

SALC Serie de manuales de litigio

Cerrando la brecha de género: litigio de casos de violaciones de los derechos de la salud sexual y reproductiva



SALC Serie de manuales de litigio

Cerrando la brecha de género: litigio de casos de violaciones de los derechos de la salud sexual y reproductiva

Noviembre de 2013

SALC SALC Serie de manuales de litigio

Cerrando la brecha de género: litigio de casos de violaciones de los derechos de la salud sexual y reproductiva

©2013 Southern Africa Litigation Centre

ISBN (e-book): 978-0-620-58473-9

ISBN (impreso): 978-0-620-58447-0

Fotografía de portada cortesía de M&H Sheppard via istock

Acerca del Southern Africa Litigation Centre

The Southern Africa Litigation Centre- Centro de Litigios de África Meridional (SALC por sus siglas en inglés), fue creado en el 2005 con el objetivo de dar apoyo—tanto técnico como financiero—a iniciativas de interés público así como a aquellas relacionadas con los Derechos Humanos emprendidas por abogados de distintos países de África del sur. El SALC trabaja en Angola, Botsuana, la República Democrática del Congo, Lesoto, Malawi, Mozambique, Namibia, Suazilandia, Zambia y Zimbabue. Su modelo consiste en trabajar con abogados de las distintas jurisdicciones que defienden casos de interés público relacionados con los Derechos Humanos y el Estado de Derecho. El SALC ofrece apoyo a los abogados de diversas formas, entre otras, mediante la investigación jurídica, la elaboración de borradores, la formación y orientación, así como por medio de apoyo económico. Aunque su principal objetivo es apoyar los casos de manera individualizada, entre sus propósitos también se encuentra ofrecer formación y facilitar la creación de redes legales en la región.

Autoría y agradecimientos

Este manual ha sido escrito y es el resultado de la investigación realizada por Kitty Grant, consultora del SALC y Nyasha Chingore-Munazvo, abogada de proyectos con el SALC, con la contribución de Priti Patel, directora adjunta del SALC y coordinadora del programa de VIH. Ha sido revisado y editado por Anneke Meerkotter, abogada de proyectos con el SALC, y por Priti Patel. Agradecemos la inestimable ayuda en la verificación de información de Melody Kozah, abogada de proyectos con el SALC. Este manual ha sido diseñado por Carmen Castro Diseño. La traducción del presente manual ha sido realizada por Lucía López.

La elaboración del presente manual ha sido posible gracias a la generosa ayuda de la Fundación Ford y de la Open Society Initiative for Southern Africa.

Southern Africa Litigation Centre

Second Floor, President Place
1 Hood Avenue, Rosebank
Johannesburg, South Africa 2196
info@salc.org.za
www.southernafricalitigationcentre.org

Manuales anteriores de la serie

Equal Rights for All: litigating Cases of HIV-Related Discrimination (Septiembre de 2011) Protecting Rights: litigating Cases of HIV Testing and Confidentiality of Status (Septiembre de 2012)

Para copias impresas y electrónicas de este o de los manuales anteriores, por favor contacte al Southern Africa Litigation Centre.

Lista de acrónimos y abreviaturas

Carta Africana	Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos
CEDAW (Por sus siglas en inglés)	Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer
CDESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CDH	Comité de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIPD	Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo
Comisión Africana	Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
Comité de la CEDAW	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
DSSR	Derechos de la salud sexual y reproductiva
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
FIGO	Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia
MVVIH	Mujeres que viven con VIH
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSC	Organizaciones de la Sociedad Civil
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Protocolo de las Mujeres	Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África
SADC (Por sus siglas en inglés)	Comunidad de Desarrollo de África Austral
SSR	Salud sexual y reproductiva
TCID	Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UA	Unión Africana
VIH	Virus de la Inmunodeficiencia Humana

Índice

1	Antecedentes	1
1.1	Introducción	1
1.2	Objetivo y alcance del manual	3
<hr/>		
2	Uso del derecho internacional, regional y comparado en los tribunales nacionales	8
2.1	Introducción	8
2.2	Uso del derecho internacional, regional y comparado en los tribunales nacionales	9
2.3	Conclusión	14
	Ejemplos de violaciones de derechos específicos	14
<hr/>		
3	Derecho internacional relevante	18
3.1	Introducción	18
3.2	Resumen de las fuentes de derecho internacional	20
3.3	Introducción a los derechos de la salud sexual y reproductiva	23
3.4	Derecho a la no discriminación	25
3.5	Derecho a la igualdad	34
3.6	Derecho a la salud, incluida la salud sexual y reproductiva	35
3.7	Derecho a la información	41
3.8	Derecho a la libertad y la seguridad de la persona	43
3.9	Derecho a no ser sometido a tratos crueles inhumanos y degradantes	44
3.10	Derecho a la vida	47
3.11	Derecho a la privacidad	47
3.12	Conclusión	48
<hr/>		
4	Derecho regional relevante	49
4.1	Introducción	49
4.2	Resumen del derecho regional relevante	51

4.3	Derecho a estar libre de discriminación	54
4.4	Derecho a la igualdad	59
4.5	Derecho a la salud, incluida la salud sexual y reproductiva	66
4.6	Derecho a la libertad, la seguridad personal y la integridad física	66
4.7	Derecho al respeto de la dignidad y a no ser sometido a tortura, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	67
4.8	Right to Information	70
4.9	Right to Life	71
4.10	Conclusion	72

5	Derecho comparado relevante	73
5.1	Introducción	73
5.2	Procedimientos médicos relativos a la salud sexual y reproductiva realizados de manera forzada o bajo coerción	74
5.3	Discriminación en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva	78
5.4	Conclusión	80

6	Justificaciones de las violaciones del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva y de la discriminación	81
6.1	Introduction	81
6.2	Información científica y médica sobre la salud sexual y reproductiva	82
6.3	Justificaciones de las violaciones del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva	84
6.4	Justificaciones de la discriminación en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva	90
6.5	Conclusión	91

7	Recursos útiles online	92
----------	------------------------	----



Antecedentes

1.1 Introducción

La salud es un elemento central para el desarrollo de todas las personas y es esencial para el disfrute de otros derechos fundamentales. El derecho fundamental a la salud incluye tanto el derecho a la salud sexual como a la reproductiva. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) reconoce desde 1948 la importancia de la salud y el bienestar y establece para todas las personas “el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar.”¹ Específicamente, la DUDH también reconoce la importancia de proveer a las mujeres de cuidados de salud reproductiva, señalando que la maternidad requiere de “cuidados y asistencia especiales.”² Desde entonces, la comunidad internacional ha reconocido la importancia de los derechos de la salud sexual y reproductiva (DSSR) para cumplir con los objetivos de desarrollo a nivel internacional.³

Sin embargo, muchas comunidades pobres y marginadas alrededor del mundo aún siguen luchando por acceder a la información, bienes y servicios de salud, incluidos los de prevención y tratamiento de la salud sexual y reproductiva (SSR), tales como:

- Servicios de planificación familiar
- Servicios de salud materna
- Tratamiento y cuidados de VIH
- Tratamiento y prevención de enfermedades de transmisión sexual, así como de enfermedades del aparato reproductor (como el cáncer cervical) y otros problemas ginecológicos y urológicos.

Tanto hombres como mujeres tienen derechos de salud sexual. Sin embargo, en los países en vías de desarrollo, los DSSR de las mujeres están en peligro debido a las numerosas desigualdades de género, prácticas dañinas para las mujeres, violencia de género y otros factores socio-económicos y culturales que limitan el control de las mujeres sobre sus vidas y aumentan los riesgos de su salud sexual y reproductiva.

¹ Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), *disponible en* <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (última consulta 26 agosto de de 2013).

² *Id.*, artículo 25(2).

³ **Véase**, por ejemplo, la Reunión Plenaria de Alto Nivel del 60º Periodo de Sesiones de la Asamblea General, 14-16 de septiembre de 2005, en la cual se elaboró una resolución que otorga especial atención al VIH/SIDA, 57(g) y 58(c) *disponible en* <http://www.un.org/webcast/summit2005/statements14.html> (última consulta 26 agosto de de 2013).

