisos 1) y 24) literal h) de la Constitución, en los artículos 6.1°, 7° y 9.1° del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, en los artículos 4.1°, 5.1°, 5.2° y 7.1° de la *Convención americana sobre derechos humanos* y en los artículos 3°, 4°, 5° y 6° de la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belem do Pará”*.

---

individuo, sea físico, sea moral no es suficiente. Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Éstas son buenas razones para discutir con él, para convencerle o para suplicarle, pero no para obligarle a causarle daño alguno si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción sea justificable, sería necesario que la conducta de ese hombre tuviese por objeto el perjuicio a otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”, *Sobre la libertad*, Aguilar, Barcelona, 1980, p. 32, trad. de Josefa Sainz Pulido. Este mismo autor dedicó otra obra, publicada en 1869, a la condición de subordinación de la mujer, véase John Stuart Mill, *The Subjection of Women*, Dover Publications, Inc., Londres, 1997. Hay traducción al castellano en John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill, *Ensayos sobre la igualdad sexual*, Mínimo Tránsito, Madrid, 2000, pp. 145-261, trad. de Pere Casanellas.

Por otro lado, y a diferencia de los derechos reproductivos, los derechos sexuales han sido invocados para amparar pretensiones de los hombres, en particular de los homosexuales.

### 3. Constitución y aplicación de derechos o principios

Miguel Carbonell afirma que la Constitución es, sobre todo, una norma jurídica<sup>36</sup>. Dicha norma jurídica no tiene como única finalidad la distribución del poder entre los órganos estatales sino que, como señala Prieto Sanchís, está dotada de un contenido material, esto es de principios y derechos que condicionan la validez de las normas inferiores<sup>37</sup>. Es en este sentido que se habla de la “rematerialización” constitucional, y por ello se afirma que las novedades del constitucionalismo se centran en dos aspectos teóricos: las fuentes del Derecho y los problemas de su aplicación e interpretación<sup>38</sup>. Si bien las decisiones del legislador siguen vinculando al juez “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”<sup>39</sup>.

Los derechos y principios, como toda norma jurídica, comparten los problemas de vaguedad o imprecisión que

---

<sup>36</sup> Carbonell Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa-UNAM, México, 2002, p. X. Véase Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, UNAM, México, 2002, p. 142.

<sup>37</sup> Prieto Sanchís Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, México, 1999, p. 17.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p.16.

<sup>39</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 26, trad. de P. Andrés y A. Greppi. Prieto Sanchís afirma que si hay algún aspecto del positivismo que ha sido lesionado por la justicia constitucional, éste es el legalismo, es decir aquella tesis que hace de la ley la fuente suprema del Derecho. “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Teoría de la Constitución...*, op. cit., p. 306.

afectan al derecho. El derecho, a diferencia de otras ciencias como la física o la matemática, no cuenta con un lenguaje artificial sino que recurre al lenguaje natural (castellano). Ello determina que las normas jurídicas presenten los mismos problemas que presentan los lenguajes naturales, entre ellos la vaguedad<sup>40</sup>.

La vaguedad de las normas jurídicas alude a su imprecisión o indeterminación, es decir a la imposibilidad de dar una lista completa y acabada de las propiedades suficientes para usar el término. Términos como “privacidad”, “honor”, “trato degradante” o “libre desarrollo de la personalidad”, son ejemplos de palabras vagas. Por eso, Hart hacía referencia a la textura abierta del Derecho<sup>41</sup>, y sostenía que este tipo de problemas eran la dieta diaria de las facultades de derecho.

Parte fundamental de la labor de los jueces consiste precisamente en reducir, a través de la interpretación, la imprecisión de las normas jurídicas. La interpretación, como dice Guastini, es un acto de decisión, especialmente si se realiza por un órgano de aplicación del derecho: “es una atribución (o adscripción) de un significado a un texto”<sup>42</sup>. El juez escoge entre distintos significados, elección que supone un margen de discrecionalidad.

Esta labor cobra especialísima importancia cuando se realiza en el marco de la justicia constitucional, pues en definitiva se tratará de dar contenido a los derechos y principios constitucionales, y ello no es posible sin realizar

---

<sup>40</sup> Véase Villanueva Rocío, “Notas sobre interpretación jurídica (A propósito de la Ley N° 26260 y la violencia familiar)”, en *Violencia contra la mujer: reflexiones desde el derecho*, Manuela Ramos, Lima 1996, pp. 93-114.

<sup>41</sup> Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Editora Nacional, México, 1963, trad. de Genaro Carrió, p. 156. José Juan Moreso se refiere a estos términos con el adjetivo de “densos”, véase *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 229.

<sup>42</sup> Guastini Riccardo, *Estudios sobre interpretación jurídica*, Porrúa-UNAM, México, 2000, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, p. 113.

una valoración<sup>43</sup>. Como afirma Ferrajoli un fenómeno común a todas las democracias avanzadas es la expansión creciente del papel de la jurisdicción<sup>44</sup>.

La generalidad de los enunciados constitucionales determina que cuando el juez aplica directamente los derechos constitucionales tiene en sus manos “un amplio margen de actividad reguladora, y por ello pueden ser considerados en gran medida derechos jurisdiccionales”.<sup>45</sup> Esta tarea no se concentra sólo en los tribunales o salas especializadas sino que se extiende a los jueces ordinarios que conocen los procesos en las primeras instancias y que deben resolver de acuerdo a la Constitución. Por ello se afirma que tales juzgadores son también jueces constitucionales, y que la interpretación que realicen debe estar sometida a la jurisprudencia de los organismos especializados<sup>46</sup>.

Pero la vaguedad o imprecisión no es el único problema que enfrenta la justicia constitucional. Las constituciones suelen tener asimismo principios “tendencialmente contradictorios” –como los califica Prieto Sanchís–, o que simplemente entran en juego simultáneamente (ej. libertad de expresión vs. derecho a la intimidad). Se llaman principios “a las normas que carecen o que presentan de un modo fragmentario el supuesto de hecho o condición de aplicación, como sucede con la igualdad o con muchos derechos fundamentales”<sup>47</sup>. Un principio, según Alexy, es una norma que ordena “que algo sea realizado en la

---

<sup>43</sup> Aragón Manuel, *Constitución, democracia y control*, UNAM, México 2002, p. 158.

<sup>44</sup> Ferrajoli Luigi, “Jurisdicción y democracia”, en *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, Porrúa-UNAM, México, 2004, p. 101.

<sup>45</sup> Aragón Manuel, “Constitución y derechos fundamentales”, en *Teoría de la Constitución*, op. cit. p. 228.

<sup>46</sup> Fix Zamudio, “Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, López Guerra, Luis (coordinador), Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, p. 277.

<sup>47</sup> Prieto Sanchís Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 180.

mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos<sup>48</sup>. Los principios no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*<sup>49</sup>.

Los conflictos entre principios constitucionales no pueden ser resueltos aplicando los criterios para resolver las antinomias o contradicciones normativas (criterios de especialidad, jerarquía, cronológico), sino que se requiere aplicar la técnica de la ponderación. En efecto, la ponderación de bienes es una de las técnicas típicas que la moderna jurisprudencia constitucional emplea para resolver los conflictos entre derechos o principios constitucionales, dado que no existe una jerarquía entre ellos. Es preciso tener presente que tal jerarquía no ha sido establecida en la Constitución.

La ponderación es necesaria porque la determinación del grado de cumplimiento del principio o derecho depende de la presencia de otros principios o derechos en pugna<sup>50</sup>. En síntesis, “cuando el conflicto se plantee entre, por un lado, el principio o norma constitucional que resulta afectada o limitada por una norma o medida pública y, por otro lado, el principio o norma constitucional que pretendidamente constituye el fin o la razón de ser de esa limitación (típicamente, el caso de normas o medidas públicas que afecten derechos fundamentales), la estructura de la ponderación implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios:

---

48 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, traducido por Ernesto Garzón Valdés, p. 86. En cambio, para Alexy si una regla es válida, debe hacerse exactamente lo que ella exige, “ni más ni menos”, *ibid.*, pp. 86-87.

49 *Ibid.*, p. 99.

50 Pietro Sanchís Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit. p. 180.

idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”<sup>51</sup>. En cambio, “cuando el conflicto se plantee entre, por un lado, el derecho constitucional que avala la conducta del particular y, por otro lado, el derecho, o bien o valor constitucional afectado por esa conducta, la estructura de la ponderación implica tan sólo el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto”<sup>52</sup>. En definitiva, se trata de analizar si hay razones a favor y en contra, sopesarlas o ponderarlas y ver cuál de ellas resulta más fuerte<sup>53</sup>.

En países como Alemania<sup>54</sup>, España<sup>55</sup> o Colombia<sup>56</sup>, la ponderación ha sido objeto de una elaboración jurisprudencial detallada por parte de los tribunales o cortes constitucionales. En detalle, los pasos de la ponderación, que permiten establecer la constitucionalidad o legitimidad de una ley que afecta o limita derechos, son los siguientes<sup>57</sup>:

- a) *Fin legítimo*. La ley enjuiciada debe presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento para la afectación o limitación de un derecho.
- b) *Idoneidad o adecuación*. La ley enjuiciada debe ser idónea, apta o adecuada para la protección del fin legítimo. Si la

---

<sup>51</sup> Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho*, 2da edición corregida, Palestra, Lima, 2005, pp. 308-309.

<sup>52</sup> Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, op. cit., p.309.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 325.

<sup>54</sup> Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, traducido por Carlos Bernal Pulido, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, 2004, pp. 39 y ss.

<sup>55</sup> Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., p. 199 y ss.

<sup>56</sup> Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, primera reimpresión, 2005, pp. 132 y ss.

<sup>57</sup> Véanse Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 111 y ss; Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 199 y ss; y, Gascón Abellán, M., y García Figueroa, A., *La argumentación en el derecho*, op. cit, pp. 308 y ss.

ley no es adecuada para la realización del fin, ello significa que para este último resulta indiferente la ley en cuestión, y como sí afecta –en cambio– otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención. No se puede afectar un derecho si con ello no se gana nada. El subprincipio de idoneidad es un criterio negativo que permite determinar qué medios no son idóneos, su función no es determinar qué medios son idóneos sino excluir lo no idóneo.

- c) *Necesidad*. Ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que entre dos medios igualmente idóneos, se escoja el más benigno con el derecho fundamental afectado.
- d) *Test de proporcionalidad en sentido estricto*. Ha de acreditarse que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la ley o medida limitadora examinada, en orden a la protección de un derecho o bien constitucional, y los daños que de esa ley o medida se derivan para el ejercicio de otro derecho o bien constitucional. “En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular (...)”<sup>58</sup>.

De acuerdo con Alexy “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la satisfacción del otro”<sup>59</sup>.

Lo que caracteriza a la ponderación de los principios constitucionales es que no se obtiene una respuesta en virtud de la cual, por ejemplo, en todo conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, siempre prevalece el primero. Por el contrario, Guastini afirma que la ponderación consiste en instituir entre los principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil, pues, en el caso

---

<sup>58</sup> Bernal Pulido, C., *El Derecho de los derechos*, op. cit., p. 67.

<sup>59</sup> Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 161.

concreto, el intérprete atribuye “a uno de los principios en conflicto mayor peso, es decir, mayor valor, respecto del otro”<sup>60</sup>. El principio dotado de mayor peso prevalece mientras que el otro se deja de lado. Sin embargo, se trata de una jerarquía móvil pues “es una relación de valor inestable, mudable, que vale para el caso concreto”<sup>61</sup>, pero que puede cambiar o invertirse en un caso distinto. Por ello, si en una ocasión se ha atribuido mayor peso al principio constitucional X en relación al principio constitucional Y, nada impide que un caso diverso se atribuya mayor peso al principio constitucional Y y menor peso al principio constitucional X.

En consecuencia, la ponderación no lleva a que se declare la invalidez de uno de los principios constitucionales en conflicto, o a que en virtud de la especialidad uno actúe como excepción del otro.

Como se apreciará más adelante, los casos resueltos en América Latina han constituido estupendas ocasiones para ponderar posibles conflictos entre principios constitucionales; sin embargo, los argumentos desarrollados en las resoluciones judiciales se han centrado –principalmente– en la interpretación del alcance de los derechos constitucionales en materia sexual y reproductiva, lo que sin duda es también muy importante.

Hay que señalar que por la propia generalidad de los principios y derechos, su aplicación comporta fuertes riesgos de subjetividad valorativa. Y es que la discrecionalidad se traslada de la esfera legislativa a la judicial, con una diferencia sustantiva: la discrecionalidad del legislador ha sido siempre inmotivada, “mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional”<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Guastini, Riccardo, *Derecho constitucional, doctrina jurídica contemporánea*, Fontamara, D.F, primera reimpresión, 2003, p. 145.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>62</sup> Prieto Sanchís, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Teoría del Constitución...*, op. cit., p. 319.

Ya se trate de problemas sobre el alcance y significado de un derecho, sobre cómo resolver el conflicto entre dos derechos o principios constitucionales, o sobre ambos, lo cierto es que no se puede negar la posibilidad de subjetivismo judicial. Por ello, a fin de reducir al máximo esta posibilidad será preciso exigir una argumentación en los fallos que justifique la adopción de una determinada solución, aunque como sostiene Pietro Sanchís, en ocasiones la distancia que separa una argumentación racional realizada a partir de la Constitución de una decisión subjetiva sea demasiado tenue<sup>63</sup>.

Es por ello que Comanducci advierte que la discrecionalidad judicial puede resultar grata a los progresistas, pero sólo con la condición de que los jueces sean progresistas<sup>64</sup> y que Moreso afirma que “la teoría del derecho no está en condiciones de aliviar a nadie a la hora de tomar decisiones con trascendencia moral”<sup>65</sup>.

Considero que no hay forma de desterrar el problema descrito, y es evidente que también se presenta tratándose de derechos sexuales y reproductivos. Queda claro que para combatir tal problema hay que seguir insistiendo en el “saludable reforzamiento de la argumentación a que nos invita el constitucionalismo de principios”<sup>66</sup>, sin desconocer lo inevitable: “junto al ejercicio de racionalidad que requiere una Constitución de principios, en la legislación y en la jurisdicción queda siempre un hueco para la decisión, para el acto de poder”<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, op. cit. p. 335.

<sup>64</sup> Comanducci Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en *Teoría de la Constitución...*, op. cit. 153,

<sup>65</sup> Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, op. cit., p.236.

<sup>66</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, op. cit. 336.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 342.

Como afirma Pietro Sanchís, la aplicación de principios constitucionales ha hecho “del razonamiento una exigencia constitucional y, por ello, cabe decir que los valores, principios y derechos fundamentales contribuyen a hacer más difíciles los casos fáciles (...)”<sup>68</sup>.

La aplicación del derecho “es por naturaleza una actividad justificadora que requiere y ha de apoyarse en razones y formas argumentativas que no son especiales, sino que remiten a una racionalidad práctica general; la tarea justificadora requiere igualdad y universalidad, es decir, requiere un género de razonamiento que puede ser pronunciado ante cualquiera y sin necesidad de recurrir a la coacción o a la mera autoridad”<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Pietro Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, op. cit. p. 41.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 44.

## **Capítulo II**

### **Los derechos sexuales y reproductivos ante el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos**

Si bien el objeto de este artículo es exponer la protección constitucional que han recibido los derechos sexuales y reproductivos, es interesante conocer lo que al respecto han resuelto los organismos internacionales de protección de derechos humanos. Como afirma Héctor Fix-Zamudio tales organismos:

[n]o sólo influyen en los casos concretos de los cuales conocen y que deben ejecutarse en el ámbito interno, sino que la trascendencia más importante se refiere a la jurisprudencia de dichos tribunales, la cual se aplica cada vez con mayor frecuencia por los tribunales internos en los casos similares a los resueltos por los primeros, ya que éstos deben tutelar no sólo los derechos fundamentales consagrados por los ordenamientos constitucionales, sino también los establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por los Estados correspondientes<sup>70</sup>.

En atención a lo expuesto resulta conveniente citar algunos ejemplos.

#### **1. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas**

##### **1.1 Derechos reproductivos**

###### **1.1.1. K. L. vs. Perú**

K. L., una adolescente de 17 años, tenía 19 semanas de gestación y estaba embarazada de un feto anencefálico. Sin embargo, un hospital público le negó la posibilidad de interrumpir su embarazo.

---

<sup>70</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica”, en *La justicia constitucional en la actualidad*, op. cit., p. 288.

En febrero de 2002 Demus –Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer–, CLADEM –Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos Humanos de la Mujer– y el Center for Reproductive Law and Policy –CRLP– presentaron un comunicación ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, denunciando al Perú por violar, los artículos 2º, 3º, 6º, 7º, 17º, 24º y 26º del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, en el caso de K. L.

En efecto, el 27 de junio de 2001, en el Hospital Arzobispo Loayza, se le realizó una ecografía diagnosticándosele que estaba embarazada de un feto anencefálico. El 3 de julio, el doctor Ygor Pérez Solf, médico obstetra del mencionado hospital le informó que tenía dos opciones: continuar con el embarazo o interrumpirlo, aconsejándole optar por la segunda de ellas. La citada adolescente decidió interrumpir el embarazo, realizándosele las pruebas clínicas pertinentes, las que confirmaron el padecimiento del feto.

El 19 de julio, fecha en la que debía ser internada para la intervención, el doctor Pérez informó a K. L. que debía solicitar por escrito autorización al director del hospital. Como K. L. era menor de edad, su madre presentó dicha solicitud. El 24 de julio de 2001, el doctor Maxiliano Cárdenas Díaz, Director del Hospital Loayza, respondió por escrito que no era posible realizar la interrupción del embarazo, pues en el Perú sólo está despenalizado el aborto terapéutico.

El 13 de enero de 2002, con una demora de tres semanas respecto de la fecha prevista para el parto, K. L. dio a luz una niña anencefálica que vivió cuatro días, período en el cual la referida adolescente tuvo que amamantarla.

A la luz de los hechos descritos, las denunciantes alegaron ante el Comité de Derechos Humanos que “el embarazo forzado de K. constituyó un peligro cierto para su integridad física y psíquica, peligro que no podía evitarse sino con su interrupción”. Por otro lado, presentaron la declaración

médica de los doctores Aníbal Faúndez y Luis Távora, quienes señalaron que la anencefalia es una enfermedad fatal para el feto en todos los casos y que un embarazo de ese tipo ponía en peligro la vida de la madre.

Asimismo, las peticionarias alegaron que se debía exceptuar del requisito del agotamiento de los recursos internos, pues, en atención a lo establecido por el propio Comité en múltiples ocasiones, el autor no está obligado a agotar un requisito que sería ineficaz. En este orden de ideas, se señaló que los recursos judiciales disponibles a nivel nacional eran ineficaces para el presente caso.

Cabe señalar que el Estado peruano no presentó al Comité ninguna información sobre la admisibilidad o el fondo del caso, pese a haber sido requerido para ello mediante recordatorios de 23 de julio de 2003, 15 de marzo y 25 de octubre de 2004. Ello significa que no presentó elemento alguno que permitiera desacreditar lo señalado en la comunicación.