Esta situación se ve agravada por el hecho de que los DSSR de las mujeres son frecuentemente ignorados o infravalorados por los gobiernos. Como resultado, los problemas de salud reproductiva siguen siendo la principal causa del frágil estado de salud e incluso de la muerte de mujeres en edad reproductiva en el mundo entero. Estos problemas de salud representan un tercio de la carga global de enfermedades en mujeres en edad reproductiva, y un quinto de la carga de enfermedades en la población en general.⁴

En particular, la región de África del sur se enfrenta a una gran cantidad de desafíos a nivel de salud sexual y reproductiva, tales como: tasas de mortalidad materna excesivamente altas,⁵ un alto índice de cáncer cervical⁶ así como una violencia de género generalizada.⁷ Aunque el uso de anticonceptivos en esta región es mayor que en otras partes de África subsahariana, se enfrenta a una mayor necesidad no cubierta de anticonceptivos.⁸ El continente africano tiene los índices más altos de muerte por aborto.⁹ El catorce por ciento del total de muertes maternas en el continente se produjeron por complicaciones durante la realización de abortos inseguros.¹⁰

A pesar de las importantes violaciones de los DSSR en la región, ni las leyes, ni las políticas ni en la práctica se logra proveer servicios de apoyo para cubrir las necesidades específicas de salud sexual y reproductiva.

⁴ Resumen ejecutivo de “Adding It Up: The Benefits of Investing in Sexual and Reproductive Health Care” *Guttmacher Institute/UNFPA* (2003) disponible en <http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/addingitup.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁵ Hogan et al “Maternal Mortality for 181 countries, 1980–2008: A Systematic Analysis of Progress Towards Millennium Development Goal 5” (2010) *Lancet Online* disponible en [http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(10\)60518-1/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(10)60518-1/fulltext) (última consulta 26 agosto de 2013). **Véase también**, “Trends in Maternal Mortality 1990-2010” *WHO, UNICEF, UNFPA and the World Bank* (2012), 23 disponible en http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2012/Trends_in_maternal_mortality_A4-1.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

⁶ World Cancer Report 2008” Organización Mundial de la Salud, Agencia Internacional para la investigación sobre el Cáncer (2008), 34 disponible en http://www.iarc.fr/en/publications/pdfs-online/wcr/2008/wcr_2008.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

⁷ Informe Global “UNAIDS Report on the Global AIDS Epidemic” (2010), 135 disponible en http://www.unaids.org/globalreport/documents/20101123_GlobalReport_full_en.pdf (última consulta 26 agosto de 2013) que muestra datos sobre la violencia contra las mujeres en dos países de África del sur; Namibia y Zimbabue. **Véase también** “Preventing Gender-Based Violence in the Horn, East and Southern Africa: A Regional Dialogue” *Raising Voices and UN-HABITAT* (2004), 3.

⁸ “Adding It Up: Costs and Benefits of Contraceptive Services” *Guttmacher Institute/UNFPA* (2012) disponible en <https://www.unfpa.org/public/global/publications/pid/4461> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁹ “Facts on Induced Abortion Worldwide Briefing Paper” *Guttmacher Institute* (2012), 2 disponible en http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁰ “Unsafe Abortion: Global and Regional Estimates of the Incidence of Unsafe Abortion and Associated Mortality in 2008” OMS (2011), 28 disponible en http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9789241501118_eng.pdf (última consulta 26 agosto de 2013). Más de 1,7 millones de mujeres africanas son hospitalizadas anualmente debido a complicaciones en los abortos inseguros. Véase Singh et al “Hospital admissions resulting from unsafe abortion: estimates from 13 developing countries” (2006) *Lancet* 1887, 1890 disponible en [http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(06\)69778-X/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(06)69778-X/fulltext) (última consulta 26 agosto de 2013).

1.2 Objetivo y alcance del manual

El presente manual pretende abordar el alto predominio de vulneraciones de los DSSR en África del sur ofreciendo herramientas a los abogados de los distintos países para hacer que los responsables de las violaciones de DSSR den cuenta de sus actos. Se centrará en las violaciones del derecho a la autodeterminación y en la discriminación de grupos específicos de mujeres en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva (SSR).¹¹

Para el propósito de este manual, definiremos la autodeterminación sexual y reproductiva como el derecho de una mujer a decidir por sí misma sobre su SSR. En algunos casos, las violaciones del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva de las mujeres resultan de un estigma arraigado contra las mujeres y contra grupos específicos de una población. Entre estas violaciones se encuentran:

- Obstáculos en el acceso y uso de los servicios de SSR
- Retención de información o de las diferentes opciones en temas de SSR debido al estigma
- Dar informaciones engañosas sobre las diferentes opciones
- Ofrecer los servicios de SSR deseados bajo la condición de ser sometida a determinados procedimientos
- Realizar procedimientos sin un consentimiento informado.

En otros casos, la ley y la práctica pueden restringir el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva, por ejemplo, limitando el poder de decisión de la mujer sobre si continuar con el embarazo o interrumpirlo. En el 2008, aproximadamente el 92% de las mujeres en edad reproductiva en África estuvieron sujetas a leyes que limitaban la interrupción del embarazo, contribuyendo a altas tasas de mortalidad materna debido a la práctica de abortos inseguros.¹²

Las violaciones del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva de las mujeres tienen un impacto particularmente severo en mujeres pobres y marginadas. Este manual se centra específicamente en el litigio de casos de violaciones de los DSSR de dos grupos particularmente vulnerables: mujeres que viven con VIH (MVVIH) y mujeres con discapacidad. Existen otros grupos de mujeres especialmente vulnerables en el contexto de la salud sexual y reproductiva, tales como adolescentes, niñas, refugiadas, mujeres del contexto rural y mujeres en situación de conflicto. Aunque estos grupos no son el eje central de este manual, los principios legales generales aquí expuestos pueden ser utilizados para abordar las violaciones de los DSSR de todas las mujeres. Asimismo, los hombres también pueden ser víctimas de violaciones de DSSR tales como las circuncisiones o las vasectomías forzadas.

¹¹ Tanto hombres como mujeres tienen derechos de salud sexual y reproductiva. Sin embargo, en este manual nos centraremos solo en las violaciones de los derechos de SSR sufridas principalmente por mujeres debido a sus capacidades reproductivas.

¹² "Facts on Induced Abortion Worldwide Briefing Paper" *Guttmacher Institute* (2012), 2 disponible en http://www.guttmacher.org/pubs/fb_IAW.html (última consulta 26 agosto de 2013).

Mujeres que viven con VIH

En los países de África del sur, los DSSR no pueden ser abordados al margen de las altas tasas de VIH en la región. En el 2010, aproximadamente “el 68% de todas las personas que vivían con el VIH residían en África subsahariana, una región que representa solo el 12% de la población mundial.”¹³ Según los últimos datos de ONUSIDA, la región de África del sur tiene el mayor número de personas que viven con VIH del mundo.¹⁴

Las mujeres siguen teniendo más probabilidades de contraer el VIH que los hombres. Aproximadamente, “el 76% de las mujeres que viven con VIH en el mundo viven en África subsahariana.”¹⁵ En dicha región, las probabilidades de que las jóvenes con edades de entre 15 y 24 años sean seropositivas son ocho veces mayores que en el caso de los varones.¹⁶

Además de las violaciones comunes del derecho al acceso a sus DSSR a las que se enfrentan muchas mujeres de África del sur, las MVVIH también se enfrentan a obstáculos específicos debido a su condición de seropositivas. Las MVVIH de África del sur son más vulnerables a las enfermedades sexuales y reproductivas, tales como el cáncer cervical,¹⁷ y su tasa de mortalidad materna es más alta.¹⁸ Además, el hecho de tener VIH implica que tengan que decidir la mejor manera de tener hijos y considerar cómo reducir la transmisión del VIH de madre a hijo/a durante el embarazo. Las investigaciones muestran que las MVVIH tienen generalmente mayores necesidades no cubiertas de anticonceptivos, de asesoramiento sobre la planificación del embarazo, sobre cómo abordar la infertilidad así como de información sobre la sexualidad.¹⁹

¹³ “World AIDS Day Report” ONUSIDA (2011), 7 disponible en http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/documents/unaidspublication/2011/jc2216_worldaidsday_report_2011_en.pdf (accessed 26 August 2013).