Mediante dictamen de 24 de octubre de 2005 (Comunicación N° 1153/2003), el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolvió que en este caso el Perú había vulnerado los artículos 2°, 24°, 7 y 17 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, que consagran los derechos a un recurso efectivo, a no ser discriminado por razón de la edad, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, y a la no injerencia arbitraria en la vida privada<sup>71</sup>. El mencionado comité sostuvo que:

- a) La omisión del Estado en no conceder el aborto terapéutico a K. L., quien estaba embarazada de un feto anencefálico,

---

<sup>71</sup> El Comité de Derechos Humanos declaró inadmisibile la parte de la comunicación en la que se alegaba la presunta vulneración de los artículos 3° y 26° del *Pacto*, por no estar debidamente fundamentada. En relación al artículo 2° del *Pacto* recordó su constante jurisprudencia, en el sentido de que el citado artículo “constituye un compromiso general de los Estados, y por su carácter accesorio, no puede ser invocado asiladamente por particulares en virtud del Protocolo Facultativo”. Por otro lado, el Comité consideró que –en las circunstancias del caso– no era necesario tomar una decisión relativa al artículo 6° del *Pacto*.

fue la causa del sufrimiento por el que ella tuvo que pasar, sufrimiento moral prohibido por el artículo 7° del *Pacto*.

- b) Al negar a K. L. la posibilidad de una intervención médica para suspender su embarazo –a pesar de que un médico le informó que tenía la posibilidad de continuarlo o suspenderlo de acuerdo a la legislación interna que permite que se practiquen abortos en caso de riesgo para la salud de la madre–, el Estado peruano interfirió de manera arbitraria en su vida privada, revelando una violación del artículo 17° del *Pacto*.
- c) Al no recibir K. L. el apoyo médico y psicológico necesario en las circunstancias específicas del caso, ni durante ni después del embarazo, el Estado peruano vulneró el artículo 24° del *Pacto*;
- d) Al no contar K. L. con un recurso adecuado, el Estado peruano vulneró el artículo 2° en relación a los artículos 7°, 17° y 24° del *Pacto*.

Por consiguiente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en atención al apartado a) del párrafo 3 del artículo 2) del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, dispuso la obligación del Estado peruano de otorgar a K. L. un recurso efectivo que incluya una indemnización, así como la de adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro; concediéndole un plazo de 90 días para informar sobre las medidas que hubiera tomado para dar cumplimiento al referido dictamen.

## **1.2 Derechos sexuales**

### **1.2.1 Nicholas Toonen vs. Australia**

El 4 de abril de 1994, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, expidió su dictamen en el caso Nicholas

Toonen vs. Australia<sup>72</sup>. El señor Toonen había presentado una comunicación ante el referido comité impugnando los artículos 122° (apartados a y c) y 123° del Código Penal de Tasmania (Australia), que prohibían las “relaciones sexuales por vías no naturales” y las “prácticas deshonestas entre personas del sexo masculino”. La víctima adujo que los mencionados artículos vulneraban el párrafo 1 del artículo 2°, el artículo 17° y el artículo 26° del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. Asimismo, señaló que los efectos combinados de las citadas disposiciones del Código Penal eran discriminatorios pues juntas prohibían todas las formas de contacto íntimo entre los hombres. En el caso del artículo 122° del Código Penal, la víctima adujo que se configuraba una situación de discriminación indirecta, en la medida en que –a pesar de ser neutral– se aplicaba en mayor medida contra los hombres homosexuales que contra los hombres y mujeres heterosexuales.

El Comité de Derechos Humanos señaló que era “indiscutible que la vida sexual consensual llevada a cabo en privado entre adultos queda incluida en el concepto de vida privada”, y que los artículos 122° y 123° del Código Penal de Tasmania, representaban una injerencia arbitraria en el derecho que confiere el párrafo 1 del artículo 17° del *Pacto*. Por otro lado, el Comité de Derechos Humanos afirmó que se debía estimar que la referencia al “sexo” en el párrafo 1° del artículo 2) así como en el artículo 26° del *Pacto*, incluía la inclinación sexual.

En consecuencia, el mencionado Comité opinó que los hechos examinados constituían violaciones del derecho a la privacidad (artículo 17.1) y a no ser discriminado (artículo 2.1) del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Documento de las Naciones Unidas CCPR/C/50/D/488/1992 de 4 de abril de 1994.

<sup>73</sup> Como el Comité halló una violación a los derechos contenidos en los artículos 17.1 y 2.1 del *Pacto*, no consideró necesario examinar si había habido una violación del artículo 26. Un caso relativo a la libertad sexual

## 2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

### 2.1 Derechos reproductivos

Se ha afirmado que “la CIDH está en la etapa inicial de su trabajo relacionado en forma directa con los derechos reproductivos y el desarrollo de jurisprudencia”<sup>74</sup>. La primera petición que recibió la CIDH sobre la vulneración de derechos reproductivos, fue el caso de María Mamérita Mestanza Chávez contra Perú.

El 27 de marzo de 1998, la señora Mestanza fue sometida a una operación de ligadura de trompas en el Hospital Regional de Cajamarca, sin haber sido informada previamente de las condiciones de la operación ni sometida a una previa evaluación médica. Falleció ocho días después. Tenía 32 años, 7 hijos y sólo educación primaria.

La Defensoría del Pueblo investigó este caso y lo incluyó en el segundo informe que realizó en materia de planificación familiar<sup>75</sup>.

#### 2.1.1 Mamérita Mestanza vs. Perú

El caso fue llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), por el Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), por la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH), por el Centro Legal para Derechos

---

en el sistema europeo de protección de derechos humanos es Dudgeon vs. Reino Unido, 4 Eur.Ct.H.R. 149 (1981).

<sup>74</sup> Abi-Mershed, “Los derechos reproductivos en el contexto...”, op. cit., p.148.

<sup>75</sup> Véase el *Informe Defensorial* N° 27 “La aplicación de la anticoncepción quirúrgica y los derechos reproductivos II. Casos investigados por la Defensoría del Pueblo”, Lima, agosto 1999, p. 87-93.

Reproductivos y Políticas Públicas (CRLP) y por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

Las organizaciones peticionarias denunciaron que se violaron los derechos de Mamérita Mestanza a la vida, a la integridad personal y a la igualdad ante la ley, vulnerando los artículos 4º, 5º, 1º y 24º de la *Convención americana sobre derechos humanos*, los artículos 3º, 4º, 7º, 8º y 9º de la *Convención americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará)*, los artículos 3º y 10º del Protocolo Adicional a la *Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, y los artículos 12º y 14º (2) de la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*<sup>76</sup>. Con fecha 3 de octubre de 2000 la CIDH aprobó el Informe N° 66/00 de admisibilidad.

En el año 2003 la partes suscribieron un acuerdo de solución amistosa, en el que el Estado peruano reconoció su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 1.1º, 4º, 5º y 24º de la *Convención americana sobre derechos humanos*, así como del artículo 7º de la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, en agravio de Mamérita Mestanza Chávez.

Entre otros, el Estado peruano se comprometió a adoptar las recomendaciones formuladas por la Defensoría del Pueblo respecto a políticas públicas sobre salud reproductiva y planificación familiar y a “llevar a cabo, permanentemente, cursos de capacitación en **derechos reproductivos**, violencia contra la mujer, violencia familiar, derechos humanos y equidad de género, en coordinación con organizaciones de la sociedad civil especializadas en estos temas”.

---

<sup>76</sup> La Defensoría del Pueblo presentó ante la CIDH un informe de *amicus curiae* en el caso de Mamérita Mestanza. Cabe indicar que la CIDH admitió el caso mediante Informe de Admisibilidad 66/00.

## 2.2 Derechos sexuales

Tratándose de la violencia sexual perpetrada contra las mujeres durante los conflictos armados, los derechos o principios que se han invocado para condenar la actividad sexual coercitiva han sido la dignidad personal, la privacidad, la integridad y la prohibición de la tortura<sup>77</sup>.

### 2.2.1 Raquel Mejía vs. Perú

El 17 de octubre de 1991, la CIDH recibió una petición en la que se denunciaba la violación de los derechos humanos de Fernando Mejía Egocheaga y de su esposa Raquel Martín de Mejía. Se solicitaba que la CIDH declarara la responsabilidad del Perú, en relación a Raquel Mejía por la violación del derecho a la integridad personal (artículo 5º) y del derecho a la privacidad (artículo 11º), ambos en vinculación al artículo 1.1º de la *Convención americana sobre derechos humanos*, así como del derecho a un recurso interno efectivo (artículo 25).

Los peticionantes denunciaron que en la noche del 15 de junio de 1989 en Oxapampa (Cerro de Pasco) un grupo de personas con las caras cubiertas con pasamontañas y portando ametralladoras irrumpieron en la casa de Fernando Mejía y de su esposa Raquel, reclamando ver al primero, quien era el Secretario General del Sindicato Único de Trabajadores de la Educación Peruana (SUTEP) y miembro de Izquierda Unida. Cuando éste abrió la puerta seis individuos vistiendo uniforme militar entraron a la casa, uno de ellos golpeó al señor Mejía con su arma. Luego, quien estaba a cargo del operativo ordenó que subieran a Mejía a una camioneta amarilla de propiedad

---

<sup>77</sup> Hay otros casos de violencia sexual que han sido analizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos véase Badilla, Ana Elena “La igualdad de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, op. cit., p. 91-93. Igualmente es interesante el Informe N° 38/96 de 15 de octubre de 1996 (Caso 10.506 Argentina), mediante el cual la CIDH emite recomendaciones al estado argentino en torno a las revisiones vaginales a las mujeres que desean tener contacto personal con los privados de libertad.

del gobierno. Los hechos fueron presenciados por su esposa Raquel.

Esa misma noche, aproximadamente 15 minutos después de los hechos antes referidos, un grupo de seis a diez militares con el rostro cubierto con pasamontañas negros se presentaron nuevamente en el domicilio de los Mejía. El militar encargado del operativo de secuestro de Fernando Mejía, ingresó a la casa presuntamente para solicitar a Raquel los documentos de identidad de su esposo.

Mientras ésta los buscaba, la siguió al cuarto y le dijo que ella también estaba considerada como subversiva, integrante del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. Raquel Mejía trató de explicarle que ni ella ni su esposo pertenecían a movimiento revolucionario alguno, sin embargo, sin escucharla, empezó a rociarse con sus perfumes y finalmente la violó. Acto seguido la condujo fuera de su casa para que viera al hombre que había denunciado a su esposo; éste yacía boca abajo en la parte de atrás de la misma camioneta que había sido utilizada para secuestrar a Fernando Mejía. Finalmente, el individuo que abusó sexualmente de ella, subió a la camioneta y se marchó.

Aproximadamente 20 minutos después, la misma persona regresó a la casa de los Mejía con la intención de comunicar a Raquel que posiblemente su esposo sería trasladado en helicóptero a Lima al día siguiente. Luego la arrastró al cuarto y nuevamente la violó. Raquel Mejía pasó el resto de la noche bajo un estado de terror, temiendo por el regreso de quien había abusado sexualmente de ella y por la seguridad y la vida de su esposo.

A la mañana siguiente la señora Mejía fue a la policía de Oxapampa para denunciar la desaparición de su esposo. Allí le indicaron que no podía presentar una denuncia por desaparición hasta que no transcurrieran cuatro días. También le sugirieron que pidiera información en las oficinas de la Policía Republicana. Para ello debía dirigirse a la Biblioteca Municipal donde los miembros del Batallón Nueve de

Diciembre estaban acantonados desde su arribo a Oxapampa días atrás.

Cuando llegó a la Biblioteca Municipal, Raquel Mejía pudo reconocer que los soldados que allí se encontraban vestían los mismos uniformes que usaron las personas que habían secuestrado a su esposo la noche anterior y que habían abusado sexualmente de ella. Allí los soldados se identificaron como miembros del Batallón Nueve de Diciembre y señalaron que el comandante a cargo se llamaba Chito. Luego, otro soldado se acercó y bruscamente la obligó a retirarse del lugar. Raquel Mejía identificó a esta persona como uno de los secuestradores de su esposo.

El 18 de junio por la mañana Raquel Mejía tomó conocimiento de que el cadáver del profesor Melgarejo había sido encontrado en la margen del Río Santa Clara y que otro cadáver semi enterrado yacía al lado del primero. Raquel Mejía, en compañía del Juez Suplente y del Secretario del tribunal a cargo de la causa, se dirigió al lugar señalado y allí, en la base de la columna que sostiene el puente, descubrió el cadáver decapitado de Aladino Melgarejo y yaciendo a su lado, el cadáver de su esposo Fernando Mejía. Éste mostraba signos claros de tortura, heridas punzantes en piernas y brazos y una herida abierta en el cráneo, aparentemente causada por la bala de un arma. Su cuerpo estaba severamente golpeado e hinchado.

A solicitud de la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH) y de Raquel Mejía, el 21 de junio el Fiscal Provincial de Oxapampa ordenó a la policía local investigar los homicidios de Fernando Mejía y Aladino Melgarejo.

El 22 de junio el mencionado fiscal inspeccionó el área donde se encontraron los cadáveres, hallando cartuchos de balas FAL semejantes a las usadas por el Ejército peruano. Inmediatamente después solicitó al Jefe Político Militar de la región que identificara a los oficiales a cargo del Batallón Nueve de Diciembre.

En tres oportunidades entre el 28 y 30 de junio de 1989, Raquel Mejía recibió llamadas telefónicas anónimas en las que se le amenazaba de muerte si continuaba con la investigación del homicidio de su esposo. Temiendo por su seguridad, en agosto de 1989 Raquel Mejía abandonó el país dirigiéndose primero a Estados Unidos y después a Suecia donde obtuvo asilo político.

A pesar de existir una denuncia penal por lo ocurrido con el señor Mejía, no se llevaron a cabo los actos procesales necesarios para esclarecer el delito. Cabe indicar que en dos oportunidades, el 6 de mayo y el 2 de julio de 1991, el juez penal de Oxapampa requirió al Jefe Político Militar de Mantaro-Junín, General Luis Pérez, que identificase a los oficiales que participaron en la “campana antsubversiva” en Oxapampa entre el 13 y el 17 de junio de 1989. El Ejército no respondió nunca a lo solicitado.

Raquel Mejía denunció ante la CIDH que cuando en junio de 1989 presentó su declaración a la policía de Oxapampa en relación al secuestro y posterior homicidio de su esposo, omitió denunciar los abusos sexuales de los que había sido objeto pues estaba temerosa de que la revelación de las violaciones cometidas contra su persona pudieran causarle ostracismo y exponerla a mayor peligro o daño físico. Asimismo, sostuvo que en el Perú no existían recursos internos efectivos a través de los cuales una víctima de violencia sexual por miembros de las fuerzas de seguridad podía obtener una investigación imparcial de los hechos y la sanción de los culpables, más aún en zonas de emergencia<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Es importante señalar que la CIDH citó los informes del Relator Especial contra la Tortura, de Amnistía Internacional y de Human Rights Watch, que coincidían en que respecto a los casos de abuso sexual; muy pocos miembros de las fuerzas de seguridad eran procesados, pues por el contrario eran protegidos por sus propias instituciones.

## El Informe N° 5/96 de la CIDH

La posición de la CIDH sobre el caso de Raquel Mejía fue fijada en el Informe N° 5/96. Como se ha señalado, Raquel Mejía no denunció la violencia sexual de la que fue víctima ante las autoridades peruanas. Por lo tanto, el Estado peruano podría haber invocado que no se habían agotado los recursos internos. Sin embargo, el Perú no realizó tal invocación.

En opinión de la CIDH, de los principios del derecho internacional generalmente reconocidos, resultaba, en primer lugar, que se trataba de una regla cuya invocación podía ser renunciada de forma expresa o tácita por el Estado que tenía derecho a invocarla. En segundo lugar, que la excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debía ser planteada en las primeras etapas del procedimiento, a falta de la cual podía presumirse la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado. Por ello la CIDH consideró que como el Estado peruano había omitido plantear la mencionada excepción, se debía considerar que había renunciado a ella. El Estado tampoco suministró información a la CIDH sobre el caso.

La Comisión consideró que la falta de comparecencia de un Estado o su omisión de suministrar información no transformaban *per se* los hechos denunciados en verdaderos. Más bien, debía realizarse un análisis de los mismos a la luz de ciertos criterios que permitieran establecer que no existían otros elementos de convicción que pudieran llevar a una conclusión diversa de aquella presentada por el peticionario. La CIDH determinó que tales criterios eran el de consistencia, credibilidad y especificidad.

Dado que el Gobierno peruano omitió discutir los hechos presentados por los peticionarios, la Comisión consideró la versión presentada por éstos y luego de establecer que la misma se ajustaba a los criterios de consistencia, credibilidad y especificidad decidió “presumir como verdaderos los

hechos relativos a la violación de Raquel Mejía por efectivos pertenecientes al Ejército Peruano”.

En opinión de la CIDH, los peticionarios presentaron una versión detallada y consistente de los hechos, indicando fecha y lugar en que ocurrieron, señalando como responsable a un individuo que vestía uniforme de faena del Ejército peruano y se encontraba con un número importante de soldados. Por otro lado, Raquel Mejía vivía en un área sujeta a la legislación de emergencia, en la que los militares habitualmente asumían el control de la población y se constituían en la máxima autoridad, aún por encima de los funcionarios civiles debidamente elegidos. Como consecuencia de ello, según la CIDH en estas áreas habitualmente se perpetraban numerosas violaciones a los derechos humanos.

Adicionalmente, la CIDH consideró que la versión presentada por la denunciante, se corroboraba por diversos informes de organismos intergubernamentales y no gubernamentales en los que se documentaba numerosas violaciones de mujeres en el Perú, perpetradas por miembros de las fuerzas de seguridad en zonas de emergencias y donde se hacía referencia al caso concreto de Raquel Mejía, describiéndolo como representativo de esta situación<sup>79</sup>.

Por otro lado, la CIDH señaló que los actos que afectaron al esposo de Raquel Mejía se encontraban estrechamente vinculados con los abusos de los que ésta fue víctima pues tuvieron lugar la misma noche y fueron perpetrados por los mismos individuos. Por ello, las pruebas aportadas, aún cuando no atañían directamente al caso en cuestión, resultaban suficientes, en concepto de la CIDH, para presumir la responsabilidad de miembros del Ejército peruano en la comisión de los vejámenes contra Raquel Mejía.

---

<sup>79</sup> Entre ellos el Informe de 1992 del Relator Especial contra la Tortura designado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, informes de Amnistía Internacional y de Human Rights Watch.

Es importante destacar que la CIDH señaló que “el abuso sexual, además de constituir una violación a la integridad física y mental de la víctima, implica un ultraje deliberado a su dignidad. En este sentido se transforma en una cuestión que queda incluida en el concepto de vida privada. La Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que el concepto de vida privada alcanza a la integridad física y moral de una persona, y en consecuencia incluye su vida sexual”.

Destacó que en el ámbito del derecho internacional humanitario, el artículo 27° del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, explícitamente prohibía el abuso sexual. Asimismo, la CIDH sostuvo que el artículo 147° del mencionado convenio, que establece los actos considerados como infracciones graves o crímenes de guerra, incluía la violación en tanto constituía “tortura o trato inhumano”<sup>80</sup>. Igualmente, afirmó que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) había declarado que la “infracción grave de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud” incluía los abusos sexuales<sup>81</sup>.

Por otro lado, la CIDH citó el artículo 76° del Protocolo I, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, que prevé una prohibición expresa de la violación y otros tipos de abusos

---

<sup>80</sup> Artículo 147°. Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes, si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal, el hecho de forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la potencia enemiga, o el hecho de privarla de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario.