¹⁴ “Global Report” *supra* nota 7, 28.

¹⁵ *Id.*, 130.

¹⁶ “Latest data and statistics, Gender equality, women and HIV” ONU Mujeres (2011) disponible en <http://www.unwomen.org> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁷ L Odendal “Cervical cancer in women with HIV” (2011) 174 *HIV & AIDS Treatment in Practice*, 6 disponible en <http://www.aidsmap.com/pdf/HATIP-174-February-17th-2011/page/1669154/> (última consulta 26 agosto de 2013). Véase también Atashili et al “Potential Impact of Antiretroviral Therapy and Screening on Cervical Cancer Mortality in HIV-Positive Women in sub-Saharan Africa: A Simulation” (2011) 6 *PLoS ONE* e18527, e18527 disponible en <http://www.plosone.org/article/fetchObject.action?uri=info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0018527&representation=PDF> (última consulta 26 agosto de 2013) y M Moodley et al, “Invasive Cervical Cancer and Human Immunodeficiency virus (HIV) Infection: A South African Perspective” (2001) 11 *Int J. Gynecological Cancer* 194, 194 disponible en <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1046/j.1525-1438.2001.01022.x/abstract> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁸ “Trends in Maternal Mortality 1990-2010” *supra* nota 5, 24. Nueve países cuentan con una tasa de mortalidad materna del 20% o superior a causa del VIH: Suazilandia (67,3), Sudáfrica (59,9), Namibia (59,4), Botsuana (56,4), Lesoto (41,5), Zimbabue (38,8), Zambia (30,7), Malawi (29,3) y Mozambique (26,8).

¹⁹ Gay et al “What Works for Women and Girls: Evidence for HIV/AIDS Interventions” (2010), 185-186 disponible en <http://www.whatworksforwomen.org/system/attachments/2/original/what-works-for-women-and-girls.pdf?1278700491> (última consulta 26 agosto de 2013).

Mujeres con discapacidad

Las personas con discapacidad suman alrededor de un 10% de la población mundial y aproximadamente un 20% de la población viviendo en condiciones de pobreza.²⁰ Las mujeres con discapacidad pueden tener necesidades aún mayores de SSR debido a que necesitan cuidados especiales de salud durante el embarazo, el parto, el nacimiento y la crianza. Asimismo, existen evidencias de que las personas con discapacidad corren probablemente un mayor riesgo de contraer el VIH.²¹ Como grupo, se ajustan al patrón común de los riesgos estructurales del VIH: altos índices de pobreza, analfabetismo, falta de acceso a los servicios de salud y falta de capacidad a la hora de negociar las relaciones sexuales.

A pesar de sus diversas necesidades de salud reproductiva y de sus riesgos, las mujeres con discapacidad se enfrentan a una serie de barreras en el acceso a la información y a los servicios de SSR. Se les deniega la información sobre los servicios de salud sexual y reproductiva, así como el derecho a establecer relaciones y a decidir si quieren formar una familia, cuándo y con quién y son sujetas a procedimientos de esterilización forzados o bajo coerción así como a matrimonios forzados.²² Su limitado acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva se debe frecuentemente a la ignorancia o al estigma contra las personas con discapacidad que asumen que no son, o no deberían ser, sexualmente activas y que no deberían ser capaces de tener o criar hijos/as.²³ Las necesidades de las mujeres con discapacidad, incluidas las discapacidades en el desarrollo y las discapacidades mentales, plantean retos particularmente importantes en el contexto de los Derechos Humanos debido a que los Estados tienden a equiparar la discapacidad mental con la falta de capacidad jurídica. Este manual no abordará específicamente la situación de las mujeres con discapacidades mentales, debido a que ha preferido centrarse en todas las mujeres que viven con algún tipo de discapacidad de forma más general.

Las principales violaciones de DSSR examinadas en este manual son:

a. Las violaciones del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva en la que se proporciona a las mujeres servicios de salud sexual y reproductiva, en particular procedimientos de aborto o esterilización **sin un consentimiento individual e informado**, por ejemplo:

- Las mujeres son forzadas a someterse a procedimientos obligatorios de aborto o esterilización.
- Las mujeres son forzadas a someterse a procedimientos obligatorios de aborto o esterilización sobre la base de un consentimiento obtenido de un

²⁰ “Emerging Issues, Sexual and Reproductive Health of Persons with Disabilities” UNFPA, 2 disponible en http://www.unfpa.org/upload/lib_pub_file/741_filename_UNFPA_DisFact_web_sp-1.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

²¹ *Id.*

²² *Id.*, 4.

²³ “Promoting Sexual and Reproductive Health for Persons with Disabilities: Guidance Note” WHO/UNFPA (2009), 10 disponible en http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241598682_eng.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

tercero a pesar de la capacidad de la mujer de dar su consentimiento individual e informado.

- Las MVVIH y las mujeres con discapacidad que reciben información inadecuada para dar el consentimiento informado: por ejemplo, cuando no se les da la información completa acerca de los riesgos, beneficios y alternativas del procedimiento a realizar.

- Cuando el consentimiento de las MVVIH y de las mujeres con discapacidad para la realización de procedimientos de aborto o esterilización se obtiene bajo coerción: por ejemplo cuando no se les da el tiempo necesario para reflexionar sobre la información y las opciones disponibles; están doloridas o durante el parto y no pueden madurar adecuadamente su decisión; son sometidas a presiones indebidas por parte de los profesionales de los servicios médicos, compañeros o familiares; o cuando de su consentimiento depende la obtención de otro procedimiento deseado o necesario en términos médicos.

b. **Discriminación** en el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva adecuados, asequibles y de calidad, por ejemplo:

- A las MVVIH y a las mujeres con discapacidad se les deniega el acceso igualitario a los servicios de SSR existentes como resultado de una discriminación basada en su condición de seropositiva o de discapacitada.
- Las mujeres embarazadas son obligadas a realizarse las pruebas de VIH por varias razones, como por ejemplo como requisito para acceder a otros servicios de salud sexual y reproductiva.²⁴
- Los servicios no logran satisfacer las necesidades de cuidados de salud reproductiva de las MVVIH y de las mujeres con discapacidad.

En la región de África del sur, las mujeres se enfrentan a muchas otras violaciones de sus derechos de salud sexual y reproductiva, como por ejemplo, a leyes y políticas que restringen el acceso a los servicios de SSR (p. ej. las leyes admiten el aborto sólo en determinadas circunstancias médicas o sociales) o que el Estado no logre proveer una gama de servicios de salud sexual y reproductiva accesible y aceptable (p. ej. cuando la disponibilidad de los servicios se ve limitada por falta de recursos). Aunque estos aspectos de la autodeterminación reproductiva serán tratados, no se abordarán en profundidad.

El presente manual busca ofrecer a los/as abogados/as privados/as y de oficio de los países de África del sur que estén litigando casos en los tribunales nacionales un recurso para impugnar leyes, políticas y prácticas relacionadas con los DSSR. Asimismo, servirá de ayuda

²⁴ La prueba obligatoria de VIH constituye una violación común del derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres embarazadas prevalente en la región. Este tema ha sido ampliamente tratado en otro manual, y no es el objetivo central del presente trabajo. Cabe señalar que a menudo son las mujeres a las que específicamente van dirigidos estos programas de pruebas de VIH como requisito para acceder a otros servicios. **Véase** "Protecting Rights: litigating Cases of HIV Testing and Confidentiality of Status" *Southern Africa Litigation Centre* (2012) disponible en <http://www.southernafricalitigationcentre.org/2012/11/14/wp-content/uploads/201211litigating-cases-of-hiv-testing-and-confidentiality-of-status-final-pdf/> (última consulta 26 agosto de 2013).

a las organizaciones de la sociedad civil (OSC) que busquen utilizar el litigio como parte de su defensa estratégica de promoción y protección de los derechos de las mujeres, especialmente de las mujeres que viven con VIH y con discapacidad. Su objetivo es ofrecer argumentos legales concretos para ser utilizados en los litigios ante los tribunales nacionales.

Se entiende que los/as abogados/as deben estar familiarizados con las leyes de sus respectivas jurisdicciones y por ello, el manual no trata los marcos constitucionales y legislativos internos. Sin embargo, puede que no utilicen la jurisprudencia internacional, regional y comparada para respaldar sus argumentos. A menudo, esto se debe a una falta de conocimiento de estas otras legislaciones y a la idea equivocada de que no son útiles en los litigios a nivel nacional. El presente manual intenta abordar estos temas con la esperanza de que un mayor número de abogados/as privados/as y de oficio utilicen el derecho internacional, regional y comparado.

En primer lugar, se exponen brevemente los argumentos que pueden ser utilizados para justificar por qué los tribunales nacionales deben tener en cuenta el derecho internacional, regional y comparado en sus deliberaciones. A continuación, se aborda el derecho internacional y regional, así como la jurisprudencia relevante para los casos de litigio de los DSSR. Los apartados de derecho internacional y regional se organizan según los derechos específicos. El objetivo de este trabajo es ofrecer a los/as abogados/as un fácil acceso a la información necesaria cuando estén preparando los argumentos basados en esos derechos. A nivel regional de África, la jurisprudencia acerca de los derechos de la salud sexual y reproductiva ha sido limitada. Por tanto, este apartado del manual incluye ejemplos de otros mecanismos regionales de Derechos Humanos tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)²⁵ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).²⁶ A continuación, se abordará la jurisprudencia comparada de países en los que los tribunales han tratado casos relacionados con los DSSR. Por último, se resumen las respuestas legales y fácticas a las justificaciones que han sido ofrecidas frecuentemente en los casos de violaciones de los DSSR.

La mayoría de los apartados comienzan con una lista de verificación cuyo objetivo es guiar a los/as abogados/as en la elaboración de los argumentos para la defensa de sus casos ante los tribunales nacionales. Asimismo, ofrecen una lista de documentos y casos relevantes tratados a lo largo de cada capítulo. Cada apartado cuenta con notas a pie de página que incluyen la ubicación online de la documentación probatoria. Además, el manual ofrece una lista de recursos útiles online.

²⁵ El TEDH, con sede en Estrasburgo, Francia, supervisa el respeto de los Derechos Humanos de 800 millones de europeos de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa que han ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El TEDH es un Tribunal internacional creado en 1959 que actúa en virtud de las demandas que pueden presentar los particulares o los Estados alegando violaciones de los derechos civiles y políticos dispuestos en el Convenio. Desde 1998 se ha establecido como Tribunal a tiempo completo y los particulares pueden dirigirse a él directamente. En casi cincuenta años el Tribunal ha dictado más de 10.000 sentencias. Estas sentencias son vinculantes para los países involucrados y han llevado a que algunos gobiernos modifiquen su legislación y sus prácticas administrativas en muchas áreas. *Disponible en* http://www.echr.coe.int/ECHR/homepage_en (última consulta 26 agosto de 2013).

²⁶ El sistema Interamericano de Derechos Humanos nació con la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en Bogotá, Colombia, en abril de 1948. La CIDH se creó en 1959. La CIDH es el órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) cuya misión es promover y proteger los Derechos Humanos en el hemisferio americano. Está compuesta por siete miembros independientes que actúan a título personal.



Uso del derecho internacional, regional y comparado en los tribunales nacionales

2.1 Introducción

El presente capítulo resume algunos de los argumentos del derecho internacional, regional y comparado para su uso ante los tribunales nacionales en los países de África del sur.

Lista de verificación

- ▶ ¿Es su sistema legal monista o dualista?
- ▶ Si es monista, entonces el derecho internacional y regional es directamente aplicable.
- ▶ Si es dualista, ¿ofrece su Constitución alguna orientación respecto a la importancia del derecho internacional, regional y comparado en los litigios nacionales?
- ▶ Si es dualista, ¿existe alguna jurisprudencia que resuma la importancia del derecho internacional, regional y comparado en los litigios nacionales y/o utilice el derecho internacional, regional o comparado para tomar una decisión?
- ▶ Si es dualista, cite jurisprudencia de otros países en situaciones similares en los que los tribunales hayan tomado en cuenta el derecho internacional, regional y comparado.

Selección de casos relevantes tratados en este capítulo

- Attorney-General v Dow
- Ephraim v Pastory
- Ex-Parte Attorney General: In re Corporal Punishment by Organs of State
- Government of the Republic of Namibia and Others v Mwilima and Others
- Legal Resources Foundation v Zambia

- *Mojekwu v Ejikeme*
- *Odafe and Others v Attorney General and Others*
- *President of the Republic of Mozambique v Ncomacha*
- *Rono v Rono*
- *Société des Femmes Tchadiennes Transitaires v Ministère des Finances*
- *Ts'epe v The Independent Electoral Commission and Others*
- *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe*

2.2 Uso del derecho internacional, regional y comparado en los tribunales nacionales

El derecho internacional y regional de los Derechos Humanos puede ofrecer una jurisprudencia más contundente que los precedentes de los tribunales nacionales. Esto permitiría una interpretación más amplia y una defensa más firme de los principios de progresividad. El rol principal del derecho internacional y regional de los Derechos Humanos en litigios de interés público debería ser asistir a los tribunales nacionales en la interpretación de los derechos reconocidos constitucionalmente, dado que los tratados internacionales de Derechos Humanos han influenciado las constituciones de muchos países africanos.²⁷

La mayoría de los países de África del sur tiene sistemas legales dualistas en los que las obligaciones internacionales y regionales no son ni justiciables ni directamente aplicables en los tribunales nacionales a menos que se lleve a cabo una acción por parte del poder legislativo del país. Sin embargo, algunos países de la región como Mozambique, tienen sistemas legales monistas mediante el cual los tratados internacionales y regionales ratificados pasan automáticamente a formar parte de la legislación interna.

Cabe señalar que en ocasiones los tribunales evitan la aplicación directa del derecho internacional y regional de los Derechos Humanos, incluso en tribunales africanos de derecho civil monista.

Un ejemplo de esto es el caso del Tribunal Supremo del Chad en el caso *Société des Femmes*

²⁷ Por ejemplo, el derecho internacional de los Derechos Humanos influyó sustancialmente en el borrador de la Constitución de Sudáfrica. La influencia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) se hace evidente en la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales y de los derechos de la infancia en la Constitución. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) también tuvo una notoria influencia como puede observarse en la sección 31 del texto basado claramente en el artículo 27 del tratado internacional. Además, las obligaciones del Estado que se derivan de la CDN han sido promulgadas en numerosas jurisdicciones nacionales africanas, tales como, como la Ley de la Infancia ghanesa (1998) y la Ley de Justicia Juvenil (2003) así como la Ley de la Infancia keniana (2001). Véase O G Odhiambo “The Domestication of International Law Standards on the Rights of the Child with Specific Reference to Juvenile Justice in the African Context” Tesis presentada en la Universidad del Cabo Occidental, Sudáfrica, (2005) disponible en http://etd.uwc.ac.za/usrfiles/modules/etd/docs/etd_init_9110_1176963955.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

*Tchadiennes Transitaires v Ministère des Finances*²⁸ en el que se menciona brevemente la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) para respaldar la interpretación del Tribunal de una cláusula constitucional de no discriminación.²⁹ Parecido es el caso del Tribunal Supremo de Ruanda, el cual hizo recientemente referencia a la CEDAW, así como a la jurisprudencia comparada de Sudáfrica, Estados Unidos y Canadá en su decisión.³⁰

En Namibia, país en el que el derecho internacional es directamente aplicable a menos que sea estipulado de otra forma en la Constitución o en una Ley Parlamentaria, el Tribunal Supremo declaró en el caso *Ex-Parte Attorney General: En re Corporal Punishment by Organs of State*,³¹ que la interpretación constitucional fue “un juicio de valor que debe ser articulado e identificado objetivamente, con la consideración que se debe dar a las normas, aspiraciones y expectativas contemporáneas, así como a las sensibilidades del pueblo de Namibia como se expresa en sus instituciones nacionales y en su Constitución y habiendo además considerado el consenso de valores emergente de una comunidad internacional civilizada, que comparten los namibios”.³²