<sup>81</sup> ICRC, “Aide Mémoire” citado en T. Meron, *Rape as a Crime under International Humanitarian Law*, 87, ÁGIL 426. (Dec., 3, 1992).

sexuales. Hizo lo propio con el artículo 85.4°. Por ello señaló que de acuerdo a lo establecido en tales normas –Cuarto Convenio y Protocolo I– cualquier acto de violación cometido individualmente constituía un crimen de guerra. Para el caso de conflictos no internacionales, señaló la CIDH, que tanto el artículo 3° común a las cuatro Convenciones de Ginebra, como el artículo 4.2° del Protocolo II, adicional a dichos instrumentos, incorporaban la prohibición contra la violación y otros abusos sexuales en la medida en que fueran el resultado de la comisión de un daño deliberado contra una persona.

### **La violación como tortura**

La CIDH estableció que la violación sexual de Raquel Mejía constituía tortura. Señaló que si bien de la letra de la *Convención americana sobre derechos humanos* no surgía qué debía entenderse por tortura, en el ámbito interamericano la determinación de qué actos configuraban tortura se encontraba establecida en la *Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura*.

A partir de dicho instrumento la CIDH concluyó que para que existiera tortura debían conjugarse tres elementos:

1. Que se trate de un acto a través del cual se inflijan a una persona penas, sufrimientos físicos y mentales;
2. Cometido con un fin;
3. Por un funcionario público o por una persona privada a instigación del primero.

La CIDH estableció que en el caso de Raquel Mejía se conjugaban los tres elementos, pues:

- a) la violación como acto de violencia contra su integridad le había causado penas y sufrimientos físicos y mentales;
- b) la violación había sido perpetrada para castigarla personalmente e intimidarla, pues ella había sido requerida como terrorista, al igual que su esposo. Por otro

lado, Raquel Mejía se había sentido aterrorizada no sólo por su seguridad sino por la de su hija, quien dormía en la otra habitación y por la vida de su esposo;

- c) la violación había sido cometida por un miembro de las fuerzas de seguridad, que se hacía acompañar por un número importante de soldados.

Finalmente, la CIDH señaló que las violaciones de las que había sido objeto Raquel Mejía en tanto afectaron su integridad física y mental, incluida su dignidad personal, configuraron una transgresión de su derecho a la intimidad cuya responsabilidad resultaba atribuible al Estado peruano. Por lo tanto, el Estado peruano omitió respetar los derechos a la integridad personal y a la protección a la honra y dignidad de Raquel Mejía, incurriendo en una violación de los artículos 5° y 11° de la *Convención americana*. También declaró que se habían violado los artículos 25° (derecho a un recurso efectivo), 8° (derecho a un debido proceso), y 1.1° (obligación de garantizar los derechos consagrados por la citada *Convención*).

En consecuencia, la CIDH recomendó al Estado peruano que efectuara una exhaustiva, rápida e imparcial investigación de los abusos sexuales de los que fue víctima Raquel Mejía, a fin de identificar a sus perpetradores para que se les impusiera las sanciones pertinentes, y procediera a pagar una justa indemnización a la parte lesionada.

### Capítulo III

## Procesos constitucionales sobre derechos sexuales y reproductivos en América Latina: algunos ejemplos

En el ámbito interno, la importancia que en toda democracia tienen los derechos fundamentales determina que se les dote de un régimen de protección jurídica reforzada. Por ello, Ferrajoli afirma que el garantismo “es la otra cara del constitucionalismo, estando encaminado a formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente”<sup>82</sup>.

En materia de derechos sexuales y reproductivos merece la pena destacar, especialmente, los procesos de amparo e inconstitucionalidad que han tenido lugar en distintos países. Son instrumentos judiciales que han permitido que las víctimas reaccionen frente a una vulneración de alguno de sus derechos constitucionales. Los casos que a continuación se describen confirman que los grandes problemas de interpretación jurídica se han trasladado al campo de la interpretación constitucional<sup>83</sup>.

### 1. Derechos reproductivos

Sin lugar a dudas el método anticonceptivo que más polémica ha generado recientemente en América Latina es la anticoncepción oral de emergencia. En atención a ello, a continuación haré referencia a la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional peruano, con ocasión de un proceso de cumplimiento promovido por un grupo de mujeres para que el Estado distribuyera anticoncepción oral de emergencia.

---

<sup>82</sup> Ferrajoli Luigi, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional” en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* N° 16, ITAM, México, 2002, p. 16.

<sup>83</sup> Aragón Manuel, *Constitución, democracia y control*, op. cit. p. 153. Véase *Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*, Luisa Cabral, Julieta Lemaitre y Mónica Roa (editoras), Temis, Bogotá, 2001.

Asimismo, haré referencia al proceso de amparo que resolvió la Corte Suprema de Justicia de Argentina sobre la inducción al parto de una mujer embarazada de un feto anencefálico, al proceso de inconstitucionalidad promovido ante la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica cuestionando el decreto que reguló las técnicas de reproducción asistida, así como a la última sentencia expedida por la Corte Constitucional de Colombia en materia de aborto.

## **1.1 Argentina**

### **1.1.1 Proceso de amparo en el caso de una mujer embarazada de un feto anencefálico: Sentencia de 11 de enero de 2001 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

Como se sabe, el amparo procede contra hechos u omisiones por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que amenazan o vulneran un conjunto derechos constitucionales.

El 17 de octubre de 2000, en el Hospital Materno Infantil Ramón Sardá, se diagnosticó –a través de una ecografía– que la señora S. T. de 35 años de edad, casada y con una hija de 12 años, estaba embarazada de un feto que no presentaba desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (feto anencefálico). Tenía 19 semanas de gestación, es decir casi cinco meses de embarazo. El 2 de noviembre de 2000, la señora S. T. solicitó al referido hospital que le indujera el parto o llevara a cabo la intervención que el médico estimara para poner fin al embarazo. Las autoridades del hospital se negaron a practicar la intervención quirúrgica solicitada, aduciendo que era imprescindible una orden judicial que la autorizara. S. T. presentó una demanda de amparo contra el centro hospitalario, con el objeto de obtener una autorización judicial “para anticipar el parto o interrumpir el embarazo”. La demanda se basó en el artículo 14° de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que establece que la acción de amparo procede

frente a la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que amenace o lesione derechos.

La jueza de primera instancia rechazó la demanda. La magistrada a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 7 de la Ciudad de Buenos Aires, juzgó que la pretensión debía encuadrarse en la hipótesis del aborto terapéutico, regulado en el artículo 86° inciso 1) del Código Penal argentino. Sin embargo, consideró que no se había demostrado que el embarazo pudiera poner en grave riesgo la salud de la madre. Por lo tanto, concluyó que la negativa de la entidad hospitalaria a practicar la intervención quirúrgica solicitada “no constituía una conducta arbitraria ni ilegítima en los términos del artículo 14° de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

La Cámara de Apelaciones confirmó la decisión de primera instancia por la mayoría de dos votos contra uno. La recurrente interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de la Ciudad, el que fue concedido el 22 de diciembre de 2000. El 26 de diciembre de 2000, dicho tribunal se pronunció por mayoría (4 votos a 1), haciendo lugar al recurso, y revocando la resolución apelada. En consecuencia, autorizó a la dirección del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá para que procediera a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesárea a la señora S. T.

El Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal contra la sentencia del Tribunal Superior. La Corte Suprema declaró formalmente procedente el recurso extraordinario toda vez que se hallaba “en juego la interpretación de normas federales (artículo 14, 14 bis, 18, 19, 33, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y la *Declaración universal de derechos humanos; Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; Convención americana sobre los derechos humanos Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; Ley 23849 aprobatoria de la Convención de los*

*derechos del niño, la convención de los derechos del niño; Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, tratados de jerarquía constitucional) y haber sido la decisión apelada contraria a los derechos que el recurrente sustenta en dichas normas”.*

La Corte Suprema confirmó por cinco votos contra tres la decisión del Tribunal Superior. La señora S. T. tenía para entonces ocho meses de gestación. La Corte Suprema se basó principalmente en los siguientes argumentos:

- a) La anencefalia era una enfermedad clínica que excluía la viabilidad extrauterina del feto.
- b) Se trataba de un parto prematuro y no inmaduro.
- c) La Corte, coincidiendo con el *aquo*, sostuvo que la petición de amparo no implicaba la autorización para efectuar un aborto pues no se perseguía una acción que tuviera por objeto la muerte del feto. Sostuvo que el valor defendido por el recurrente se definía como una supervivencia intrauterina durante escasos días frente a una muerte inmediata después del parto, científicamente considerada inevitable. En esa situación debía analizarse si adelantar el nacimiento adelantaba realmente la muerte del defendido.
- d) Atendiendo a los informes médicos, la Corte sostuvo que adelantar o postergar el alumbramiento en esta etapa de la gestación no beneficiaba o empeoraba la suerte del *nasciturus*. No cabía suponer que la preservación de la vida impusiera la postergación artificiosa del nacimiento, “para prolongar la única supervivencia que le es relativamente asegurada: la intrauterina”. En esas circunstancias coexistía la frágil e incierta vida intrauterina del *nasciturus* con el sufrimiento psicológico de la madre y de su familia entera.
- e) El nacimiento no sería un medio para causar la muerte del feto, el fallecimiento sería exclusivamente la consecuencia de su patología congénita, por lo tanto no se violaba el artículo 2º de la Ley N° 23849 aprobatoria de la *Conven-*

*ción sobre los derechos del niño* ni el artículo 4º de la mencionada convención. “Si fallece, como se anuncia, será por sufrir la grave dolencia que lo afecta, no por haberse dado cumplimiento al paso necesario natural de la vida que consiste en la separación de su madre por efecto del parto”.

- f) En una suerte de ponderación, la Corte Suprema tomó en cuenta la prolongación de “la vida intrauterina del feto” y lo irremediable del fatal desenlace frente a “los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física, y en fin, a todos aquellos reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional”; señalando que como elemento esencial de esta decisión se amparaba “la salud de la madre, cuya estabilidad psicológica ya afectada por los hechos, que hablan por sí mismos– constituye un bien a preservar con la mayor intensidad posible dentro de los que aquí son susceptibles de alguna protección”<sup>84</sup>.
- g) La Corte Suprema reiteró que no se trataba de una acción humana enderezada a provocar la muerte durante la gestación sino la inducción del nacimiento una vez llegado el momento en que el avance del embarazo asegurara dentro del margen de toda situación vital el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir. Asimismo, afirmó que era una decisión “con pleno respeto a la vida desde el momento de la concepción”.

Como a partir del fallo citado la interrupción del embarazo de un feto anencefálico no constituía delito de aborto, mediante Ley N° 1.044 de 26 de junio de 2003, la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reguló el adelantamiento del parto en los establecimientos asistenciales del sistema de salud de la Ciudad de Buenos Aires, en los casos en los que la

---

<sup>84</sup> Quien realiza una ponderación algo más explícita es el magistrado Gustavo Bossert, quien afirma en su voto que “el simple objetivo de prolongar vida uterina del *nasciturus* no puede prevalecer ante el daño psicológico de la madre que deriva del intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y de calota craneana, con viabilidad nula en la vida extrauterina”.

mujer estuviere embarazada de un feto que padece anencefalia o patología análoga incompatible con la vida extrauterina. De acuerdo con la citada ley se requiere certificación médica de inviabilidad del feto, consentimiento informado de la mujer embarazada y que el feto haya alcanzado las veinticuatro semanas de edad gestacional, o la mínima edad gestacional en la que se registra viabilidad de fetos intrínseca o potencialmente sanos.

Sin embargo, existen otras razones que podrían sustentar no sólo que se permita la inducción al parto de una mujer que se encuentra embarazada de un feto anencefálico (quien debe esperar por lo menos a las veinticuatro semanas de gestación) sino eventualmente que se permita la interrupción del embarazo en una etapa más temprana.

En efecto, si el aborto supone la interrupción de la gestación de un feto vivo –pues el bien jurídico protegido es la vida en formación– cabría sostener que en la medida en que el feto anencefálico carece de actividad cerebral, no se trataría –científicamente hablando– de una vida y por lo tanto, la interrupción de dicho embarazo sería un acto atípico<sup>85</sup>.

Por el contrario, si se considera vida a la existencia de un feto anencefálico, la interrupción del embarazo podría ser igualmente un acto atípico pues se trataría de un aborto terapéutico, de acuerdo a lo sostenido por el Comité de Derechos Humanos en el caso de *K. L. vs. Perú*. Me parece pertinente señalar que en el caso argentino que se acaba de comentar, el doctor Ricardo Illia –médico obstetra– sostuvo, en una de las audiencias llevadas a cabo, que el daño psicológico de la madre que se deriva del intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y de calota

---

<sup>85</sup> De conformidad con el artículo 108° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud del Perú, se considera ausencia de vida el cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos de los órganos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de trasplante, injerto o cultivo.

craneana con nula viabilidad extrauterina, tenía visos de tortura.

## 1.2 Colombia

### 1.2.1 Proceso de inconstitucionalidad contra los artículos 122°, 123°, 124° y 32° numeral 7) del Código Penal: Sentencia 355/06 de 10 de mayo de 2006

El proceso de inconstitucionalidad tiene por objeto la defensa de la Constitución frente a infracciones de su jerarquía normativa. Pérez Royo afirma que el control de las normas “es la tarea más importante del Tribunal Constitucional y su auténtica razón de ser”<sup>86</sup>.

Colombia era uno de los países de América Latina que penalizaba todo tipo de aborto. Por ello, los ciudadanos Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana presentaron distintas demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 32° numeral 7) del artículo 32°, 122° y 124°, así como contra la expresión “*o en mujer menor de catorce años*” contenida en el artículo 123° de la Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal.

Los demandantes alegaron que las normas cuestionadas vulneraban los siguientes derechos constitucionales: el derecho a la dignidad (Preámbulo y artículo 1°), el derecho a la vida (Art. 11°), el derecho a la integridad personal (Art. 12°), el derecho a la igualdad (Art. 13°), el derecho al libre desarrollo

---

<sup>86</sup> Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2000, séptima edición, op. cit. p. 935. En síntesis, en relación al control judicial de la ley, se distingue entre el modelo americano, en el que todo juez tiene reconocida la potestad de inaplicar las leyes que estime contrarias a la Constitución, y el modelo europeo, en el que sólo un tribunal especial (Tribunal o Corte Constitucional), tiene competencia para declarar, con efectos generales, la inconstitucionalidad de la ley, véase Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”. Op. cit. pp. 247 y ss.

de la personalidad (Art. 16°), la autonomía reproductiva (Art. 42°), el derecho a la salud (Art. 49°) y las obligaciones del derecho internacional de derechos humanos (Art. 93°). Asimismo, afirmaron que las disposiciones demandadas eran contrarias a opiniones emitidas por los organismos encargados de interpretar y aplicar los tratados internacionales de derechos humanos. En el caso del artículo 32° numeral 7) se afirmó que el estado de necesidad, regulado por dicha norma, vulneraba los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal de la mujer, porque ésta se veía obligada a someterse a un aborto clandestino “y por lo tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad”.

Los artículos demandados del Código Penal colombiano establecían que:

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. (...)

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

(...)

#### CAPÍTULO CUARTO

##### Del aborto

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Artículo 123. Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de

catórze años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

Artículo 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

PAR. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Mediante Sentencia C-355/06 la Corte Constitucional de Colombia declaró<sup>87</sup>:

---

<sup>87</sup> Ésta es la quinta vez que la Corte Constitucional expide una sentencia relativa a normas penales de aborto. Previamente, había expedido las sentencias C-133-94, C-013-97, C-647-01 y C-198-02. Por ello, consta en la propia sentencia que la demandante Mónica Roa hizo un estudio de procedibilidad, sustentando por qué no era posible afirmar que los fallos precedentes sobre aborto constituían cosa juzgada. Entre varias razones para establecer la procedencia de las demandas, la Corte Constitucional de Colombia señaló que “la cosa juzgada material no puede ser entendida como una petrificación de la jurisprudencia sino como un mecanismo que busca asegurar el respeto al precedente, pues lo contrario podría provocar inaceptables injusticias. Por lo tanto, cuando existan razones de peso que motiven un cambio jurisprudencial –tales como un nuevo contexto fáctico o normativo– la Corte Constitucional puede apartarse de los argumentos esgrimidos en decisiones previas, e incluso también puede llegar a la misma decisión adoptada en el fallo anterior pero por razones adicionales o heterogéneas”, Sentencia C-355/06, fundamento 4.

En América Latina, la Suprema Corte de Justicia de México también ha resuelto una demanda de inconstitucionalidad en materia de aborto, promovida por una minoría parlamentaria de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Se trata de la sentencia de 29 y 30 de enero de 2002, mediante la cual la referida Suprema Corte reconoció la validez del artículo 334º, fracción III del antiguo Código Penal del Distrito Federal, y se desestimó la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 131 bis del Código de Procedimientos Penales del mismo lugar. La primera de las normas mencionadas establecía que no se aplicaría sanción cuando a juicio de dos médicos especialistas existiera razón suficiente para diagnosticar que el producto presentaba alteraciones genéticas o congénitas que pudieran dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que pudieran poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre

- a) Exequible (constitucional) el artículo 32° numeral 7) de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia;
- b) Exequible el artículo 122° de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que “no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”;
- c) Inexequible la expresión “... o en mujer menor de catorce años...” contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.
- d) Inexequible el artículo 124° de la Ley 599 de 2000.

Los fundamentos de la decisión de la Corte Constitucional pueden ser divididos principalmente en tres partes<sup>88</sup>:

---

que se tuviera el consentimiento de la mujer embarazada. La segunda de ellas, otorgaba al Ministerio Público la facultad de autorizar, en el término de veinticuatro horas, la interrupción del embarazo en caso de violación sexual o de inseminación artificial no consentida. Sobre esta sentencia véase Aguinaco Alemán, Vicente y otros, *La Suprema Corte de Justicia y el derecho a la vida. Sentencia sobre el aborto*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, D.F., 2003. El 26 de abril de 2007 se publicó en la *Gaceta Oficial* del Distrito Federal la modificación de cuatro artículos del Código Penal, uno de los cuales establece que aborto es la interrupción del embarazo después de la décimo segunda semana de gestación. Es probable que esta modificación dé lugar a una nueva demanda de inconstitucionalidad.

88 La Sentencia C-355/06 tiene más de seiscientas páginas. Las consideraciones y fundamentos de la misma se desarrollan en más de noventa páginas. Por ello, en este artículo se sintetizan los fundamentos de la decisión, no incluyendo, por ejemplo, la regulación del aborto en el derecho comparado, contenida en el fundamento 9 de la Sentencia C-355/06.

1. El análisis de la vida como derecho fundamental y como bien constitucionalmente relevante, los tratados internacionales que hacen bloque de constitucionalidad, y los derechos de las mujeres en la Constitución y en los tratados internacionales.
2. Los límites a la potestad sancionadora del Estado, de manera especial los relacionados con los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, el bloque de constitucionalidad, la razonabilidad y la proporcionalidad.
3. El control de constitucionalidad sobre las disposiciones demandadas, ponderando los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida.

**1. El análisis de la vida como derecho fundamental y como bien constitucionalmente relevante, los tratados internacionales que hacen bloque de constitucionalidad, y los derechos de las mujeres en la Constitución y en los tratados internacionales**

*La vida como derecho fundamental y como bien constitucionalmente relevante*

La Corte Constitucional afirmó que la vida debía ser protegida y, por tanto, el Poder Legislativo debía adoptar todas las medidas requeridas para lograr tal protección. Sin embargo, ello no significaba que estuvieran justificadas todas las que dictara con esa finalidad, pues a pesar de su relevancia constitucional la vida no era un valor o derecho de carácter absoluto, sino que debía ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales<sup>89</sup>. Adicionalmente, la referida Corte señaló que había que “establecer una distinción entre la vida como bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental (...) El derecho a la vida supone la titularidad

---

<sup>89</sup> Ibid, fundamento 5.

para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición”<sup>90</sup>.