Sin embargo, en algunos casos, los tribunales han aplicado directamente los tratados internacionales de Derechos Humanos en países monistas. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de Mozambique declaró en el caso *President of the Republic of Mozambique v Ncomacha*³³ que solicitaba a las autoridades tradicionales que consideraran tanto los principios constitucionales como el derecho internacional de los Derechos Humanos a la hora de tomar decisiones judiciales.³⁴ En ese caso, el Tribunal Supremo mantuvo que las autoridades tradicionales habían incumplido tanto la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) por haber forzado a una niña de seis años a dejar a su familia para irse vivir con un hombre hasta que diera a luz a su hija, para compensarle por la muerte de uno de sus hijos.³⁵

Es interesante que el Tribunal Supremo de Namibia afirmó recientemente en el caso *Government of the Republic of Namibia & Others v Mwilima & Others*³⁶ que el artículo 14(3) del PIDCP prevalecía sobre las cláusulas del derecho interno en conflicto, específicamente la Ley de Asistencia Jurídica.³⁷

²⁸ Tribunal Supremo 024/05 AHRLR 104 (ChSC2005) (2005) 13 de diciembre de 2005 disponible en <http://www1.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-subject/250-chad-societe-des-femmes-tchadiennes-transitaires-vministere-des-finances-2005-ahrlr-104-chsc-2005.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

²⁹ *Id* en para 14

³⁰ Véase *RS/Inconst/Penal. 0001/08/CS*, Tribunal Supremo de Ruanda 26 de septiembre de 2008 citado en M Killander & H Adjolahoun, “International Law and Domestic Human Rights Litigation in Africa: An Introduction” en M Killander (ed.), *International Law and Domestic Human Rights Litigation in Africa*, 2010, 8 disponible en http://www.pulp.up.ac.za/pdf/2010_17/2010_17.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

³¹ 1991 (3) SA 76 (NmSc) disponible en <http://www.saflii.org.za/na/cases/NASC/1991/2.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

³² *Id*, 20

³³ Tribunal Supremo, Sección Criminal I, Proc.5/2004-A citado en M Killander & H Adjolahoun *supra* nota 30, 9.

³⁴ M Killander & H Adjolahoun *supra* nota 30, 9.

³⁵ *Id*.

³⁶ (SA29/01, SA29/01) [2002] NASC 8 (7 Junio de 2002) disponible en <http://www.saflii.org.za/na/cases/NASC/2002/8.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

³⁷ *Id*, 72.

Si el sistema nacional es dualista, y por tanto las obligaciones legales internacionales y regionales no son directamente aplicables en los tribunales nacionales, el derecho internacional y regional puede aun así imponer obligaciones sobre los países que hayan ratificado determinados tratados. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (la Comisión Africana), encargada de supervisar el cumplimiento de los tratados regionales de Derechos Humanos, señaló en el caso de *Legal Resources Foundation (LRF) v Zambia*³⁸ que “los tratados internacionales que no formen parte de la legislación interna y que puedan no ser directamente aplicables en los tribunales nacionales, imponen sin embargo obligaciones a los Estados Partes.”³⁹

Además, la Comisión Africana apuntó en *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe*⁴⁰ que:

Los estándares de Derechos Humanos no solo contienen limitaciones en la autoridad del Estado o en los órganos del Estado, sino que también imponen obligaciones positivas a los Estados para prevenir y sancionar las violaciones de Derechos Humanos a manos de particulares. De hecho, los instrumentos de Derechos Humanos imponen obligaciones a los Estados para que protejan a los ciudadanos y a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción de los actos dañinos de otras personas. De este modo, cuando un individuo realiza una acción, aunque no pueda ser directamente imputable al Estado, puede generar responsabilidades al Estado, no por la acción misma, sino por la falta de actuación con la debida diligencia para prevenir la violación o por no haber tomado las medidas necesarias para ofrecer a las víctimas una reparación.⁴¹

Dado que los acuerdos legales de un país a nivel internacional y regional imponen obligaciones, los abogados deberían analizar en primera instancia el derecho interno para persuadir a los tribunales de que tomen en cuenta la jurisprudencia internacional, regional y comparada.

En algunos países, las disposiciones constitucionales establecen que los tribunales examinen el derecho internacional, regional y comparado para la toma de decisiones. Por ejemplo, el apartado 11(2) (c) de la Constitución de Malawi establece que, para la interpretación de las disposiciones de la Constitución, los tribunales deberán “cuando fuere aplicable, respetar las normas de derecho internacional público actuales y la jurisprudencia comparada de otros países.”⁴²

Igualmente, en Sudáfrica, la Constitución establece en el artículo 39(1) que:

³⁸ Comunicación n° 211/98 (2001) de la Comisión Africana *disponible en* <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/211-98.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

³⁹ *Id* en para 60.

⁴⁰ Comunicación n° 245/2002 (2006) de la Comisión Africana *disponible en* <http://www1.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-subject/506-zimbabwe-zimbabwe-human-rights-ngo-forum-v-zimbabwe-2006-ahrlr128-achpr-2006.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁴¹ *Id* en para 143.

⁴² Constitución de la República de Malawi, 1994 *disponible en* <http://www.malawilii.org/mw/legislation/act/1994/20> (última consulta 26 agosto de 2013).

“Cuando se interprete la Constitución, la Corte, el Tribunal o el Foro

- a. [...]
- b. *deberá* examinar el derecho internacional
- c. *podrá* considerar las leyes extranjeras.”

En otros países, las leyes de interpretación establecen que los tribunales examinen el derecho internacional, regional o comparado. Por ejemplo, el apartado 24(1) de la Ley de Interpretación de Botsuana⁴³ establece que el Tribunal puede considerar otros tratados internacionales de Derechos Humanos relevantes para respaldar su interpretación de la Constitución y de las leyes estatutarias.

Además, los abogados deberían examinar las decisiones de los tribunales nacionales para verificar la relevancia otorgada al derecho internacional y regional. En algunos países, los tribunales han establecido que las obligaciones que nacen del derecho internacional y regional deberían ser analizadas en la interpretación de los derechos del derecho interno. Por ejemplo, en Botsuana, el Tribunal de Apelación en *Attorney General v Dow*,⁴⁴ un caso que impugnaba una disposición de la Ley de Ciudadanía por ser discriminatoria contra las mujeres, señaló que a pesar de que las disposiciones de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana) no reconocía derechos ejecutables, constituía sin embargo una guía importante para la interpretación de las disposiciones constitucionales a nivel nacional. Además, el Tribunal señaló que las disposiciones constitucionales deberían ser interpretadas de manera que no entraran en conflicto con las obligaciones que nacen de la Carta Africana. El Tribunal estableció que:

Aunque es aceptado que esos tratados y convenios no otorgan derechos ejecutables a los individuos en el país hasta que el Parlamento no legisle sus disposiciones y las incorpore a la legislación nacional, en tanto que tales tratados y convenciones relevantes puedan ser utilizados como ayuda para la elaboración de decretos, incluida la Constitución, sigo sin poder explicarme la demanda realizada contra su utilización para la interpretación de lo que sin duda son unas disposiciones difíciles de la Constitución [...] Considero que Botsuana es miembro de una comunidad de Estados civilizados que ha comenzado a cumplir con los estándares de conducta, y, a menos que sea imposible hacerlo de otra manera, sería erróneo que sus tribunales interpretaran la legislación de manera que entrara en conflicto con las obligaciones internacionales con las que Botsuana se ha comprometido.⁴⁵

Del mismo modo, en el caso de *Lesoto de Ts'epe v the Independent Electoral Commission and Others*⁴⁶, el Tribunal de Apelación hizo referencia a varios instrumentos internacionales y

⁴³ Ley de Interpretación de Botsuana 20 de 1984 [Capítulo 01:04] *disponible en* <http://www.elaws.gov.bw/law.php?id=1399> (accessed 26 August 2013).