La Corte Constitucional sostuvo que le correspondía al legislador, dentro de los límites fijados en la Constitución, determinar en cada caso específico, la extensión, el tipo y la modalidad de la protección a la vida del que está por nacer<sup>91</sup>. No obstante, recordó que el recurso a la penalización de conductas debía operar como última *ratio*, cuando las demás medidas no resultaran efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico<sup>92</sup>.

### *Los tratados internacionales que hacen bloque de constitucionalidad*

La sentencia C-355/06 es interesante pues en ella se analiza la compatibilidad del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, la *Convención americana sobre derechos humanos* y la *Convención sobre los derechos del niño* con las normas despenalizadoras en materia de aborto. La Corte Constitucional, citando la sentencia C-191-1998, recordó que, *strictu sensu*, el bloque de constitucionalidad se encontraba conformado por los principios y normas constitucionales así como por los tratados internacionales que consagran derechos humanos<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> Ibid., fundamento 5.

<sup>91</sup> Ibid., fundamento 5.

<sup>92</sup> Es interesante destacar que la Corte Constitucional señaló que “que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión”.

<sup>93</sup> La Corte Constitucional estableció lo siguiente en la Sentencia C-191-98: “(...) Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del

Respecto de la *Convención sobre los derechos del niño*, la Corte Constitucional de Colombia afirmó que de los trabajos preparatorios de la referida *Convención* se desprende que se había dejado a los Estados Parte la facultad de adoptar la definición de “niño”, que se extendía al concepto de vida protegido por la Constitución<sup>94</sup>.

En relación al artículo 4.1. de la *Convención sobre los derechos humanos*, la referida Corporación sostuvo que dicho artículo podía interpretarse de dos maneras:

- a) Que el *nasciturus*, a partir de la concepción era una persona, titular del derecho a la vida, en cuyo favor había que adoptarse, en general, medidas de carácter legislativo;
- b) Que a partir de la concepción debían adoptarse medidas legislativas que protegieran “en general” la vida en gestación.

No obstante, según la Corte Constitucional, ninguna de las posibilidades interpretativas de esa norma, permitía afirmar que el derecho a la vida o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado fuera absoluto. Por el contrario, al carecer los derechos reconocidos en la citada *Convención*

---

concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93) (...). Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias”, fundamento 5.

<sup>94</sup> Ibid., fundamento 6.

de un carácter absoluto, era preciso realizar una ponderación cuando surgieran colisiones entre ellos<sup>95</sup>.

La Corte Constitucional, citando la Sentencia C-28-2006, que a su vez se refiere a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Europea de Derechos Humanos, afirmó que “los tratados internacionales son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”<sup>96</sup>, así como que era necesario interpretar armónica y sistemáticamente los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad y la Constitución.

### *Los derechos fundamentales de la mujer en Colombia*

Según la Corte Constitucional, la Constitución de 1991 era clara al reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres, siendo hoy en día la mujer un sujeto constitucional de especial protección.

La citada Corte admitió que había situaciones que afectaban sobre todo y de manera diferente a las mujeres, en particular aquellas referidas a su cuerpo, su sexualidad y reproducción<sup>97</sup>.

La sentencia C-355/06 también hizo referencia a los derechos de las mujeres reconocidos en la *Declaración universal de derechos humanos*, el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, el *Pacto internacional de*

---

<sup>95</sup> Ibid., fundamento 6. Sobre el artículo 4.1 de la *Convención americana sobre derechos humanos*, véase la Resolución N° 23/81, de 6 de marzo de 1981, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso 2141 Baby Boy). En aquella oportunidad la CIDH afirmó que, sobre la base de los antecedentes legislativos de la *Declaración americana de derechos y deberes del hombre* así como de la *Convención americana sobre derechos humanos*, no era posible interpretar que tales instrumentos conferían un derecho absoluto a la vida desde la concepción.

<sup>96</sup> Sentencia 355/06, fundamento 6.

<sup>97</sup> Ibid., fundamento 7.

*derechos económicos, sociales y culturales*, la *Convención americana sobre derechos humanos*, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW), la *Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará”*, así como en el Estatuto de Roma.

Igualmente, la Corte Constitucional citó la Declaración y Programa de Acción de Viena, que señala que “[l]os derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales”<sup>98</sup> así como el concepto de derechos reproductivos contenido en el Programa de Acción de El Cairo de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo.

En atención a ello, la Corte Constitucional afirmó que los diferentes tratados internacionales eran la base para el reconocimiento de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales partían de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia así como el derecho a la educación<sup>99</sup>.

La Sentencia C-355/06 citó, adicionalmente, la Recomendación General 24 del Comité CEDAW, que señala que “[e]l acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones”<sup>100</sup>. También afirmó la Corte Constitucional que el derecho a la intimidad se violaba cuando el Estado o los particulares interferían con el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. Dicho derecho –añadió la Corte Constitucional–

---

<sup>98</sup> Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), párrafo 18.

<sup>99</sup> Sentencia C-355/06, fundamento 7.

<sup>100</sup> Recomendación General 24, op. cit., párrafo 14.

“cobija el derecho a que el médico respete la confidencialidad de su paciente, y por lo tanto, no se respetaría tal derecho, cuando se le obliga legalmente a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto”<sup>101</sup>.

La Corte Constitucional concluyó que “los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos”<sup>102</sup>.

Como de las normas internacionales no se derivaba un mandato para despenalizar el aborto ni una prohibición para aprobar normas sancionatorias, la Corte Constitucional afirmó que el Congreso tenía, por lo tanto, una amplia potestad de configuración de la ley penal, potestad que no era ilimitada.

## **2. Los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal: dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y salud**

La Corte Constitucional reiteró que el legislador no contaba con una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos, por cuanto encontraba claros límites en los principios y valores constitucionales así como en los derechos constitucionales de las personas<sup>103</sup>, como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la salud.

### *Dignidad humana*

La Corte Constitucional afirmó que la dignidad humana protegía: “i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan de vida y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), ii) ciertas condiciones materiales concretas

---

<sup>101</sup> Sentencia C-355/06, fundamento 7.

<sup>102</sup> Ibid., fundamento 7.

<sup>103</sup> Ibid., fundamento 8.

de existencia (vivir bien) y iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física y moral (vivir sin humillaciones)”<sup>104</sup>.

En atención a lo expuesto, la Corte Constitucional sostuvo que la dignidad humana aseguraba una esfera de autonomía y de integridad moral que debía ser respetada por los poderes públicos y por los particulares. “Respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados”<sup>105</sup>. La Corte Constitucional añadió que el legislador al adoptar normas de carácter penal no podía “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”<sup>106</sup>.

### **Libre desarrollo de la personalidad**

Para la Corte Constitucional se trataba del derecho a la libertad general de actuación, que comprendía no sólo los específicos derechos de libertad consagrados en la Constitución sino también el ámbito de autonomía individual no protegido por ninguno de estos derechos<sup>107</sup>. Constitúan dimensiones de este derecho, la libertad de las personas de escoger su estado

---

<sup>104</sup> Ibid, fundamento 8.1.

<sup>105</sup> Ibid., fundamento 8.1.

<sup>106</sup> Ibid., fundamento 8.1.

<sup>107</sup> Ibid., fundamento 8.2. El Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el derecho al libre desarrollo ampara las facultades o potestades consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales,

civil, decidir entre contraer matrimonio, vivir en unión libre o permanecer en soltería, el derecho a ser madre, la preferencia sexual, la asunción de una determinada identidad sexual, el derecho a seguir un tratamiento médico o a rehusarlo, entre otros.

La Corte Constitucional afirmó que en jurisprudencia reiterada había establecido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad era un límite claro a la potestad de configuración del legislador en materia sancionatoria, y que había señalado en diversas decisiones que el legislador “sin importar la relevancia de los bienes constitucionales que pretenda proteger, no puede establecer medidas perfeccionistas que supongan una restricción desproporcionada del derecho al libre desarrollo de la personalidad”<sup>108</sup>.

### *Salud, vida e integridad de las personas*

La Corte Constitucional sostuvo que la salud era un bien constitucionalmente protegido, un derecho constitucional con múltiples contenidos y un servicio público a cargo del Estado. Según la mencionada corporación, el derecho a la salud se catalogaba como fundamental cuando se encontraba en relación de conexidad con el derecho a la vida, es decir cuando su protección era necesaria para garantizar la continuidad de la existencia de la persona en condiciones de dignidad<sup>109</sup>.

---

véase la Sentencia de 24 de noviembre de 2004, fundamento 5, recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC.

<sup>108</sup> Ibid., fundamento 8.2. En la Sentencia C-309-97 la Corte Constitucional afirmó que el llamado “perfeccionismo” considera que es deber del ordenamiento jurídico utilizar instrumentos coactivos para imponer a las personas determinados modelos de virtud o de excelencia humana. Según la Corte Constitucional, en Colombia las medidas perfeccionistas estaban excluidas porque no era admisible que en un Estado que reconocía la autonomía de las personas y el pluralismo en todos los campos, las autoridades impusieran con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana, véase Sentencia C-309-97, fundamento 7. En igual sentido véase la Sentencia C-040-06, fundamento 2.

<sup>109</sup> Sentencia C-355/06, fundamento 8.3.

El derecho a la salud incluía tanto la salud física como la mental, y en el caso de las mujeres se extendía a la salud reproductiva, íntimamente ligada a la ocurrencia del aborto espontáneo o provocado, casos en los cuales, por múltiples circunstancias, podía estar en peligro la vida de la madre o ser necesario un tratamiento para recuperar su función reproductiva<sup>110</sup>.

Por otro lado, la Corte Constitucional afirmó que el derecho a la salud, además de su contenido prestacional, tenía el carácter de un derecho de defensa frente a injerencias estatales o de terceros que lo amenazaran o vulneraran y, que *prima facie*, no resultaba proporcionado ni razonable que el Estado colombiano impusiera “a una persona la obligación de sacrificar su propia salud, en aras de proteger intereses de terceros, aun cuando éstos últimos sean constitucionalmente relevantes”<sup>111</sup>.

Para la Corte Constitucional, el derecho a la salud tenía una esfera en la que se conectaba estrechamente con la autonomía personal y con el libre desarrollo de la personalidad. Esa esfera estaba constituida por la potestad de tomar decisiones sobre la propia salud, lo que incluía el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afectaran la salud sexual y reproductiva<sup>112</sup>.

En opinión de la Corte Constitucional, la salud como bien de relevancia constitucional, y como derecho fundamental, constituía un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluía la adopción de medidas que menoscabaran la salud de las personas aún fuera en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> Ibid., fundamento 8.3.

<sup>111</sup> Ibid., fundamento 8.3.

<sup>112</sup> Ibid., fundamento 8.3.

<sup>113</sup> Ibid., fundamento 8.3.

*El bloque de constitucionalidad como límite a la libertad de configuración en materia penal*

El análisis del bloque de constitucionalidad como límite a la libertad de configuración en materia penal resultaba muy importante en este caso pues gran parte de los argumentos presentados en una de las demandas se centraba en que las normas cuestionadas vulneraban disposiciones de los tratados de derechos humanos así como recomendaciones del Comité de Derechos Humanos, del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer así como del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En efecto, los mencionados comités de Naciones Unidas habían recomendado la revisión de la legislación penal colombiana que prohibía el aborto de manera absoluta, por considerarla contraria al *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, a la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y al *Pacto de derechos económicos, sociales y culturales*. Para los demandantes tanto los tratados como las recomendaciones de tales comités formaban parte del bloque de constitucionalidad.

Al respecto, la Corte Constitucional señaló que las recomendaciones y observaciones proferidas por los Comités de Naciones Unidas no se incorporaban de manera automática al bloque de constitucionalidad para constituir un parámetro para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, la Corte Constitucional afirmó que la forma como dichos tratados habían sido interpretados por los organismos encargados de establecer su alcance resultaba relevante al momento de precisar su alcance.

La Corte Constitucional sostuvo que distintas disposiciones del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* y de la *Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer*, en tanto bloque de constitucionalidad, cobraban una especial relevancia para

examinar la constitucionalidad de la prohibición total del aborto<sup>114</sup>.

*La proporcionalidad y la razonabilidad como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal*

La Corte Constitucional señaló que el principio de proporcionalidad actuaba como límite en dos direcciones. En primer lugar, la norma penal no podía suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego y, en ese sentido, no podía ser una medida perfeccionista por medio de la cual se pretendiera imponer un determinado modelo de conducta, ni podía “suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección”<sup>115</sup>.

En segundo lugar, el principio de proporcionalidad operaba al interior del tipo penal, pues debido al carácter de última *ratio* del derecho penal, la sanción penal, como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana, debía ser estrictamente necesaria y reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso, proporcionada a la naturaleza del hecho punible<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Ibid., fundamento 8.4.

<sup>115</sup> Ibid., fundamento 8.5.

<sup>116</sup> Ibid., fundamento 8.5.

### **3. El control de constitucionalidad sobre las disposiciones demandadas, ponderando los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida**

#### *La inconstitucionalidad de la prohibición total del aborto*

La Corte Constitucional sostuvo que la decisión en el caso del aborto era extremo compleja pues, de un lado, se encontraban diversos derechos y principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, la integridad y la vida; y, de otro, la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional que debía ser protegido por el legislador.

Para la Corte Constitucional la penalización del aborto en todas las circunstancias implicaba “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”<sup>117</sup>. La Corte Constitucional sostuvo que ninguno de los valores, principios y derechos constitucionales tenía carácter absoluto ni preeminencia incondicional frente a los restantes, y que este rasgo era uno de los fundamentos del principio de proporcionalidad como instrumento para resolver las colisiones entre normas con estructura de principios.

La mencionada corporación afirmó que la penalización absoluta del aborto suponía desconocer la dignidad de la mujer “y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección”<sup>118</sup>.

Si bien al legislador le correspondía determinar los supuestos en los cuales resultaba excesivo exigir a la mujer

---

<sup>117</sup> Ibid., fundamento 10.1.

<sup>118</sup> Ibid., fundamento 10.1.

continuar con la gestación, si no lo hacía, en opinión de la Corte Constitucional, correspondía al juez constitucional impedir afectaciones claramente desproporcionadas de los derechos fundamentales de la mujer, “sin que ello signifique que el legislador carezca de competencia para ocuparse del tema dentro del respeto a los límites constitucionales”<sup>119</sup>. En atención a lo expuesto, la Corte Constitucional analizó tres supuestos de despenalización del aborto.

A juicio de la Corte Constitucional, cuando el embarazo era resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas, debía considerarse que su interrupción no era constitutiva de delito de aborto. Ello por cuanto la prevalencia absoluta de la protección de la vida del *nasciturus* suponía un desconocimiento total de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante. En estos casos, dar prelación absoluta a la vida constituía una intromisión estatal en tales derechos manifiestamente desproporcionada e irrazonable. Por ello, la Corte Constitucional afirmó que la dignidad de la mujer excluía que pudiera considerársele como un mero receptáculo, y por tanto su consentimiento cobraba especial relevancia en un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida. La Corte Constitucional incluyó el incesto dentro de este tipo de aborto.

La Corte Constitucional estableció que cuando el aborto era resultado de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto, era preciso que el hecho punible hubiere sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes. La Corte Constitucional afirmó que el legislador podía efectuar regulaciones siempre y cuando no impidiera que el aborto se pudiera realizar o estableciera cargas desproporcionadas sobre los derechos de las mujeres (como exigir, en el caso de violación, evidencia forense de penetración

---

<sup>119</sup> Ibid., fundamento 10.1.

sexual o pruebas que avalaran que la relación sexual había sido involuntaria o abusiva, requerir que la violación sexual fuera confirmada a satisfacción del juez, pedir que el oficial de policía estuviera convencido de que la mujer había sido víctima de violación sexual o exigir el permiso, autorización o notificación del marido o de los padres).

El segundo supuesto en el que, a juicio de la Corte Constitucional, resultaba a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación, era aquel en el que estaba amenazada la salud y la vida de la mujer gestante.

La Corte Constitucional sostuvo que en reiteradas oportunidades había señalado que el Estado no podía “obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general”<sup>120</sup>. Para la Corte Constitucional una obligación de este tipo era inexigible, máxime si toda persona tenía el deber de adoptar medidas para el cuidado de su salud, en atención a lo dispuesto en el artículo 49° de la Constitución<sup>121</sup>. En opinión de la mencionada corporación, la salud incluía la salud física y la salud mental.

En atención a la interpretación que los organismos internacionales habían hecho de disposiciones como el artículo 6° del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, el artículo 12.1 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y el artículo 12° del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, la Corte Constitucional sostuvo que la prohibición del aborto, cuando estuviera en riesgo la salud o la vida de la madre, podía constituir una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas de derecho internacional.

---

<sup>120</sup> *Ibid.*, fundamento 10.1.

<sup>121</sup> Artículo 49. (...) Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

Igualmente, tratándose del aborto por razones terapéuticas, la Corte Constitucional afirmó que si bien el artículo 32° inciso 7) admitía que se invocara el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal, su regulación actual no resolvía la tensión constitucional existente, por dos razones. La primera, porque partía del supuesto de que el legislador podía regular el aborto terapéutico como delito, lo que no era constitucionalmente admisible. La segunda, porque el artículo 32° inciso 7) exigía ciertos requisitos para demostrar el estado de necesidad (tratarse de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no hubiera causado intencionalmente o por imprudencia y que no tuviera el deber jurídico de afrontar), requisitos que no permitían “comprender claramente, y sin imponer una carga excesiva a la mujer, la situación de peligro para la vida o la salud de una madre gestante”<sup>122</sup>.

El tercer supuesto era la existencia de graves malformaciones del feto, certificadas médicamente. Según la Corte Constitucional, en estos casos, el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* perdía peso, precisamente porque se estaba ante una vida inviable, y debían prevalecer los derechos de la mujer. Para la citada corporación, la penalización de la madre en ese supuesto “entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la madre debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable”<sup>123</sup>. Además, significaba someterla, de acuerdo con la observación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, a tratos crueles, inhumanos y degradantes, que afectaban su intangibilidad moral, esto es, su dignidad humana.

La Corte Constitucional estableció que tanto en el caso de aborto cuando la continuación del embarazo constituía un

---

<sup>122</sup> Ibid., fundamento 10.1.

<sup>123</sup> Ibid., fundamento 10.1.

peligro para la vida o salud de la mujer y cuando se presentara una grave malformación del feto que hiciera inviable su vida, debía requerirse la certificación de un profesional de la medicina.

Además de establecer los tres supuestos en los que el aborto debía despenalizarse, la Corte Constitucional se ocupó de la objeción de conciencia y volvió a insistir en el tipo de regulaciones que podían expedirse para hacer efectivo el goce de los derechos de las mujeres.

En cuanto a la objeción de conciencia, la Corte Constitucional señaló que no era un derecho cuya titularidad correspondía a las personas jurídicas o al Estado, sino sólo a las personas. Por ello, los hospitales, clínicas o centros de salud no podían presentar objeción de conciencia a la práctica del aborto en los supuestos a los que se refería la sentencia. Por lo tanto, en caso de alegarse objeción de conciencia por un médico, referida ésta a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, debía remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que pudiera practicar el aborto.