⁴⁴ (2001) AHRLR 99 (BwCA 1992) *disponible en* <http://www1.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-country/botswana/1117-botswana-attorney-general-v-dow-2001-ahrlr-99-bwca-1992.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁴⁵ *Id* en para 108-109.

⁴⁶ AHRLR 136 (LeCA 2005) *disponible en* <http://www.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-subject/343-lesothotsepe-v-the-independent-electoral-commission-and-others-2005-ahrlr-136-leca-2005-.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

regionales ratificados pero no incorporados a la legislación nacional, tales como la Carta Africana, el PIDCP, la CEDAW y la Declaración sobre Género e Igualdad de la SADC.⁴⁷ En este caso, el demandante había impugnado la constitucionalidad de una ley que reservaba un tercio de los asientos del gobierno local a las mujeres, afirmando que la ley era discriminatoria sobre la base del principio de no discriminación por motivos de sexo. El Tribunal de Apelación rechazó el argumento y declaró que Lesoto estaba obligado bajo los instrumentos internacionales a tomar medidas para promover la igualdad de las mujeres. Concretamente, el Tribunal se refirió al artículo 18 (4) de la Carta Africana.⁴⁸

En el caso de *Ephraim v Pastory*⁴⁹, el Tribunal Supremo de Tanzania declaró que una norma del derecho consuetudinario que negaba a las hijas el derecho a vender una tierra heredada “desafía nuestra Constitución así como los convenios internacionales de los que somos signatarios” pues discrimina a las mujeres.⁵⁰

En Kenia, el Tribunal de Apelación tomó en cuenta las obligaciones contraídas bajo los instrumentos internacionales al determinar si las leyes de sucesión que desheredaban a las mujeres eran discriminatorias.⁵¹

En Nigeria, el Tribunal de Apelación declaró en el caso *Mojekwu v Ejikeme*⁵² que una práctica cultural violaba el derecho a la no discriminación de las mujeres, citando la CEDAW en su veredicto.

El Tribunal Supremo de Nigeria fue más allá en el 2004, en el caso de *Odafe and Others v Attorney General and Others*⁵³ en el que alegó que el hecho de no ofrecer a las personas seropositivas en prisión el acceso al tratamiento antiviral antes del juicio violaba su derecho a disfrutar del mejor Estado físico y mental posible garantizado en la Carta Africana.⁵⁴ A pesar de que el derecho a los cuidados de salud no está contemplado en la Constitución nigeriana, el Tribunal Supremo afirmó que Nigeria tenía la obligación de ofrecer tratamiento médico adecuado de acuerdo con lo establecido en la Carta Africana.⁵⁵

Los/as abogados/as deberían examinar las decisiones de sus tribunales nacionales para persuadir a los tribunales de que tomen en cuenta la jurisprudencia comparada con el objetivo de determinar el ámbito de aplicación de los derechos internos.

⁴⁷ Véase paras 17-21

⁴⁸ *Ts'epe v the Independent Electoral Commission and Others supra* nota 46 at para 20.

⁴⁹ AHRLR 236 (TzHC 1990) disponible en <http://www.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-subject/469tanzania-ephraim-v-pastory-2001-ahrlr-236-tzhc-1990.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁵⁰ *Id* en para 10.

⁵¹ *Rono v Rono* (2005) AHRLR 107 (KeCA 2005) en para 24 disponible en <http://www.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-subject/332-kenya-rono-v-rono-2005-ahrlr-107-keca-2005.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁵² (2000) 5 NWLR 402. El resumen se encuentra disponible en, http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Mojekwu%20&%20others%20v%20Ejikeme%20&%20others%20_2000_%205%20NWLR%20402.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

⁵³ (2004) AHRLR 205 (NgHC 2004) disponible en <http://www.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-subject/419-nigeria-odafe-and-others-v-attorney-general-and-others-2004-ahrlr-205-nghc-2004.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁵⁴ *Id* en para 37.

⁵⁵ *Id* en para 34.

Los tribunales de los países de África del sur también se han referido a las directrices internacionales y regionales no vinculantes, particularmente cuando no existe jurisprudencia interna relevante para interpretar la amplitud de los derechos constitucionales y estatutarios internos. Por ejemplo, numerosos casos relacionados con el VIH han hecho referencia a las directrices de la Organización Internacional del Trabajo sobre el VIH fallando que existía discriminación por condición de portador/a del VIH en los lugares de trabajo.⁵⁶

No todos los poderes judiciales de los distintos países han examinado directamente el rol del derecho internacional, regional y comparado en sus tribunales. Si los tribunales no han logrado hacerlo en un país determinado (o lo han hecho de forma desfavorable), los/as abogados/as pueden recurrir a países que se encuentren en una situación similar en los que se haya utilizado el derecho internacional, regional y comparado. Esto puede ayudarles en la elaboración de un argumento convincente que exprese las razones por las que estas fuentes de derecho deberían ser aceptadas en su propia jurisdicción. Para aplicar esta estrategia, el/la abogado/a deberá redactar minuciosamente argumentos comparativos entre su país y aquel que se encuentra en una situación similar, haciendo referencia específica al caso que esté llevando.

2.3 Conclusión

El derecho internacional y regional puede ser una herramienta muy útil para ayudar a los tribunales nacionales a determinar el ámbito de los derechos constitucionales y de otros derechos fundamentales. En los sistemas monistas, en los que las obligaciones de derecho internacional y regional son parte del derecho interno, los/as abogados/as pueden apoyarse técnicamente en las obligaciones internacionales y regionales durante el litigio.

En los sistemas legales dualistas, en los que los tratados internacionales y regionales no han sido incorporados al derecho interno, es posible que los/as abogados/as puedan apoyarse en las disposiciones constitucionales internas, en decisiones previas de los tribunales respaldadas por el derecho internacional y regional para persuadir al Tribunal de que tome en cuenta el derecho internacional y regional. Además, para los casos en los que los tribunales no hayan abordado el derecho internacional y regional, los/as abogados/as pueden recurrir a países en situación similar para intentar persuadir a los tribunales de que examinen el derecho internacional y regional.

Ejemplos de violaciones de derechos específicos

Las violaciones de los DSSR, tales como la no obtención de un consentimiento informado previo al procedimiento de salud o la discriminación contra grupos de población específicos en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, violan varios Derechos Humanos

⁵⁶ Véase, por ejemplo, *PFG Building Glass v CEPPAWU*, (2003) 5 BLLR 475 en para 77. Las directrices representan con frecuencia consensos multilaterales sobre las mejores prácticas en un ámbito particular, por ejemplo, en igualdad de género, administración de la salud o VIH y SIDA, y pueden ofrecer un conocimiento valioso sobre cómo la comunidad internacional concibe determinados temas de Derechos Humanos que puedan ser demasiado específicos para justificar convenios separados.

fundamentales que se encuentran normalmente en los instrumentos internacionales y regionales así como en las constituciones de los diferentes países.

La tabla que se encuentra abajo examina algunas de las violaciones más comunes del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva de las mujeres así como la discriminación contra grupos de población específicos en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. Muestra el derecho particular violado por cada acto y la fuente de dicho derecho en los instrumentos internacionales y regionales de Derechos Humanos. Cabe señalar que en muchos casos, puede que un sólo acto conlleve la violación de varios o de todos los Derechos Humanos que se presentan abajo.

Esta tabla no es ni pretende ser exhaustiva. Simplemente expone los principales derechos que probablemente se vean afectados en determinadas situaciones comunes. Todo litigio debe incluir una lluvia de ideas así como una investigación acerca de las posibles demandas que el litigante pueda tener.