La Corte Constitucional aclaró que si bien no se precisaba de una reglamentación de las tres hipótesis mencionadas para una inmediata aplicación de la sentencia, ello no impedía que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social adoptaran las decisiones dirigidas a garantizar el goce efectivo de los derechos constitucionales de las mujeres, en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social. Sin embargo, reiteró que en estos casos el legislador no podía establecer requisitos que implicaran cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer o barreras que impidieran la práctica del aborto.

En consecuencia, la Corte Constitucional señaló que, en virtud del principio de conservación del derecho, resultaba necesario proferir una sentencia de exequibilidad condicionada, respecto del artículo 122° del Código Penal, mediante la cual

se considerara que no se incurría en delito de aborto en las tres hipótesis mencionadas<sup>124</sup>.

*La inexecutableidad de la expresión “o en mujer menor de catorce años”, contenida en el artículo 123° y del artículo 124° del Código Penal*

Citando su propia jurisprudencia, la Corte Constitucional afirmó que había reconocido en los menores de edad la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad de consentir tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo, aun en el caso de que tuvieran un carácter altamente invasivo. Por ello, descartó que criterios de carácter objetivo como la edad, fueran los únicos determinantes para establecer el alcance del consentimiento formulado libremente por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo.<sup>125</sup>

En consecuencia, señaló que el artículo 123° del Código Penal resultaba inconstitucional porque anulaba totalmente el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la dignidad de los menores.

Por otro lado, como todas las hipótesis de atenuación punitiva contenidas en el artículo 124° eran no constitutivas del delito de aborto, la Corte Constitucional señaló que

---

<sup>124</sup>Ibid., fundamento 10.1.

<sup>125</sup>Fundamento 10.2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad, por ejemplo en las sentencias SU 642 de 1998 (Fundamentos, Derecho al libre desarrollo de la personalidad, 3-7) y SU 337 de 1999 (II. Fundamentos jurídicos, Los tratamientos médicos a menores e incapaces y los problemas jurídicos del “consentimiento sustituto” o por otros, 23). En esta última sentencia la Corte Constitucional confirmó la sentencia del juez de tutela quien negó la demanda promovida por la madre de una menor impúber. La madre, como titular de la patria potestad de la menor, deseaba autorizar una cirugía que incidía en su identidad sexual. La referida corte señaló que correspondía a la menor tomar la decisión sobre su propia identidad sexual, estableciendo las condiciones para ello.

dicho artículo debía retirarse del ordenamiento por consecuencia<sup>126</sup>.

*La constitucionalidad del numeral 7) del artículo 32º del Código Penal*

La Corte Constitucional sostuvo, en relación al citado artículo, que se trataba de una causal genérica de ausencia de responsabilidad, aplicable a todos los delitos, y por tanto no podía resultar afectada de inconstitucionalidad<sup>127</sup>.

**Consideraciones finales**

Finalmente, la Corte Constitucional estableció que:

- a) El legislador, de acuerdo con su potestad de configuración legislativa, podía regular otros casos en los que tampoco se incurría en delito de aborto, atendiendo a las circunstancias en las que éste fuera practicado, “así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública”<sup>128</sup>;
- b) La decisión de la Corte Constitucional no implicaba una obligación de abortar, pues, por el contrario, si la mujer se encontraba en alguna de las causales de excepción podía decidir continuar con su embarazo, y esa determinación tenía amplio respaldo constitucional.

Además, reiteró que:

- a) Las decisiones adoptadas en la sentencia tenían vigencia inmediata y el goce de los derechos por ella protegidos no requerían de desarrollo legal o reglamentario alguno;

---

<sup>126</sup>Sentencia 355/06., fundamento 10.3.

<sup>127</sup>Ibid., fundamento 10.4.

<sup>128</sup>Ibid., fundamento 11.

- b) Si lo consideraban conveniente, los órganos competentes podían expedir normas para fijar políticas públicas acordes con la presente decisión.

### **1.3 Costa Rica**

#### **1.3.1 Proceso de inconstitucionalidad contra la norma que regula las técnicas de reproducción asistida: Sentencia 2000-02306 (Expediente N° 95-001734-0007-CO) de 15 de marzo de 2000 de la Corte Suprema de Justicia**

El 7 de abril de 1995, el ciudadano Hermes Navarro del Valle solicitó a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que se declarara la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 24029-S, de 3 de febrero de 1995, en virtud del cual se autorizaba la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges y se establecían reglas para su realización. Los artículos 9° y 10° de la mencionada norma señalaban que estaba prohibida la fecundación in vitro de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento y que todos los óvulos debían ser transferidos a la cavidad uterina de la mujer, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones o preservarlos para la transferencia en ciclos subsecuentes de la paciente o de otras pacientes. Por otro lado, los artículos 5° y 6° del decreto permitían la fecundación heteróloga, es decir la fecundación de la mujer casada con semen de un tercero.

El recurrente fundamentó la admisibilidad de la demanda en el artículo 75° párrafo segundo de la Ley de Jurisdicción Constitucional, toda vez que se trataba de la defensa de intereses difusos o que atañían a la colectividad, pues cualquier persona podía accionar a favor del derecho a la vida. La Sala Constitucional admitió la demanda, señalando que se cuestionaba la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo N°

24029-S por considerar que infringía el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano.

El señor Navarro sostuvo que la vida se iniciaba desde la fecundación y por lo tanto cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada– violaba el derecho a la vida consagrado en el artículo 21° de la Constitución, el artículo 4° de la *Convención americana sobre derechos humanos*, el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* y la *Convención sobre los derechos del niño*. Afirmó que ser humano se era desde el momento de fecundado el óvulo y que el embrión humano poseía dignidad y derechos fundamentales.

Asimismo, señaló que a pesar de lo dispuesto en los artículos 9° y 10° del Decreto Ejecutivo N° 24029-S, la manipulación de seis concebidos por madre para que sobreviviera por lo menos uno, suponía que morirían cinco de ellos. Igualmente, los concebidos podían desecharse si la madre moría por enfermedad o accidente antes de la implantación o simplemente se negaba ante una riña con el marido.

En relación a los casos en que la fecundación se producía con semen de un donante, el recurrente adujo que el decreto no precisaba si el donante tenía derecho a permanecer en el anonimato, recordando que el artículo 53° de la Constitución garantizaba el derecho de todo ser humano a saber quiénes eran sus padres. Además, mencionó los posibles efectos negativos en el desarrollo emocional del niño concebido mediante fecundación in vitro y transferencia de embriones (FIVET), a quien adicionalmente, se le vulneraba el derecho a la intimidad al convertirlo “en un divo, en un emblema”.

La Corte Suprema declaró inconstitucional por la forma el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, por infracción del principio de reserva legal, sosteniendo que dicho principio exigía que sólo por ley formal, emanada del Poder Legislativo, era posible regular, y, en su caso, restringir los derechos y libertades

fundamentales. Asimismo, señaló que sólo los reglamentos ejecutivos de las leyes podía desarrollar los preceptos de éstas, no pudiendo la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella estaba habilitada a imponer.

No obstante, el Decreto Ejecutivo N° 24029-S fue también declarado inconstitucional por razones de fondo. En primer lugar, la Corte Suprema señaló que “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico” y que el derecho a la vida se declaraba a favor de todos, debiendo protegerse tanto al ser ya nacido como al que estaba por nacer. Asimismo, la Corte Suprema señaló que la vida humana se encontraba protegida en el artículo I de la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, en el artículo 3° de la *Declaración universal de los derechos humanos*, en el artículo 6° del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* y en el artículo 4° del *Pacto de San José*. De dichas disposiciones, y del artículo 21° constitucional, se deducía que la vida humana debía protegerse desde la concepción.

En segundo lugar, y en relación a las prohibiciones y restricciones contenidas en el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, afirmó que no bastaba con ellas pues la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, aún con prohibiciones y restricciones atentaba contra la vida y la dignidad del ser humano. El embrión humano no podía ser tratado como objeto y expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. La Corte Suprema textualmente señaló: “Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras el desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas”.

El Decreto Ejecutivo N° 24029-S fue declarado inconstitucional por cinco votos contra dos. Sin embargo, en el

salvamento del voto los magistrados afirmaron que el derecho a la reproducción humana, si bien no estaba reconocido en la Constitución de Costa Rica, se derivaba del derecho a la libertad y a la autodeterminación, del derecho a la intimidad personal y familiar y de la libertad para fundar una familia. Por otro lado, sostuvieron que tampoco se había infringido el principio de reserva legal pues la titularidad de los derechos mencionados autorizaba su ejercicio sin necesidad de que existiera regulación permisiva.

Cabe señalar que el 19 de enero de 2001, el señor Gerardo Trejos Salas presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra la República de Costa Rica, en la que se alega la responsabilidad internacional del Estado costarricense por la Sentencia N° 2000-02306 de 15 de marzo de 2001, que declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 24029-S. El peticionario señaló que la referida sentencia viola los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 8°, 11° (2), 17°, 24°, 25°, 26° y 32° de la *Convención americana sobre derechos humanos* así como los artículos 3°, 10° y 15° del *Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos* en materia de *Derechos económicos, sociales y culturales* y los artículos 1° y 7° (h) de la *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, en perjuicio de Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros.

Mediante Informe N° 25/04, de 31 de marzo de 2004, la CIDH admitió la petición formulada por Gerardo Trejos Salas, en cuanto a las supuestas violaciones de derechos protegidos en los artículos 1°, 2°, 11°, 17° y 24° de la *Convención americana sobre derechos humanos*.

En dicho informe de admisibilidad, la CIDH señala que en la etapa de fondo:

[e]xaminará el derecho general de fundar una familia establecido en la *Convención americana* y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en muchas

constituciones, junto con el derecho a la protección de la vida privada y familiar, a la luz de las cuestiones planteadas en la petición bajo estudio. Estos derechos no son absolutos; el problema particular a ser examinado es si la acción estatal encaminada a restringir el acceso a medidas que favorecen la planificación familiar y la procreación, son compatibles con las disposiciones antes referidas de la *Convención americana*. En ese sentido, la denuncia no es manifiestamente infundada de acuerdo a la *Convención*.

Es importante resaltar que en el mencionado informe de admisibilidad se cita el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo, aunque sin utilizar el término derechos reproductivos sino el de “derecho de las parejas y de los individuos (...) a adoptar las decisiones relativas a la procreación, sin discriminación, coacción, ni violencia, según lo establecido en los instrumentos de derechos humanos (Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, Cairo 1994)”.

## **1.4 Perú**

### **1.4.1 Proceso de cumplimiento sobre la distribución de la anticoncepción oral de emergencia: Sentencia de 13 de noviembre de 2006 (Expediente N° 7435-2006-PC/TC) del Tribunal Constitucional**

Este proceso constitucional tiene como finalidad ordenar que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme, o se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenen emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> Artículo 66° de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 31 de mayo de 2004.

En el 2002, Susana Chávez junto a un grupo de mujeres peruanas presentó una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud para que, en aplicación de las Normas de Planificación Familiar, distribuyera gratuitamente anticoncepción oral de emergencia, previa información a las usuarias.

Las mencionadas mujeres adujeron que las Normas de Planificación Familiar aprobadas por Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, modificada por Resolución Ministerial 399-2001-SA/DM, incorporaban la anticoncepción oral de emergencia como método anticonceptivo, a pesar de lo cual el Ministerio de Salud no había cumplido con distribuir el citado anticonceptivo. Estas resoluciones ministeriales fueron tácitamente derogadas por la Norma Técnica de Planificación Familiar, aprobada por Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA, que también incorpora la AOE.

Asimismo, señalaron que las mujeres con recursos económicos podían acceder al mencionado anticonceptivo en los servicios privados de salud, mientras que a quienes no contaban con dichos recursos se les negaba tal acceso, al estar impedidas de obtener gratuitamente el anticonceptivo en los servicios estatales de planificación familiar. Ello configuraba una situación discriminatoria para las mujeres más pobres.

El Ministerio de Salud contestó la demanda sosteniendo, principalmente, que no se había distribuido anticoncepción oral de emergencia porque existía incertidumbre científica respecto a los mecanismos de acción, sus contraindicaciones eran numerosas y podía provocar reacciones adversas de moderada intensidad. Por ello, el Ministerio de Salud afirmó que antes de propender a su utilización había solicitado información técnica adecuada puesto que el producto requería de un alto nivel de información para ser utilizado en forma segura. En consecuencia, para el Ministerio de Salud no existía incumplimiento o inercia de su parte, sino más bien cautela y mesura en su implementación.

La demanda fue declarada fundada por la Jueza del Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, que ordenó que el Ministerio de Salud “cumpla con lo establecido en la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, Normas de Planificación Familiar, y garantice la provisión e información de la anticoncepción oral de emergencia (AOE) incorporada por la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, en todos los establecimientos de salud a su cargo”. Cabe señalar que la citada sentencia no analizó los mecanismos de acción de la anticoncepción oral de emergencia ni la situación de discriminación que se generaba por el hecho de que las mujeres con determinados recursos podían adquirirla en cualquier farmacia del país.

La sentencia fue apelada por la Procuradora del Ministerio de Salud. La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima resolvió la apelación planteada declarando la sustracción de la materia y, sin pronunciarse sobre el fondo, dispuso el archivamiento de la causa. La mencionada Sala estimó que mediante la Resolución Ministerial N° 536-2005-MINSA, de 18 de julio de 2005, se había dejado sin efecto la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, al haberse aprobado la Norma Técnica de Planificación Familiar (NT N° 032-MINSA/DGSP-V01). En consecuencia, concluyó la Tercera Sala Civil, que no existía un mandato vigente para distribuir AOE, requisito indispensable para que la demanda de cumplimiento fuera amparada.

Las demandantes presentaron un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional. Mediante sentencia de 13 de noviembre de 2006, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de cumplimiento presentada por Susana Chávez y otras mujeres para exigir al Ministerio de Salud que distribuyera gratuitamente anticoncepción oral de emergencia. Afirmó que, en atención a lo dispuesto por la Resolución Ministerial N° 536-2005-MINSA, desde el punto de vista material o sustancial, el mandato de distribuir gratuitamente AOE seguía vigente

porque la nueva norma mantenía el mandato establecido en la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM.

Antes de emitir sentencia, el mencionado tribunal recibió informes de *amicus curiae* de importantes organizaciones e instituciones como la Organización Mundial de la Salud, el Fondo de Población de Naciones Unidas, el Colegio Médico del Perú, la Defensoría del Pueblo y la Sociedad Peruana de Ginecología y Obstetricia. Todos estos informes coincidían en un punto: la AOE actúa antes de la fecundación y no es abortiva.

Antes de resolver, el Tribunal Constitucional también pidió opinión sobre el tema a la Iglesia Católica, a la Iglesia de Jesucristo de los Últimos Días y a la Asociación de los Testigos de Jehová. No obstante, mientras la sentencia del Tribunal Constitucional hace referencia a las fechas de las cartas de respuesta de estas dos últimas iglesias, no hay ninguna referencia a que la Iglesia Católica haya mandado una carta de respuesta al pedido del Tribunal Constitucional. Quizá por ello el citado tribunal simplemente consiga pasajes de la Encíclica *Evangelium vitae*, del Papa Juan Pablo II, del 25 de marzo de 1995. En cambio, de la lectura de la sentencia se aprecia claramente que la Iglesia de Jesucristo de los Últimos Días en respuesta al pedido del Tribunal Constitucional señaló que sus autoridades eclesiásticas habían aconsejado a sus miembros que “sólo bajo inusuales y extenuantes circunstancias el uso de este método anticonceptivo puede ser justificado”<sup>130</sup>, circunstancias como la violación o el incesto. Por su parte, la Asociación de los Testigos de Jehová contestó que como organización, “no participa en campañas de promoción u oposición a iniciativas legislativas. La Biblia señala que cada uno llevará su propia carga de responsabilidad (Gálatas 6:5). En consecuencia, creemos que cada cristiano debe resolver incluso preguntas privadas y personales evaluando cuidadosamente el mecanismo

---

<sup>130</sup> Sentencia de 13 de noviembre de 2006, Expediente N° 7435-2006-PC/TC, Antecedentes, h.4) Posiciones institucionales de las Iglesias.

de un AOE a la luz del respeto que muestra la Biblia por la santidad de la vida”<sup>131</sup>.

Teniendo en cuenta los diversos informes de *amicus curiae* así como las opiniones de las instituciones involucradas, el Tribunal Constitucional señaló que se había determinado que los efectos de la AOE son anticonceptivos. Además, el Tribunal Constitucional sostuvo que las demandantes habían probado que el Ministerio de Salud “no cumple el mandato de poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos”<sup>132</sup>. Por ello, declaró fundada la demanda de cumplimiento, indicando que el Ministerio de Salud debía cumplir con las normas que lo obligaban a poner la información sobre AOE al alcance de los ciudadanos y a distribuir dicho anticonceptivo gratuitamente.

## **2. Derechos sexuales**

Se ha señalado que existe mayor consenso sobre el concepto de derechos reproductivos que sobre el concepto de derechos sexuales. Sin embargo, en América Latina se ha brindado –a través de procesos de amparo y de inconstitucionalidad– amplia protección a los derechos sexuales.

### **2.1 Costa Rica: procesos de amparo presentados para proteger el derecho a la libertad sexual de las personas privadas de libertad**

A través de reiterada jurisprudencia la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, ha protegido el derecho de las personas privadas de libertad al ejercicio de su sexualidad.

---

<sup>131</sup> Ibid., Antecedentes, h. 4) Posiciones institucionales de las Iglesias.

<sup>132</sup> Ibid., Fundamento 3, Análisis del caso concreto.

### 2.1.1 Sentencia de 16 de marzo de 1994 (Exp. N° 0383-A-94 Voto N° 1401-94)

Eliécer Acuña Zúñiga, quien venía cumpliendo una sentencia de ocho años de prisión, presentó una demanda de amparo aduciendo que se había vulnerado sus derechos constitucionales, pues la autoridad administrativa penitenciaria le había denegado la visita conyugal porque ésta se realizaba con su compañera, Victoria Jiménez y no con su esposa. Cabe destacar que la visita conyugal con la señora Jiménez le había sido concedida el 23 de agosto de 1992. El señor Acuña se encontraba separado de su esposa desde hacía tres años. Sin embargo, su cónyuge presentó un escrito ante la autoridad administrativa penitenciaria oponiéndose a la visita conyugal y por ello ésta le fue denegada.

La autoridad administrativa penitenciaria sostuvo que no se estaba impidiendo el derecho de libertad sexual, sino que el privado de libertad era casado y no divorciado, como él había manifestado, por lo que no se debía favorecer el adulterio “más aún legalizarlo con la concesión de una visita conyugal”. Además afirmó que ese tipo de visitas no estaba contemplado en la circular de visitas conyugales.

Sin embargo, en la Sentencia de 16 de marzo de 1994 la Sala Constitucional señaló que:

si el privado de libertad venía disfrutando regularmente de su visita conyugal con la señora Victoria Jiménez, de la cual se tienen motivos suficientes para presumir que ha sido su compañera, y las autoridades penitenciarias permitieron esta actuación durante un lapso muy prolongado, no podrían ahora, por la sola oposición de un tercero, sin lesionar su vinculación afectiva de pareja, suspender o revocar el beneficio que venía disfrutando si ha cumplido los requisitos de procedimiento que establece el Decreto Ejecutivo N° 22139-J de 26 de febrero de 1993. Tómese en cuenta, para el caso concreto, que si bien el recurrente todavía se encuentra unido legalmente a la señora Ernelda Blandón Martínez, ya

que el vínculo matrimonial se encuentra en vía de disolución, ha sido su compañera Jiménez Pérez con la que ha mantenido y fortalecido su relación de pareja.