Los tratados internacionales y regionales incluidos en esta tabla son:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)
- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés)
- La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD)
- Carta africana sobre Derechos Humanos y de los pueblos (Carta Africana)
- El Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer en África (El Protocolo de las Mujeres)

Hecho	Derecho Humano afectado	Fuente
Se lleva a cabo un procedimiento de salud (p. ej. aborto o esterilización) sin un consentimiento individual informado	Derecho a la libertad y la seguridad personales	Artículo 9(1) del PIDCP Artículo 14 de la CIDPD Artículo 6 de la Carta Africana Artículo 4 del Protocolo de las Mujeres
	Derecho a la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	Artículo 7 del PIDCP Artículo 15 de la CIDPD Artículo 5 de la Carta Africana Artículo 4 del Protocolo de las Mujeres
	Derecho a la dignidad	Preámbulo del PIDCP Artículo 5 de la Carta Africana Artículo 3(1) del Protocolo de las Mujeres
	Derecho a la información (en particular, a la relativa a la salud sexual y reproductiva)	Artículo 10(h) de la CEDAW Artículo 23(1) de la CIDPD Artículo 9 de la Carta Africana Artículo 14(2) del Protocolo de las Mujeres
Se lleva a cabo un procedimiento de salud (p. ej. aborto o esterilización) con el consentimiento de otra persona diferente de la paciente	Derecho a la privacidad	Artículo 17(1) y (2) del PIDCP

Hecho	Derecho Humano afectado	Fuente
<p>Los servicios de salud se ofrecen de forma discriminatoria contra un grupo específico de la población (p. ej. se realiza una prueba de VIH a mujeres embarazadas sin su consentimiento o no se ofrece un procedimiento concreto de salud a un grupo de mujeres específico)</p>	<p>Derecho a la salud incluida la salud reproductiva</p>	<p>Artículos 12(1) y (2) del PIDESC</p> <p>Artículos 12(1), 12(2) y Artículo 14(2) de la CEDAW Artículo 25 de la CIDPD Artículo 16 de la Carta Africana</p> <p>Artículo 14 del Protocolo de las Mujeres</p>
	<p>Derecho a la igualdad y no discriminación</p>	<p>Artículo 2(1) del PIDCP</p> <p>Artículo 2(2) del PIDESC</p> <p>Artículos 1 y 3 de la CEDAW Artículo 5 de la CIDPD</p> <p>Artículos 2 y 3 de la Carta Africana</p> <p>Artículo 2 del Protocolo de las Mujeres</p>
	<p>Derecho a la vida</p>	<p>Artículo 6(1) del PIDCP</p> <p>Artículo 10 de la CIDPD</p> <p>Artículo 4 de la Carta Africana</p> <p>Artículo 4 del Protocolo de las Mujeres</p>

CAPÍTULO
3

Derecho internacional relevante

3.1 Introducción

Este capítulo resume algunos de los derechos fundamentales más importantes recogidos en los documentos internacionales de Derechos Humanos que pueden ser alegados en casos de violaciones de DSSR que estén en proceso de litigio. Trata el alcance y la naturaleza de determinados derechos basado en decisiones, observaciones finales y comentarios generales de varios órganos de supervisión de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) así como en informes y declaraciones de los procedimientos especiales de la ONU. El capítulo explica cómo ciertos derechos específicos reconocidos en el derecho internacional podrían verse afectados en determinados escenarios y qué acciones podrían ser argumentadas como violatorias de estos derechos. En este sentido, tiene como objetivo apoyar el uso de los principios de derecho internacional en las demandas relacionadas con los DSSR en los tribunales nacionales.

Para mayor información acerca de cómo los tribunales nacionales deben examinar el derecho internacional, véase el capítulo 2.

Lista de verificación

- ▶ ¿Qué Derechos Humanos recogidos en los instrumentos internacionales han sido violados en su caso particular?
- ▶ ¿Qué tratados internacionales recogen el derecho particular que usted ha identificado? [Para ejemplos de casos de violaciones de derechos específicos véase página 14]
- ▶ ¿Ha ratificado su país el tratado pertinente?
- ▶ ¿Se produjeron los hechos después de la ratificación del tratado?
- ▶ ¿Ha realizado su país alguna reserva al tratado que pueda excluir su aplicación a los hechos de su caso?
- ▶ ¿Ha emitido el órgano de supervisión del tratado alguna observación o recomendación general que profundice en el derecho(s) identificado(s)?
- ▶ ¿Se ha realizado alguna observación final o declaración por parte de los órganos de la ONU que sea relevante para su caso? [Para lista de recursos online véase capítulo 7]
- ▶ ¿Existe alguna directriz internacional relevante que pueda sustentar la argumentación de su caso?

Documentos relevantes tratados en este capítulo

- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984)
- Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (1979)
- Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer (1995)
- Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (1993)
- Directrices Internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos (versión consolidada de 2006)
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006)
- Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (1993)
- Organización Mundial de la Salud, Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud (2005)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
- Principios de las Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la atención de la Salud Mental (1991)
- Programa de Acción, Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo (1994)

Casos relevantes tratados en este capítulo

- AS v Hungary
- Karen Noelia Llanto y Huamán v Peru
- LMR v Argentina
- Pimentel v Brazil

El capítulo se divide en los siguientes apartados:

- Resumen de las fuentes de derecho internacional relevantes
- Introducción a los derechos de la salud sexual y reproductiva
- Derecho a la igualdad y no discriminación
- Derecho a la salud incluida la salud reproductiva
- Derecho a la información
- Derecho a la libertad y la seguridad personales

- Derecho a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes
- Derecho a la vida
- Derecho a la privacidad.

3.2 Resumen de las fuentes de derecho internacional

Los tratados y convenios internacionales constituyen las fuentes primarias del derecho internacional. A nivel internacional, estos acuerdos se negocian y concluyen en el seno del sistema de la ONU. Hay nueve tratados principales de Derechos Humanos.⁵⁷

Una vez ratificados, el tratado o convenio pasa a ser vinculante para el Estado.⁵⁸ Dependiendo del sistema legal, se requiere que algunos Estados incluyan los instrumentos internacionales a su derecho interno mediante la promulgación de leyes a nivel nacional. Para otros, la ratificación del tratado o convenio supone la inmediata y directa aplicación del mismo a nivel interno. Independientemente de esto, los Estados tienen la obligación de tomar medidas para asegurar que se respeten, protejan, promuevan y cumplan las disposiciones del tratado o convenio.⁵⁹

Los/as abogados/as que defienden los derechos de la parte demandante en casos de violaciones de DSSR pueden servirse de un número importante de tratados internacionales para respaldar sus argumentos. Es importante que se determine en un primer momento si los tratados fueron ratificados por el Estado y en caso afirmativo cuándo, para asegurarse de que puedan ser aplicados al caso.

Tabla: Fechas de ratificación de los instrumentos internacionales clave ⁶⁰

País	PIDCP	PIDESC	CEDAW	CIDPD
Angola	10/1/1992	10/1/1992	17/9/1986	-
Botsuana	8/9/2000	-	13/8/1996	-

⁵⁷ Estos son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CTPCID), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CIPDTMF), y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CIPPDF).

⁵⁸ Es preciso señalar que incluso si los Estados no han ratificado ni firmado los tratados o las convenciones, éstos pueden ser vinculantes si sus principios son parte del derecho internacional consuetudinario. Además, la firma del tratado obliga al país a cumplir con el objeto y el propósito del tratado. Véase el artículo 18(a) de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (1969) *disponible en* <http://www.worldtradelaw.net/misc/viennaconvention.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁵⁹ Sin embargo, en la fase de ratificación, los Estados pueden hacer reservas sobre determinadas disposiciones del tratado o de la convención.

⁶⁰ Con fecha de diciembre de 2012.