La Sala Constitucional resolvió “declarar con lugar el recurso”, disponiendo la reanudación de la visita conyugal del señor Acuña con “su compañera” Victoria Jiménez. En esta sentencia llama la atención que no se invoquen artículos constitucionales como parte de la argumentación jurídica.

### 2.1.2 Sentencia de 27 de marzo de 1996 (Exp. 6166-95 Voto N° 1433-96)

Adriana Díaz y Manfred Soto presentaron una demanda de amparo con el propósito de que se les reconociera “el derecho a la libertad sexual a la que todo ser humano tiene derecho aún privado de libertad”.

Los recurrentes, ambos privados de libertad, habían solicitado a la autoridad administrativa penitenciaria a principios de noviembre de 1995, que se realizaran los estudios del caso para que pudieran tener visita conyugal, sin que hubieran obtenido respuesta. Los recurrentes eran solteros pero habían convivido durante tres años.

La administración penitenciaria, invocando el artículo 65° del Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados de Libertad, sostuvo que era requisito para conceder la visita conyugal presentar certificado de matrimonio.

De acuerdo con la Sala Constitucional, en el presente caso el debate debía centrarse en el contenido constitucional de las libertades de los privados de libertad. La mencionada Sala invocando los artículos 20<sup>o</sup><sup>133</sup> y 28<sup>o</sup><sup>134</sup> de la Constitución de Costa Rica señaló que si bien el juez limita al condenado en

---

<sup>133</sup> Artículo 20. Todo hombre es libre en la República; no puede ser esclavo el que se halle bajo la protección de sus leyes.

<sup>134</sup> Artículo 28. (...) Las acciones privadas que no dañen la moral y el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

su ámbito personal de movimiento, dicha autoridad: “no le ha condenado ni podría condenarle a abandonar sus libertades religiosas, políticas, morales, sexuales. Éstas pueden serle limitadas cuando no hay más remedio dadas las condiciones ineludiblemente restrictivas de la visión en reclusión”.

Asimismo, cabe destacar que la Sala Constitucional estableció que el mencionado artículo 28° inhibía incluso al legislador –a fortiori al administrador– de escudriñar lo más sagrado de una persona: su libertad política, religiosa, moral y sexual. Por lo tanto, exigir a los recurrentes: “una certificación de estado civil para tener derecho a visita íntima en prisión, así fuera exclusivamente a título de un elemento más de valoración como se informa bajo juramento, equivale a otorgar poderes inconstitucionales a la administración penitenciaria, que velaría no sobre el derecho y la ética (social o comunitaria) de los costarricenses, sino sobre la libertad moral o sexual de una persona, librada al ámbito más íntimo del individuo”.

La Sala Constitucional inaplicó en el presente caso el “Reglamento de los derechos de los privados y privadas de libertad”, señalando que era inconstitucional en lo referido a la exigencia de constancia de estado civil<sup>135</sup>. Declaró que había lugar a la demanda en relación a la citada exigencia, ordenando resolver la solicitud de visita conyugal dentro del tercer día.

### 2.1.3. Sentencia de 4 de abril de 1997

(Exp. 97-000586-0007-CO Res: 1997-01922)

Víctor Errol de la Fuente Young presentó una demanda de amparo en su favor y en el de María Isabel Villalobos Sánchez, y ésta última presentó otra en su favor y en el de Víctor Errol de la Fuente Young, ambas contra la administración penitenciaria. Los citados procesos fueron acumulados.

---

<sup>135</sup> La Sala Constitucional fundamentó el control difuso en el artículo 19° de la Ley General de la Administración, según el cual el régimen jurídico de los derechos fundamentales está reservado a la ley, y en el artículo 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud del cual todo juez de la República debe inaplicar las normas inconstitucionales.

Víctor Errol de la Fuente Young, privado de libertad, sostuvo que la administración penitenciaria, so pena de prohibirle la visita conyugal, pretendía obligar a su compañera, María Isabel Villalobos Sánchez, a asistir a talleres de violencia familiar. En opinión del señor Errol dicha exigencia era abiertamente inconstitucional.

El señor de la Fuente Young estaba casado, aunque en una declaración jurada dejó constancia de que desde hacía varios años no mantenía vínculo con su cónyuge. Por su parte, la señora Villalobos había ingresado por primera vez al centro de reclusión como parte de un grupo religioso y había entablado una relación afectiva con otro privado de libertad, quien en su momento la había agredido físicamente.

Según la administración penitenciaria, el señor de la Fuente Young, condenado a veinticinco años de prisión por el delito de homicidio calificado y robo agravado, concebía la visita conyugal como la posibilidad de coito y satisfacción sexual, no visualizándola como un espacio donde se profundizaran y fortalecieran vínculos y sentimientos que se mantuvieran y consolidaran en el tiempo, a través de una estructura familiar funcional y con proyectividad. De acuerdo a la administración penitenciaria la visita conyugal había sido denegada pues según los informes técnicos no se presentaba “un acertado beneficio para la seguridad personal de ambos y para la seguridad institucional”.

La Sala Constitucional citó la Sentencia N° 2175-96 según la cual:

Es claro entonces, que nuestro sistema de libertad, deja fuera del alcance de la ley –o lo que es lo mismo, de la acción del Estado– una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es el hombre, no la sociedad, quien tiene dignidad y consiguientes derechos y libertades fundamentales. En virtud del artículo 28° constitucional, la ley no puede invadir la esfera de la actividad

privada, si ésta no causa perjuicio a terceros, a la moral o al orden público, en los alcances restrictivos señalados.

La Sala Constitucional reiteró que los derechos de las personas privadas de libertad debían ser respetados, puesto que el único que habían perdido era el de libertad, y solamente se les podía restringir otros en atención a la condición de reclusión en que se encontraban. En relación a la persona que solicita la visita conyugal con alguien que se encuentra privado de libertad, la Sala recordó que no podía ser sometida a condiciones más allá de la “regulación del horario y otras relativas a la visita y disciplina del penal”, determinado que:

procede la declaratoria con lugar del presente recurso, toda vez que es clara la intromisión de la Administración Penitenciaria en un ámbito de la vida íntima no sólo del privado de libertad De La Fuente Young, sino también de su compañera, quien no tiene por qué verse afectada en su centro de trabajo, ni ser sometida obligatoriamente a terapia alguna como requisito previo para determinar con quién ella desea mantener vida sexual, toda vez que no sólo se trata de un requisito que no se encuentra en la normativa reglamentaria que regula la materia, sino que además se invade con ello en forma no razonable la privacidad y autonomía de la voluntad de la señora Villalobos Sánchez y del señor De la Fuente Young.

En consecuencia, la Sala Constitucional declaró con lugar las demandas de amparo y ordenó resolver la solicitud de visita conyugal, sin tomar en cuenta el requisito de que se sometiera a atención terapéutica de ningún tipo.

## 2.2 Colombia<sup>136</sup>

### 2.2.1 Proceso de inconstitucionalidad presentado contra el artículo 46° (parcial) del Decreto 2277 de 1979, que establecía que la homosexualidad era una causal de mala conducta para los profesores: Sentencia C-481/98 de 9 de septiembre de 1998

El ciudadano Germán Humberto Rincón Perfetti presentó una demanda de inconstitucionalidad contra parte del inciso d) del artículo 46° del Decreto 2277 de 1979, por el cual se adoptaron normas sobre el ejercicio de la profesión docente: “Artículo 46. Causales de mala conducta. Los siguientes hechos debidamente comprobados, constituyen causales de mala conducta. b. El homosexualismo o la práctica de aberraciones sexuales”.

El demandante adujo que la disposición cuestionada vulneraba su derecho a la igualdad y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, al trabajo y a escoger libremente profesión u oficio, reconocidos en los artículos 13°, 15°, 16°, 25° y 26° de la Constitución.

El ciudadano Jorge Isaac Rodelo Menco remitió a la Corte un escrito, firmado también por un numeroso grupo de padres de familia de un colegio, en el que sostenían que la homosexualidad era “una anormalidad con consecuencias graves, pues ha permitido la proliferación de enfermedades letales y altera el sano desarrollo de una persona”<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Recientemente la Corte Constitucional de Colombia ha expedido la Sentencia C-075/07, mediante la cual declaró la exequibilidad (constitucionalidad) de la Ley 54 de 1990, sobre la unión marital de hecho y el régimen patrimonial de los compañeros permanentes, modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido de que también se aplica a las parejas del mismo sexo. Sin embargo, no se hace referencia a ella pues al culminar este trabajo la Corte Constitucional aún no había hecho público el texto completo de la mencionada sentencia.

<sup>137</sup> Sentencia C-481-98, VII. Audiencia y conceptos solicitados por la Corte, 7.17. Escrito de un ciudadano a nombre de numerosos padres de familia.

Si bien la Corte Constitucional señaló que la norma acusada había sido derogada por una disposición posterior, consideró necesario entrar al examen de la expresión impugnada.

La mencionada corte afirmó que existía un nexo profundo entre el reconocimiento del pluralismo (CP Art. 7º) y el libre desarrollo de la personalidad (CP Art. 16º), “ya que mediante la protección a la autonomía personal, la Constitución aspira a ser un marco en el cual puedan existir las más diversas formas de vida humana, frente a las cuales el Estado debe ser neutral”. Asimismo, sostuvo que era lógico concluir “que la preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual –entre ellas la homosexual– hacen parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad”<sup>138</sup>.

Citando jurisprudencia previa, la mencionada corte señaló que en determinados casos el control por parte del juez constitucional del respeto de la igualdad tenía que ser más estricto, como en el supuesto de la diferencia de trato por razón de la orientación sexual al ser “sospechosamente discriminatoria”. En efecto, según la Corte, dicho trato diferente de las autoridades contra un homosexual estaba sometido a un control judicial o escrutinio estricto, debido a tres razones:

- (i) que estamos en presencia de grupos minoritarios tradicionalmente discriminados; (ii) que si la orientación sexual se encuentra biológicamente determinada, entonces la diversidad de trato se funda en una categoría prohibida pues equivale a una discriminación por razón de sexo; y (iii) finalmente, si la preferencia sexual es libremente escogida, entonces se estaría limitando a un grupo de personas –los homosexuales– el libre desarrollo de la personalidad, mientras que a los heterosexuales se les asegura el pleno goce de ese derecho en materia sexual<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> *Ibid.*, VIII. Fundamento jurídico 20.

<sup>139</sup> *Ibid.*, VIII. Fundamento jurídico 17.

De igual modo, citando jurisprudencia previa la Corte afirmó que para que un trato diferente satisfaga los estándares de un escrutinio estricto era necesario:

(i) no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente no sólo debe ser adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y, (iii) finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación<sup>140</sup>.

A partir de tales criterios la Corte Constitucional analizó la legitimidad de la consagración de la homosexualidad como falta disciplinaria en el ejercicio docente, concluyendo que era inconstitucional la expresión “El homosexualismo” del literal b) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979.

Es interesante mencionar, que la citada corte luego de revisar información bibliográfica, concluyó que no existía evidencia empírica para afirmar que un homosexual era más propenso que un heterosexual para abusar de una persona menor de edad. Por lo tanto, consideró que no existía necesidad de analizar otros mecanismos menos lesivos de la igualdad para proteger a los menores, pues la medida acusada no era ni siquiera adecuada para alcanzar la finalidad pretendida.

Asimismo, es interesante destacar el análisis que realizó la Corte Constitucional sobre el argumento, implícito en los padres de familia, de que “la presencia abierta de profesores homosexuales podría inducir comportamientos indebidos o identificaciones anormales en sus educandos”, es decir, la

---

<sup>140</sup> Ibid., VIII. Fundamento jurídico 27.

idea de que la homosexualidad de un docente implicaba el riesgo de que el alumno deviniera en homosexual, lo que era perjudicial y debía ser evitado. Al respecto, la Corte señaló que dado que la homosexualidad gozaba de una protección constitucional especial, no podía admitirse como deber del Estado “evitar a toda costa que un menor pueda desarrollar una orientación homosexual”<sup>141</sup>, no estando ni siquiera claro “que la persecución de homosexuales persiga una finalidad constitucionalmente imperiosa”<sup>142</sup>.

Adicionalmente, afirmó que no era “razonable suponer que la simple presencia de un profesor con una determinada orientación sexual provoque una orientación igual en sus alumnos pues, si así fuera (...), resultaría inexplicable que existieran hijos y alumnos homosexuales de padres y maestros heterosexuales”<sup>143</sup>. Para reforzar el argumento de la Corte, en el sentido de que la formación de la orientación sexual de una persona era un proceso muy complejo, en el cual incidían condicionamientos biológicos, factores ambientales y decisiones personales, en la sentencia se citaron estudios que demostraban que la gran mayoría de hijos e hijas de padres homosexuales se convertían en adultos heterosexuales.

## 2.2.2 Tutela presentada ante la negativa de la visita íntima a una pareja homosexual privada de libertad: Sentencia T-499/03 de 12 de junio de 2003 de la Corte Constitucional

El Defensor del Pueblo Regional Caldas presentó, en nombre de las internas Martha Lucía Álvarez Giraldo y Martha Isabel Silva García, una acción de tutela (amparo) en contra de la administración penitenciaria, invocando la protección de los

---

<sup>141</sup> Ibid., VIII. Fundamento jurídico 31.

<sup>142</sup> Ibid., VIII. Fundamento jurídico 31.

<sup>143</sup> Ibid., VIII. Fundamento jurídico 31.

derechos constitucionales a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de las personas mencionadas, pues no les permitía la visita íntima homosexual<sup>144</sup>.

Martha Lucía Álvarez Giraldo y Martha Isabel Silva García cumplían condenas en distintos centros penitenciarios. La señora Álvarez gozaba de 72 horas de permiso cada mes, a pesar de que se encontraba detenida desde 1994 y estaba condenada a 10 años de pena como responsable del delito de homicidio agravado. Martha Silva y Martha Álvarez tuvieron que ser trasladadas a penales distintos, pues debido a su relación, la anterior pareja de Martha Silva había atentado contra su integridad física y contra la de la señora Álvarez, ya que inicialmente las tres se encontraban en el mismo centro de reclusión.

Mediante memorando 0743 de 14 de diciembre de 2001, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– había regulado el ingreso a los establecimientos carcelarios, determinando que los visitantes mayores de edad, no abogados, debían exhibir su cédula de ciudadanía y el certificado judicial vigente, expedido por el DAS.

El 6 de agosto de 2002, la señora Martha Isabel Silva García solicitó a la directora del penal en el que se encontraba recluida autorización para recibir visitas íntimas de su compañera Martha Lucía Álvarez, sustentada en “la decisión de la Corte Suprema de Justicia del pasado 11 de octubre de 2001 (...) mediante la cual se ordenó al INPEC autorizar la visita conyugal a la interna (...), en las mismas condiciones que se le autoriza a las mujeres heterosexuales”. Dicha petición fue respondida el 16 de agosto, señalando la directora que “la

---

<sup>144</sup>El 18 de mayo de 1996, Martha Lucía Álvarez Giraldo presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición en contra del estado colombiano por vulnerar los derechos consagrados en los artículos 5.1, 5.2, 11.1 y 24 de la *Convención americana sobre derechos humanos*, ante la negativa de las autoridades penitenciarias de autorizar la visita íntima debido a su orientación sexual. El caso fue admitido en la CIDH mediante Informe N° 71/99 de 4 de mayo de 1999 (Caso 11656 Colombia). Cabe señalar que cuando la señora Álvarez presentó esta denuncia tenía otra pareja.

decisión a que usted hace relación produce efectos inter partes” y que “sobre este aspecto no tengo instrucciones que me permitan acceder a su petición, lo que no obsta para que usted pueda dirigirse a otra Autoridad que tenga la competencia para decidir”.

El 6 de septiembre de 2002 el propio Defensor del Pueblo Regional Caldas solicitó a la autoridad penitenciaria que concediera la autorización para la visita íntima. En respuesta, la administración le solicitó al Defensor del Pueblo que informara a la señora Álvarez que “por el hecho de ser condenada NO HA PERDIDO ALGUNOS DERECHOS pero sí se encuentran restringidos, y el derecho a ingresar a otro centro de reclusión mientras disfruta de permisos de 72 horas no es conveniente por motivos de seguridad”.

Además, se le exigía registrar una dirección distinta a la del penal en razón de ser beneficiaria del permiso de 72 horas y, también se le exigía la presentación de un certificado expedido por el DAS, que no podía obtener dado que venía cumpliendo una condena.

El 8 de septiembre de 2002 la señora Álvarez, haciendo uso del permiso de 72 horas, viajó hasta el centro penitenciario donde se encontraba Martha Silva, pero ni siquiera se le permitió el ingreso. Posteriormente, la señora Álvarez volvió a solicitar la intervención de la Defensoría del Pueblo, a fin de que en su siguiente permiso se le permitiera la visita íntima. Ante la nueva intervención de la Defensoría del Pueblo, la respuesta de la Administración fue que se abstendría “de autorizar dicho ingreso, atendiendo entre otras razones a los motivos de orden interno a que obedecieron sus traslados”.

En relación a este caso, la Corte Constitucional señaló que le correspondía “considerar si las instrucciones administrativas, que regulan el ingreso de visitantes a establecimientos carcelarios, pueden condicionar hasta hacer nugatorio el ejercicio de la sexualidad de las personas privadas de libertad o con antecedentes judiciales o de policía (...)”.

En opinión de la Corte Constitucional si bien la administración penitenciaria no cuestionaba la opción sexual de las recurrentes, las reiteradas e injustificadas negativas a la visita íntima, quebrantaron los derechos fundamentales a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

Citando jurisprudencia previa, la Corte Constitucional señaló que<sup>145</sup>:

Tanto para aquellos reclusos que tengan conformada una familia como para los que no, el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo claro del derecho al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 16 de la Carta.

Una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano el cual debe verse de una manera integral teniendo en cuenta, por tanto, el aspecto corporal o físico. La relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. La privación de la libertad conlleva una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad, pero no lo anula.

La relación física entre el recluso y su visitante es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad.

En cuanto al Memorando 0743 de 14 de diciembre de 2001, la Corte Constitucional determinó que si bien regulaba de manera general el ingreso de visitantes a los establecimientos penitenciarios, no preveía el ingreso de quien cumplía pena en otro reclusorio. En todo caso, la exigencia de los requisitos allí establecidos no podían limitar los derechos constitucionales de los visitantes hasta desconocerlos.

La Corte Constitucional concluyó que “las personas privadas de libertad pueden reclamar oportunidades para

---

<sup>145</sup> Véase la Sentencia T-269 de 2002.

afianzar en la intimidad sus relaciones de pareja, y que las autoridades carcelarias no pueden entorpecer sus propósitos, en razón de que la dignidad humana está especialmente protegida en los artículos 1º, 2º, 4º, 15º<sup>146</sup> y 16º<sup>147</sup> constitucionales”. En consecuencia, determinó que la administración penitenciaria tenía que permitir el ingreso de Martha Álvarez para que pudiera entrevistarse en intimidad con Martha Silva o disponer el lugar donde se realizarían tales encuentros, salvaguardando la dignidad y los derechos a la igualdad e intimidad de las nombradas.

Asimismo, solicitó al Defensor del Pueblo que en los cuatro meses siguientes a la notificación de la decisión, iniciara las acciones judiciales y administrativas para que el Ministerio del Interior y la Justicia reglamentaran las visitas íntimas en los centros de reclusión, de tal forma que se contaran con criterios claros, generales y uniformes en la materia, que permitieran garantizar a los internos el ejercicio de su sexualidad en condiciones de igualdad, y salvaguardando su dignidad e intimidad, sin desconocer las condiciones específicas de cada establecimiento.

### 2.2.3 Tutela presentada ante la negativa de la visita íntima a una pareja heterosexual privada de libertad: Sentencia T-718/03 de 20 de agosto de 2003 de la Corte Constitucional

Julio Emilio Usaga, quien se encontraba recluido en la Cárcel de Varones de la ciudad de Pereira por delito de rebelión, instauró una acción de tutela contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– sede Pereira, y el Comando del Departamento de Policía de Risaralda, pues

---

<sup>146</sup> Artículo 15. Toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar (...).

<sup>147</sup> Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

el INPEC se había negado a transportar a Anllis Silena Reyes, compañera y madre de su hijo, a su lugar de reclusión, pues ella también se encontraba recluida en la Cárcel de Mujeres La Badea del Municipio de Dosquebradas, y había sido autorizada también a la visita íntima. El recurrente solicitaba la protección de su derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 15° de la Constitución.

El 30 de diciembre de 2002, la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Reclusión de Mujeres Pereira solicitó a la Comandancia de Policía DERIS de la misma ciudad, estudiar la posibilidad de designar escolta para el traslado de dos internas recluidas en el centro carcelario de Dosquebradas al Centro de Reclusión de Varones de Pereira con el objeto de hacer efectivas las visitas conyugales autorizadas, por condiciones de seguridad dado que las mencionadas internas estaban sindicadas por el delito de rebelión.

Ante el juez de tutela de primera instancia, el Director Regional del INPEC afirmó que el actor debía haber puesto en su conocimiento la insuficiencia de las actuaciones de la directora del establecimiento carcelario, y que existía información de inteligencia confidencial según la cual se planeaba un rescate de las internas por el delito de rebelión. Adicionalmente, señaló que “el accionante ve según él su derecho a la visita conyugal vulnerado pero ahí sí podríamos alegar que es por su propia culpa, ya que al ponerse al margen de la ley sus derechos quedan limitados como en el presente caso a que su compañera sea transportada con las medidas de seguridad que se requiere, de lo contrario hay una causal de exoneración al ente estatal accionado, ya que el accionante se encuentra recluido en un centro carcelario es por su propia y exclusiva culpa, como consecuencia del actuar delictivo”.

La Corte Constitucional consideró que si bien no se discutía el derecho fundamental del detenido a las visitas conyugales, tal derecho se vulneraba por la omisión administrativa de dar cumplimiento a la orden judicial que autorizó la visita íntima del actor. Por lo tanto, en su opinión, debía responder las

siguientes interrogantes: ¿qué entidad pública era la obligada a cumplir con la orden judicial de traslado de una persona detenida para hacer efectiva la visita conyugal a otro detenido?, ¿hasta dónde iban los deberes de la autoridad pública obligada al traslado y los deberes de las autoridades de policía para hacer efectiva la orden judicial de traslado? y ¿se vulneraban los derechos fundamentales del actor con el comportamiento de las autoridades directa o indirectamente obligadas a hacer efectiva la orden judicial del traslado?

De acuerdo a la uniforme jurisprudencia, la Corte Constitucional afirmó que: “Las visitas conyugales en los establecimientos de reclusión hacen parte del derecho a la intimidad personal y familiar, y al respeto de la dignidad humana, como uno de los principios rectores del estado social de derecho. Pero su realización está limitada a que en el establecimiento correspondiente se den las condiciones adecuadas de higiene, privacidad, seguridad, etc.”.

De acuerdo a la legislación vigente, la Corte Constitucional determinó que era al INPEC a quien le correspondía el traslado de los detenidos y que si razones de orden público le impedían cumplir a cabalidad sus funciones, podía recurrir a otras autoridades públicas para el cumplimiento efectivo de sus funciones.

Luego de analizar la actuación de la Directora de la Cárcel de Mujeres Pereira, la Corte Constitucional sostuvo que si bien emprendió acciones para la realización del derecho a la visita íntima del actor y de su compañera, tal actuación fue incompleta porque desconocía la obligación de la Policía de prestar la colaboración necesaria para el traslado de las internas, y porque no informó al Director Regional del INPEC sobre la dificultad de hacer efectiva la orden judicial que autorizaba las visitas íntimas.

En cuanto al Director Regional del INPEC, la Corte señaló que, en ejercicio de la función de inspección y vigilancia de las cárceles (artículo 3° de la Ley 65 de 1993), correspondía

asegurarse de que las actuaciones de las autoridades del INPEC condujeran a hacer efectivas las providencias judiciales sobre privación de la libertad en los centros de reclusión. Asimismo, en relación a lo declarado ante el juez de primera instancia, la Corte Constitucional afirmó que se evidenciaba el desconocimiento de principios y valores que guiaban el tratamiento de las personas privadas de libertad. La Corte Constitucional encontró que la omisión del INPEC carecía de justificación constitucional.

En relación al Comandante de la Policía Departamental de Risaralda, la Corte Constitucional determinó que había omitido sus deberes de colaboración armónica mediante la prestación del auxilio necesario para hacer efectiva la autorización de las visitas íntimas, al haber afirmado que tal apoyo no se encontraba dentro de la filosofía de la Policía Nacional.

La Corte Constitucional concedió al señor José Emilio Usaga la tutela de su derecho fundamental a la visita íntima, y ordenó a la Directora del INPEC Reclusión Mujeres de Pereira, al Director Regional del INPEC Viejo Caldas y al Comandante Departamental de Policía de Risaralda, que en tres meses diseñaran y ejecutaran un plan para cumplir efectivamente con las visitas íntimas autorizadas a Anllis Silena Reyes y a Julio Emilio Usaga.

## **2.3 México**

### **2.3.1 Modificación de la tesis de jurisprudencia 1a./J. 10/94 en virtud de la cual la relación sexual impuesta por uno de los cónyuges al otro de manera violenta no configuraba delito de violación: Sentencia de 16 de noviembre de 2005**

De conformidad con lo establecido en el artículo 197°, último párrafo, de la Ley de Amparo, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Penal del Segundo, Circuito solicitó la modificación de la mencionada tesis de jurisprudencia,

adoptada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de 28 de febrero de 1994, en virtud de la cual la imposición de la cópula de un cónyuge hacia el otro mediante violencia no configuraba el delito de violación sino el delito de ejercicio indebido de un derecho.

### **La tesis de jurisprudencia 1a./J 10/94**

Dicha tesis textualmente establecía:

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE. El que uno de los cónyuges imponga al otro la cópula normal de manera violenta, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es suficiente para que se configure el delito de violación previsto en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, a pesar de la utilización de los medios típicos previstos para su integración; ya que si bien el cónyuge tiene derecho a la relación sexual con su pareja, no puede permitirse que lo obtenga violentamente; por lo que de observar tal conducta se adecuará a lo establecido en el artículo 226 del ordenamiento en cita, al ejercitar indebidamente su derecho. Se considera que cesa la obligación de cohabitar, aunque no esté decretada judicialmente, cuando se pretende imponer la cópula encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea, síndrome de inmuno deficiencia adquirida, o en presencia de otras personas; asimismo, si la mujer tiene algún padecimiento, como puede ser parálisis que le impida producirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos. Entendiéndose que las hipótesis mencionadas tienen carácter ejemplificativo, mas no limitativo<sup>148</sup>.

La ejecutoria que dio lugar a la tesis jurisprudencial 1a./J. 10/94, se dictó para resolver la contradicción de tesis del

---

<sup>148</sup> Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 16 de noviembre de 2005, considerando quinto.

Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito que opinaba que sí podía darse la violación entre cónyuges, porque “el ejercicio del derecho a copular” no podía obtenerse mediante violencia, mientras que el Tercer Tribunal Colegiado de ese circuito, opinaba que aún presentándose los medios típicos no se configuraba el delito de violación, “sino uno diverso debiendo destacarse que el hecho que constituyó el objeto de su resolución ocurrió al estar decretada judicialmente la separación de cuerpos de los esposos”<sup>149</sup>.

En aquella oportunidad la Suprema Corte de Justicia mexicana consideró, en primer lugar, que para resolver el caso debía tenerse en cuenta los fines que tenía la institución del matrimonio entre los que se encontraba la procreación de la especie, “por lo que es lógico deducir que los cónyuges deban prestarse a la relación sexual siempre y cuando ésta se lleve a cabo de manera normal, entendiéndose por ello que la cópula se limite a la introducción total o parcial del pene en el órgano sexual femenino; pues solamente tiene derecho a una relación sexual de esta naturaleza”<sup>150</sup>. Sin embargo, si el cónyuge imponía la cópula normal de manera violenta, según la Primera Sala, no se configuraba el delito de violación, a pesar del empleo de los medios típicos, porque el cónyuge lo que hacía en tal supuesto era ejercitar indebidamente su derecho. Por lo tanto, su conducta se adecuaba al artículo 226° del Código Penal del Distrito Federal, en virtud del cual “[a]l que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida”<sup>151</sup>.

Como la contradicción de tesis que dio origen a la tesis 1a./J. 10/94 surgía de la aplicación del Código de Defensa del Estado de Puebla, que no preveía el tipo penal de ejercicio

---

<sup>149</sup> Ibid., considerando quinto.

<sup>150</sup> Ibid., considerando quinto.

<sup>151</sup> Ibid., considerando quinto.

indebido de un derecho, la Suprema Corte de Justicia de México señaló que en las entidades federativas en las que no se encontrara tipificado ese delito, la imposición violenta de la cópula normal entre cónyuges sólo se podía sancionar por el ilícito que pudiera configurarse al ejecutarse la violencia física o moral para la obtención de la cópula, pero no como delito de violación sexual<sup>152</sup>.

En segundo lugar, la Suprema Corte de Justicia de México señaló que, en casos de excepción, sí se podía cometer el delito de violación entre cónyuges, habida cuenta de que si bien existía “el derecho de prestación carnal”, tal comportamiento debía de llevarse a cabo en condiciones que no afectaran la moral, la salud o alguna disposición legal expresa. En consecuencia, las excepciones establecidas fueron las siguientes:

- a) La imposición de cópula anormal de manera violenta, pues la realización de actos contra natura sí vulneraba el bien jurídico de libertad sexual protegido en el delito de violación sexual. En este supuesto se afectaba la moral y el derecho a la intimidad del cónyuge que se negaba al acto sexual;
- b) Tratándose de la “cópula normal” el cónyuge podía cometer el delito de violación sexual cuando:
  - i. La imposición de la cópula se realizara encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea o síndrome de inmunodeficiencia adquirida. En el caso de la ebriedad o drogadicción cesaba la obligación de cohabitar en la medida en que inspiraban un natural rechazo hacia la pareja que se encontraba en alguno de esos estados; además del peligro de engendrar un ser en tales momentos, no pudiéndosele exigir a ninguna persona que aceptara una relación en esas condiciones. En el supuesto del cónyuge que padecía de una enfermedad venérea o de inmunodeficiencia adquirida era legítima la oposición

---

<sup>152</sup>Ibid., considerando quinto.

al coito por el riesgo para la salud del otro cónyuge así como para la de la probable descendencia;

- ii. Se pretendiera cometer el acto sexual en presencia de otras personas, en la medida en que por tratarse de un acto inmoral se justificaba la oposición a tal hecho. En consecuencia, se afectaba la moral y el derecho a la intimidad del cónyuge que se negaba a la cópula ilícita;
- iii. La mujer tuviera algún padecimiento, como parálisis, que la imposibilitara para tener relaciones sexuales porque se justificaba el rechazo a tales relaciones; o,
- iv. Estuviere decretada la separación legal de los esposos, pues cesaba la obligación de cohabitar, además de que no cumplir el mandato decretado por un juez constituía desacato<sup>153</sup>.

La Suprema Corte de Justicia afirmó que estas hipótesis sólo tenían carácter ejemplificativo pero no limitativo, pues para concluir si se trataba de violación entre cónyuges debía examinarse la situación particular.

### **El caso que motivó la solicitud de modificación de la tesis de jurisprudencia 1a./J 10/94**

Mediante un proceso de amparo, el ciudadano XX reclamó la sentencia definitiva expedida por la Primera Sala Colegiada Penal de Tlalnepantla del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, mediante la cual se le sancionó por los delitos de violación y lesiones calificadas, imponiéndosele las penas de diecisiete años, cuatro meses y catorce días de prisión así como trescientos seis días multa, resultante de sumar las penas que se le asignó por cada uno de los ilícitos. En la demanda de amparo, el recurrente cuestionó que, en aplicación de la tesis de jurisprudencia 1a./J 10/94 se le hubiera sancionado por violación sexual, pues ninguna ley preveía que cuando los

---

<sup>153</sup> Ibid., considerando sexto.

cónyuges vivieran separados por propia voluntad, que era la situación en la que él y su esposa se encontraban, cesaba el débito carnal. Asimismo, señaló que si bien las hipótesis de excepción contempladas en esa tesis de jurisprudencia eran ejemplificativas y no limitativas, los casos análogos debían ser de naturaleza grave y trascendental de tal manera que ameritaran el cese de la obligación de cohabitar.

XX y su esposa habían contraído matrimonio a escondidas de sus familiares y no hacían vida marital, aunque sí habían mantenían relaciones sexuales a lo largo de seis meses. El día de los hechos, XX tuvo relaciones sexuales con su esposa, de manera violenta y sin su consentimiento, produciéndole lesiones antes y después del acto sexual. Según el testimonio de la víctima, su cónyuge dijo e hizo lo siguiente:

‘(...) vamos a discutir esto y posiblemente nos arreglemos, vamos, si no te mato a ti y a tu madre’, (...) él me decía, que yo no tenía derecho a irme con mi mamá, me dijo que él me iba a enseñar a respetarlo, él me dio unas cachetadas, entonces yo le dije que por qué me pegaba y él me seguía ofendiendo, me decía groserías y me decía que era una hija de mi pinche madre, que ya estaba harto de mí y de mi madre...’, ‘... me dijo que antes me iba a cargar mi pinche madre y que no iba a ser lo que yo dijera, sino lo que él quisiera, fue ahí cuando sacó la navaja y me dio el primer piquete en el brazo izquierdo, yo sangrando, le dije que está bien, que no continuara picándome y me dijo que me callara...’, ‘... él me decía que yo lo había engañado, que siempre mentía, que yo a esa fiesta no me había ido con mi mamá...’, ‘... me estuvo reclamando que desde que íbamos en la prepa, que por qué no lo había buscado, que por qué él era el que me tenía que haber buscado, me reclamaba que yo le había mentido, que nunca lo había querido y él me decía que nunca les iba a decir a mis padres que yo estaba casada, que me iba a matar y que nunca lo iba a saber nadie, que jamás iba a permitir que lo dejara, porque me prefería ver muerta, yo traté de decirle que no lo iba a dejar, pero que no me fuera a hacer daño, le decía que

nos fuéramos a mi casa, que me estaba saliendo sangre del brazo que ya me había herido, él me decía que no importaba que lo iba a escuchar hasta que él terminara...’, ‘... me decía que esta vez iba a morir siendo de él, que nunca iba a permitir que nadie más estuviera conmigo...’, ‘... cuando empecé a gritar me empezó a enterrar la navaja en la espalda, me decía, que mi muerte iba a ser lenta, me decía que me iba a empezar a cortar la cabeza, me dio cuatro piquetes en el cuello, me dio seis piquetes en la espalda (...)’.

Además, consta en el texto del sentencia de 16 de noviembre de 2005, que cuando la víctima le pidió a XX que se fuera del hotel donde ocurrieron los hechos, e intentó salir del cuarto, le enterró la navaja en el costado derecho, diciéndole: ‘mía o de nadie’, provocándole la lesión que puso en peligro su vida, e incluso después de imponerle la cópula la siguió lastimando: “por tanto, el inculpado no lesionó a la pasivo sólo para vencer la resistencia que se hizo más patente desde el momento en que ésta le pidió, ya lesionada del brazo, que se retiraran del cuarto, y se levantó para salirse del cuarto, y después de mantener cerradas las piernas, pidiéndole que ya no la penetrara (‘... él me puso la navaja en el seno derecho y me estaba enterrando la navaja, me decía que las abriera o me iba a doler más, yo le suplicaba que no lo hiciera, que ya me había herido...’), no obstante que ya la había lesionado, lo que revela, se insiste, que le impuso la cópula con un ánimo de castigo y humillación”<sup>154</sup>.

### **Los argumentos invocados por el Segundo Tribunal Colegiado en materia penal del Segundo Circuito para la modificación de la tesis de jurisprudencia 1a./J 10/94**

Entre las razones que adujeron los magistrados del Segundo Tribunal Colegiado en materia penal del Segundo Circuito

---

<sup>154</sup>Ibid., resultando primero. En la parte “resultandos” de la sentencia se analizan los antecedentes del caso.

para solicitar la modificación de la tesis de jurisprudencia 1a./ J 10/94, se encuentran las siguientes:

- a) A la fecha en la que se solicitó la modificación de la tesis de jurisprudencia, resultaba discutible que el “débito conyugal” fuera el criterio para determinar la inexistencia del delito de violación. Esta postura difícilmente podía “ser congruente con las crecientes demandas de un mayor reconocimiento a las necesidades de justicia e igualdad, destacando en este aspecto, el inhibir toda clase de discriminación por razones de género”.
- b) El análisis histórico, sistemático y teleológico del delito de “ejercicio indebido de un derecho” demostraba que su tipificación estaba vinculada a la figura de la propiedad y a los tradicionales atributos de ésta, entre ellos, el llamado *ius abutendi*, que históricamente se reconocía a favor del dueño de una casa. La tipificación del referido delito implicaba una necesaria limitación a ese derecho, cuando traspasaba el ámbito estrictamente civilista o común y se penetraba al ámbito del derecho penal. En consecuencia, aplicar la figura del “ejercicio indebido de un derecho” a la imposición de la cópula violenta entre cónyuges, presupondría “una concepción o criterio que, dada la peculiaridad de que una cópula normal sólo puede ser impuesta por el hombre a la mujer y no a la inversa, llevaría implícita la aceptación de un vínculo generador de un derecho semejante al de propiedad, en particular a uno de sus históricos atributos que es el de abusar de lo propio”<sup>155</sup>. Además, esta concepción era desigual o discriminatoria por razón de género pues a pesar de que el “débito conyugal” se suponía igual para ambos cónyuges, la posibilidad de lograr “la cópula forzada no es equitativa a partir de la naturaleza misma del potencial ayuntamiento carnal necesario para la cópula entendida en sentido estricto”<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> *Ibid.*, considerando sexto.

<sup>156</sup> *Ibid.*, considerando sexto.

- c) Desde la perspectiva dogmático penal la libertad sexual, que participaba del carácter de derecho fundamental, era un bien jurídico digno de protección penal, siendo el delito de violación sexual, que atentaba contra dicho bien, considerado como un delito grave por su lesividad y trascendencia. Por tanto, cuando la conducta de un varón encuadraba dentro de la descripción típica del delito de violación, constatándose la afectación de la libertad sexual, no debía admitirse distinción alguna, menos por razón de género.
- d) Si bien la legislación y la doctrina consideraban a la procreación como uno de los fines del matrimonio, de allí no se seguía que desapareciera la libertad de rechazar en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia la relación sexual con el cónyuge, sin perjuicio de que si esa negativa era injustificada se la podía invocar como causal de divorcio.
- e) Si se consideraba que cuando subsistía el “débito carnal” surgía el derecho del varón de tener cópula con su mujer aun en contra de su voluntad, y que si utilizaba la violencia física para tal efecto su conducta se adecuaba al tipo penal de “ejercicio indebido de un derecho”, se tendría que aceptar que el marido, de no ejercer indebidamente ese derecho, podía acudir al Estado para obligar a su esposa a tener relaciones con él, esto es, para evitar que se hiciera justicia por su propia mano (bien jurídico tutelado por el tipo penal de “ejercicio indebido de un derecho”).

### **Los argumentos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para modificar la tesis de jurisprudencia 1a /J 10/94**

La citada Suprema Corte sostuvo que la jurisprudencia emitida en virtud de la cual no se configuraba el delito de violación sexual si el cónyuge imponía la cópula normal de manera violenta, a pesar del empleo de los medios

típicos, atendía a que uno de los fines del matrimonio era la procreación de la especie por lo que los cónyuges debían prestarse a la relación sexual siempre y cuando ésta se llevara a cabo de manera normal. No obstante, afirmó que los criterios considerados en aquellas tesis de jurisprudencia habían cambiado por lo que debía modificarse, principalmente por las siguientes razones:

- a) De acuerdo al tipo penal de violación regulado en el artículo 267° del Código Penal de Puebla<sup>157</sup>, sólo se requería tener cópula con una persona sea cual fuere su sexo por medio de violencia física o moral, no requiriéndose de otros elementos subjetivos u objetivos ni de circunstancias especiales para su configuración.
- b) El tipo fundamental del delito de violación no requería para su configuración cualidades especiales entre el sujeto pasivo y activo, por lo que la sola obtención de la cópula entre cónyuges por medio de la violencia, era suficiente para configurar tal delito.
- c) Existía un consenso generalizado según el cual el bien jurídico tutelado en el delito de violación sexual era la libertad sexual, que reconocía en el ser humano, por el solo hecho de serlo, su derecho a la libre autodeterminación sexual. La pudicia individual o la honestidad de la mujer, habían dejado de ser considerados bienes jurídicos protegidos en el caso de la violación sexual.
- d) Si bien el artículo 294° del Código Civil del Estado de Puebla establecía la perpetuación de la especie como uno de los fines del matrimonio<sup>158</sup>, no podía interpretarse que

---

<sup>157</sup> Artículo 267°. Al que por medio de la violencia física o moral tuviere cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán de seis a veinte años de prisión y multa de cincuenta a quinientos días de salario.

Cuando el sujeto pasivo sea menor de dieciocho años de edad, se duplicará la sanción establecida en el párrafo anterior.

<sup>158</sup> Artículo 294. El matrimonio es un contrato civil, por el cual un solo hombre y una sola mujer, se unen en sociedad para perpetuar la especie

cualquiera de los cónyuges podía obligar al otro a acceder al acto carnal con el pretexto de la procreación, pues por encima de tal fin existía el derecho de la persona de pronunciarse no sólo respecto a su libertad sexual y a la libre disposición de su cuerpo, sino a la determinación del momento en que habría de procurar la perpetuación de la especie. Ello era un derecho fundamental consagrado en el artículo 4° de la Constitución<sup>159</sup>.

- e) El derecho que asistía a los cónyuges de acceder a la relación sexual con la intención de cumplir el fin del matrimonio de perpetuación de la especie de acuerdo a la legislación civil del Estado de Puebla, no representaba un derecho absoluto entre ambos cónyuges, sino que implicaba la libertad de los mismos para determinar de común acuerdo y en pleno uso de su libertad sexual cuándo habrían de proceder al ayuntamiento carnal con fines de procreación. Esta situación resultaba patente por el reconocimiento que hacía el Código Civil del Estado de Puebla, en su artículo 326°, de la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges en el matrimonio<sup>160</sup>.
- f) Ningún derecho derivado del vínculo matrimonial asistía a un cónyuge para acceder al acto sexual en forma violenta en contra de la voluntad de su pareja, pues en todo caso, el artículo 454° del Código Civil del Estado de Puebla contemplaba una sanción específica—la disolución del vínculo matrimonial— respecto de los actos que violentaran la relación conyugal, en cualquiera de sus manifestaciones, entre ellas, la libertad sexual, derecho que correspondía

---

y ayudarse en la lucha por la existencia

<sup>159</sup> Artículo 4°. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

<sup>160</sup> Artículo 326. Los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio serán iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.

al ser humano con independencia de su específico estatus civil<sup>161</sup>.

Por las consideraciones expuestas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación modificó la tesis jurisprudencial 1a./J. 10/94, quedando redactada en los siguientes términos:

VIOLACIÓN. SE INTEGRA ESE DELITO AUN CUANDO ENTRE EL ACTIVO Y PASIVO EXISTA EL VÍNCULO MATRIMONIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). En términos del primer párrafo del artículo 267 del Código para la Defensa Social del Estado de Puebla, el delito de violación requiere para su integración: 1. tener cópula con una persona sea cual fuere su sexo, y 2. obtener dicho ayuntamiento carnal por medio de la violencia física o moral. El bien jurídico tutelado por el tipo penal de mérito es la libertad sexual, que reconoce en el ser humano, su derecho a la autodeterminación sexual. Ahora bien, el tipo penal del delito de violación contenido en la legislación referida, no establece para su integración excepción en relación con la calidad de los sujetos, como pudiera ser la existencia de algún vínculo o relación entre ellos, pues sólo requiere la actualización de violencia física o moral para la realización de la cópula; por tanto, debe concluirse que cuando uno de los cónyuges obtiene la cópula por medios violentos –sean éstos físicos y/o morales–, queda debidamente integrado el delito de violación, sin importar la existencia del vínculo matrimonial.

El criterio que se acaba de sustentar, si bien se realizó a la luz del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, lo

---

<sup>161</sup> Artículo 454. Son causales de divorcio:

III. La perversión de alguno de los cónyuges demostrada por:

d. La imposición de la cópula con violencia y en contra de la voluntad de la mujer.

cierto es que puede ser aplicable en aquellas entidades cuyos ordenamientos legales sean similares al aquí analizado<sup>162</sup>.

En consecuencia resolvió declarar procedente y fundada la solicitud de modificación de jurisprudencia formulada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito.

## 2.4 Perú

### 2.4.1 Proceso de amparo ante una sanción administrativa sustentada en la orientación sexual del recurrente: Sentencia de 24 de noviembre de 2004 (Exp. 2868-2004-AA/TC) del Tribunal Constitucional

José Antonio Álvarez Rojas presentó un recurso extraordinario contra la Sentencia de la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Áncash, de fecha 24 de mayo de 2004, que declaró improcedente la demanda de amparo que él interpuso contra el Ministerio del Interior<sup>163</sup>. La sentencia de primera instancia también había declarado improcedente dicha demanda.

En la demanda de amparo, presentada el 29 de diciembre de 2003, José Álvarez solicitó su reincorporación al servicio activo de la Policía Nacional, con el reconocimiento de su tiempo de servicio. Sostuvo que cuando prestaba servicios en la jefatura del área policial de Pomabamba-Ancash se expidió un parte administrativo disciplinario por faltas contra el

---

<sup>162</sup> Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 16 de noviembre de 2005, considerando séptimo. En virtud de la modificación de la tesis de jurisprudencia 1a./J. 10/94, la citada Primera Sala dispuso la cancelación de otras tesis jurisprudenciales sustentadas en aquella: 1a./J. 5/94, 1a./J. 6/94, 1a./J. 7/94, 1a./J. 8/94, 1a./J. 9/94, 1a./J. 11/94 y 1a./J. 12/94.

<sup>163</sup> A partir del 1 de diciembre de 2004, fecha en la que entró en vigencia el Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley N° 28237, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda (artículo 18°).

decoro y la obediencia, imponiéndosele la sanción de 10 días de arresto simple, que posteriormente fue elevada a 18 días por el jefe de la Subregión de la Policía Nacional de Huarí-Ancash. Adicionalmente, por los mismos hechos se le pasó de la situación de actividad a la de disponibilidad, mediante Resolución Regional N° 062-IV RPNP-UP AMDI, de 28 de agosto de 1996, por habersele encontrado responsable de la comisión de faltas contra el decoro y el espíritu policial. Finalmente, por Resolución Directoral N° 728-2000 DGPNP/DIPER, de fecha 7 de abril de 2003, se dispuso su pase al retiro, violándose el principio *ne bis in idem*.

Por los mismos hechos José Álvarez había sido procesado y absuelto por el Cuarto Juzgado de Instrucción Permanente de la II Zona Judicial de la Policía Nacional, resolución que fue confirmada por la Sala del Consejo Superior de Justicia de la PNP.

El Tribunal Constitucional analizó el caso concluyendo que se había vulnerado el principio *ne bis in idem*, principio implícito en el artículo 139° inciso 3) de la Constitución<sup>164</sup>. Lo interesante de la resolución es que el mencionado tribunal advirtió que, en el ejercicio de la potestad sancionadora, la Policía Nacional había vulnerado otros derechos fundamentales de José Álvarez, quien sólo había alegado la vulneración del principio de *ne bis in idem* y la vulneración de su derecho a la defensa.<sup>165</sup>

En virtud de la aplicación del *iura novit curia* constitucional, el Tribunal Constitucional recordó “la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo que involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo

---

<sup>164</sup> Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...).

<sup>165</sup> El Tribunal Constitucional consideró que se había violado el derecho a la defensa del demandante, pues se le había impuesto la sanción de arresto simple sin seguir un previo procedimiento disciplinario y sin que pudiera defenderse de los cargos imputados.

reconocido en aquél”<sup>166</sup>, pues las normas constitucionales eran indisponibles para el juez constitucional y, en consecuencia, aunque no hubieran sido invocadas debían aplicarse.

Como se ha señalado, José Álvarez había sido sancionado por cometer falta contra la obediencia, y según el Ministerio del Interior ésta se había producido al no haber pedido autorización para contraer matrimonio con Keli Micheli Rojas Minchola el 3 de mayo de 1996.

Para el Tribunal Constitucional la cuestión que debía analizarse era si ¿era admisible constitucionalmente la exigencia de contar con autorización de la institución policial para que sus efectivos pudieran contraer matrimonio?

Si bien el Tribunal Constitucional señaló, por un lado, que del artículo 4º de la Carta Política<sup>167</sup> no se derivaba un derecho fundamental al matrimonio y por lo tanto el derecho de contraer libremente matrimonio no tenía la autonomía propia de un derecho constitucional específico, por el otro afirmó que tal derecho “sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2º, inciso 1) de la Constitución”<sup>168</sup>:

Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

---

<sup>166</sup> Sentencia de 24 de noviembre de 2004, Expediente 2868-2004-AA/TC, fundamento 4. Sobre la necesidad de que se respete el contradictorio en el proceso de amparo y la aplicación del *iura novit curia*, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano STC 0905-2001-AA/TC.

<sup>167</sup> Artículo 4º. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio (...).

<sup>168</sup> Sentencia de 24 de noviembre de 2004, Expediente 2868-2004-AA/TC, fundamento 5.

Uno de los ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubi*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él –aunque no únicamente–, a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad –para autorizar o negar– de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración<sup>169</sup>.

El Tribunal Constitucional consideró que la sanción de 18 días de arresto impuesta a José Álvarez por no haber pedido autorización de la Policía Nacional para casarse, vulneraba el principio de legalidad<sup>170</sup> y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, analizó la sanción disciplinaria impuesta por cometer faltas contra el decoro y el espíritu policial. La comisión de tales faltas se sustentaba en el hecho de que José Álvarez había demostrado “total desconocimiento de las cualidades morales y éticas como miembro de la PNP” al haberse casado con Kelly Migueli Rojas, una persona del mismo sexo, quien presumiblemente había adulterado su documento de identidad, cambiado sus nombres masculinos de pila por nombres femeninos. Además, la sanción se

---

<sup>169</sup> Sentencia de 24 de noviembre de 2004, Expediente 2868-2004-AA/TC, fundamento 5.

<sup>170</sup> El artículo 50° del Decreto Legislativo N° 745 establece que se pasará a retiro al efectivo que no solicite autorización para contraer matrimonio con un extranjero, y el artículo 67° del mismo decreto legislativo estatuye que el personal de la Policía en situación de actividad o disponibilidad, para contraer matrimonio con persona extranjera requerirá autorización por Resolución del Director General de la Policía. El Tribunal Constitucional expresamente señaló que no se detendría, en este caso, en los alcances de tales disposiciones.

sustentaba en que José Álvarez había mantenido una relación de convivencia con esa persona a pesar de conocer “–o tener que razonablemente haber inferido, en función de su condición de auxiliar de enfermería– las anomalías físicas de sus órganos genitales”<sup>171</sup>. Esto último por cuanto el 6 de agosto de 1996, Kelly Rojas (quien figuraba como Oswaldo Miguel) había sido sometida a un reconocimiento médico legal, realizado por la Dirección Regional de Salud de Huari, y se había diagnosticado que en la actualidad no se podía definir el sexo inicial por existir plastía previa en órganos genitales, “D/C hermafroditismo”.

El Tribunal Constitucional consideró *prima facie* que si la sanción se había impuesto al recurrente porque un tercero (la persona con la que se casó) había cometido un delito, ella resultaba no sólo desproporcionada sino que afectaba el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional advirtió que la sanción había sido impuesta también por el hecho de que José Álvarez había mantenido relaciones de convivencia con un transexual, “con anomalías físicas”, hecho que debía haber advertido en su condición de auxiliar de enfermería.

A criterio del Tribunal debía analizarse si la convivencia con un transexual podía o no ser considerada ilícita desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador. Para ello, destacó que de conformidad con el artículo 1º de la Constitución, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad eran el fin supremo de la sociedad y del Estado<sup>172</sup> y que la Constitución peruana no distinguía a las personas por su opción sexual. En ese sentido, el carácter digno de una persona no se perdía por ser homosexual o transexual “o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de

---

<sup>171</sup> Sentencia de 24 de noviembre de 2004, Expediente 2868-2004-AA/TC, fundamento 6.

<sup>172</sup> Artículo 1º. La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

ser que no sea de aceptación de la mayoría”<sup>173</sup>. El Tribunal Constitucional determinó que no se podía condenar una opción o preferencia cuya elección sólo correspondía adoptar al individuo como ser libre y racional. Asimismo, señaló que al sancionar administrativamente a un servidor público por determinada opción y preferencia sexual “simultáneamente el Estado, de modo subrepticio, está imponiendo como jurídicamente obligatorio lo que él, autoritariamente, o una mayoría, juzga como moralmente bueno<sup>174</sup> (...) Lo que juzga inconstitucional es que, inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, susceptible de sanción la relación que establezca con uno de sus miembros”<sup>175</sup>.

Por las razones expuestas el Tribunal Constitucional resolvió declarar fundada la demanda y ordenó al Ministerio del Interior reincorporar al servicio activo a José Álvarez, reconociéndole su tiempo de servicios como reales y efectivos.

## **A manera de balance**

Las sentencias referidas a lo largo de este trabajo permiten confirmar el importante rol que la jurisprudencia ha jugado en la protección de los derechos sexuales y reproductivos en América Latina. Para brindar tal protección los tribunales constitucionales o las cortes supremas han invocado derechos o principios reconocidos en textos constitucionales y en tratados internacionales de derechos humanos, como la dignidad personal, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad, el derecho a la salud, entre otros. De esta forma, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, parte del derecho constitucional. El Comité de Derechos Humanos

---

<sup>173</sup> Sentencia de 24 de noviembre de 2004, Expediente 2868-2004-AA/TC, fundamento 6.

<sup>174</sup> *Ibid.*, fundamento 6.

<sup>175</sup> *Ibid.*, fundamento 6.

de Naciones Unidas ha señalado que negar la interrupción del embarazo cuando la mujer está gestando un feto anencefálico constituye un sufrimiento moral prohibido por el artículo 7° del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. La anticoncepción oral de emergencia también ha sido materia de un fallo del Tribunal Constitucional peruano favorable a su distribución gratuita. Por otra parte, se ha señalado que la vida privada incluye la vida sexual, y en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha afirmado que la violencia sexual no es sólo un ataque a la integridad física y mental sino también a la dignidad e intimidad personal. El derecho al ejercicio de la sexualidad también ha sido explícitamente reconocido por tribunales constitucionales y cortes supremas, estableciéndose que a los Estados les está vedado escudriñar en determinados aspectos de la vida de las personas, entre ellos la vida sexual. Se ha señalado, igualmente, que la privación de libertad no priva del ejercicio de la sexualidad, ya se trate de personas heterosexuales u homosexuales. Las visitas íntimas de las personas privadas de libertad están protegidas por el derecho a la intimidad y por el principio de dignidad. Finalmente, se ha sostenido que el carácter digno de una persona no se pierda por su orientación o preferencia sexual. El derecho al libre desarrollo de la personalidad posibilita que las personas elijan su modo de vida, incluso si el modo de vida escogido no es de aceptación de la mayoría.

Sin embargo, no hay que olvidar que incluso espacios de libertad conquistados podrían resultar muy poco significativos si es que no se garantiza a las personas ciertas condiciones materiales. Como afirman Correa y Petchesky, los derechos sexuales y reproductivos se definen en términos de poder y de recursos: “poder para realizar decisiones informadas sobre nuestra propia fertilidad, maternidad, crianza de hijos/as, salud ginecológica y actividad sexual, y los recursos para tomar tales decisiones de una manera segura y eficaz”<sup>176</sup>.

---

<sup>176</sup> Correa Sonia y Petchesky Rosalind, “Reproductive and Sexual Rights: A Feminist Perspective”, op. cit. p. 107.



# Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General  
(2007 - 2009)

Thomas Buergenthal  
Presidente Honorario

Sonia Picado S.  
Presidenta

Mónica Pinto  
Vicepresidenta

Margareth E. Crahan  
Vicepresidenta

Pedro Nikken  
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba  
Line Bareiro

Lloyd G. Barnett

César Barros Leal

Allan Brewer-Carías

Marco Tulio Bruni-Celli

Antônio A. Cançado Trindade

Gisèle Côté-Harper

Mariano Fiallos Oyanguren

Héctor Fix-Zamudio

Robert K. Goldman

Claudio Grossman

María Elena Martínez

Juan E. Méndez

Sandra Morelli Rico

Elizabeth Odio Benito

Nina Pacari

Máximo Pacheco Gómez

Hernán Salgado Pesantes

Wendy Singh

Rodolfo Stavenhagen

Comisión Interamericana  
de Derechos Humanos

Paolo G. Carozza  
Luz Patricia Mejía  
Felipe González  
Florentín Meléndez  
Víctor E. Abramovich  
Clare Kamau Roberts  
Paulo Sérgio Pinheiro

Corte Interamericana  
de Derechos Humanos

Cecilia Medina-Quiroga  
Diego García-Sayán  
Manuel E. Ventura Robles  
Sergio García-Ramírez  
Leonardo Franco  
Margarette May Macaulay  
Rhady's Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.  
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.