País	PIDCP	PIDESC	CEDAW	CIDPD
Rep.Dem. del Congo	1/11/1976	1/11/1976	17/10/1986	Signed
Lesoto	9/9/1992	9/9/1992	22/8/1995	2/12/2008
Malawi	22/12/1993	22/12/1993	12/3/1987	27/08/2009
Mozambique	21/7/1993	-	21/4/1997	30/01/2012
Namibia	28/1/1994	28/11/1994	23/11/1992	4/12/2007
Suazilandia	26/3/2004	26/3/2004	26/3/2004	24/09/2012
Zambia	10/4/1984	10/4/1984	21/6/1985	1/2/2010
Zimbabue	13/5/1991	13/5/1991	13/5/1991	-

Además, varias instituciones de la ONU han puesto en práctica y han ofrecido orientación sobre el alcance y la naturaleza de los derechos recogidos en los distintos convenios. El sistema de la ONU posee una amplia variedad de mecanismos para supervisar, hacer avanzar y proteger los Derechos Humanos, incluyendo los informes de país, visitas a los países e informes especiales. Se han creado comités de la ONU para supervisar cada tratado. La función de estos comités de expertos es supervisar el cumplimiento de los tratados por parte de los Estados. Los países que han ratificado los tratados tienen la obligación de hacer informes periódicos al comité pertinente, explicando los avances en el cumplimiento de los derechos establecidos en el tratado en cuestión. Tras esto, los comités pueden publicar comentarios generales y recomendaciones para definir la naturaleza y el alcance de los derechos recogidos en los respectivos tratados. También publican sus observaciones finales tras considerar los informes de país, así como las declaraciones respecto a las actividades de los diferentes países. Estos documentos ofrecen a los/as abogados/as orientación adicional sobre la naturaleza de los derechos pertinentes, su aplicación en los Estados así como, en algunos casos, su aplicación específica en el contexto de violaciones de los DSSR.

Algunos órganos y comités incorporan un procedimiento de quejas individuales para llevar a cabo su misión. Este procedimiento es similar al litigio tradicional en el que la víctima de la violación de Derechos Humanos pone una demanda al Estado por su incumplimiento de las obligaciones impuestas por los tratados en concreto que el Estado haya ratificado. El comité u otro órgano relevante llevan a cabo un procedimiento cuasi judicial y decide si el Estado puede ser declarado responsable. Es posible que el comité ofrezca decisiones o recomendaciones a los casos individuales. El procedimiento de queja individual suele incorporarse mediante un protocolo facultativo.

Tabla: Tratados internacionales relevantes y sus órganos de supervisión

Tratado Internacional de la ONU	Órganos de Tratados de Derechos Humanos de la ONU
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (Incluido su primer protocolo facultativo)	Comité de Derechos Humanos (CDH)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)
Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) (incluido su protocolo facultativo)	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD)	Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad

El Consejo de Derechos Humanos⁶¹ también ha creado los mecanismos conocidos como procedimientos especiales para abordar los Derechos Humanos. Los/as Relatores/as Especiales son personas encargadas de examinar, supervisar, hacer recomendaciones e informar públicamente acerca de la situación de los Derechos Humanos. Para el tema que nos ocupa, debemos destacar los/as Relatores/as Especiales sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias. Sus informes pueden ofrecer una valiosa orientación acerca de la aplicación de los diferentes derechos a los casos individuales.

Además de estos tratados vinculantes, numerosas directrices y declaraciones pueden ser útiles en los litigios de casos de violaciones de DSSR. A pesar de que estos documentos internacionales de Derechos Humanos no son vinculantes, constituyen una orientación convincente en temas relacionados con los DSSR. Desarrollan principios de Derechos Humanos y los aplican directamente a situaciones relativas a los DSSR. Entre los documentos y directrices relevantes para el litigio de estos casos, especialmente los de MVVIH y de mujeres con discapacidad se encuentran:

- Los Principios de las Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la atención de la Salud Mental (1991)⁶²
- La Declaración y el Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (1993)⁶³
- Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (1993)⁶⁴

⁶¹ El Consejo de Derechos Humanos es un organismo intergubernamental de la ONU encargado de fortalecer la promoción y protección de los Derechos Humanos en todo el mundo. Está compuesto por 47 Estados Miembros que son elegidos periódicamente por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁶² ONU Doc A/RES/46/119 (1991) *disponible en* <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/PersonsWithMentalIllness.aspx> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁶³ ONU Doc. A/CONF.157/23 (1993) *disponible en* <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁶⁴ ONU Doc A/RES/48/96 (1993) *disponible en* <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r096.htm> (última consulta 26 agosto de 2013).

- Programa de Acción, Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo (1994)⁶⁵
- Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer (1995)⁶⁶
- Directrices Internacionales de ONUSIDA y la OACDH sobre el VIH/. SIDA y los Derechos Humanos (1996 y 2006)⁶⁷
- Organización Mundial de la Salud, resolución de la Asamblea Mundial de la salud sobre la discapacidad, incluyendo la prevención, el tratamiento y la rehabilitación (2005)⁶⁸
- UNFPA y OMS Salud sexual y reproductiva de las mujeres que viven con VIH/SIDA: Directrices sobre cuidados, tratamiento y apoyo de las mujeres que viven con VIH/SIDA y de sus hijos en situación de escasos recursos (2006).⁶⁹

3.3 Introducción a los derechos de la salud sexual y reproductiva

La salud sexual y reproductiva ha sido reconocida como un derecho humano fundamental recogido en varios instrumentos internacionales y regionales de Derechos Humanos así como en algunas legislaciones y políticas internas. Aunque la noción de “derecho a la SSR” es relativamente nueva y en ocasiones no se encuentra explícitamente incluida en la legislación interna, el DSSR incluye derechos que han sido reconocidos desde hace tiempo tanto en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos como en las legislaciones internas.

Los derechos reproductivos fueron reconocidos como tales oficialmente en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), celebrada en El Cairo, Egipto, en 1994.⁷⁰ La definición de la SSR acordada en el Cairo fue más allá de la maternidad segura, la planificación familiar y el control de fertilidad, y se caracterizó por ser amplia y exhaustiva, así como por situar la salud reproductiva en el contexto de los Derechos Humanos y concretamente del derecho a la salud. El Programa de Acción⁷¹ de la CIPD posterior sobre el acceso universal a los servicios de SSR para el 2015 vinculaba las obligaciones existentes de los gobiernos bajo varios tratados y convenios con su obligación de proteger los derechos reproductivos, especialmente los de las mujeres, declarando que:

⁶⁵ Disponible en <http://www.un.org/popin/icpd2.htm> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁶⁶ Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁶⁷ Disponible en http://data.unaids.org/Publications/IRC-pub07/jc1252-internguidelines_en.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

⁶⁸ Resolución n° 58.23 de la 58ª Asamblea Mundial de la Salud (2005) disponible en http://www.who.int/disabilities/WHA5823_resolution_en.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

⁶⁹ Disponible en http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2006/srh_women_aids.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

⁷⁰ Programa de Acción de la CIPD *supra* nota 65.

⁷¹ El compromiso del Programa de Acción de la CIPD fue reafirmado posteriormente en varias reuniones a nivel internacional tales como la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing.

Los derechos reproductivos abarcan determinados Derechos Humanos que ya han sido reconocidos en las legislaciones internas, así como en otros documentos y acuerdos internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Estos 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 intervalo de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia [...].⁷²

A pesar de que todos los Derechos Humanos están en cierto modo relacionados con los derechos reproductivos, hay doce derechos que son los más citados frecuentemente como aquellos que conforman el marco de los DSSR para el empoderamiento de la mujer y el progreso de su salud reproductiva.⁷³ Éstos son:

- El derecho a la vida
- El derecho a la libertad y la seguridad de la persona
- El derecho a la salud, incluida la salud sexual y reproductiva
- El derecho a decidir el número e intervalo de hijos
- El derecho al matrimonio consentido y a la igualdad en el matrimonio
- El derecho a la privacidad
- El derecho a la igualdad y la no discriminación
- El derecho a no ser objeto de ninguna experimentación que dañe a las mujeres y niñas
- El derecho a no ser sometida a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes
- El derecho a estar libre de violencia sexual o basada en género
- El derecho al acceso a la educación sexual y reproductiva y a la información sobre planificación familiar
- El derecho a disfrutar del progreso científico

Todos estos derechos pueden verse perjudicados si se violan los DSSR de una persona. Este capítulo se centrará en aquellos derechos que probablemente sean reconocidos en la legislación interna y trataremos cómo el derecho internacional puede ser utilizado en el litigio de casos de violaciones del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva y la discriminación contra grupos específicos de mujeres en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. En particular, analizaremos el derecho a la igualdad

⁷² Programa de Acción de la CIDPD *supra* nota 65 en para 7.3.

⁷³ “Twelve Human Rights Key to Human Rights” *Center for Reproductive Rights*- Centro para los Derechos Reproductivos (2008), 1 *disponible en* <http://reproductiverights.org/en/document/twelve-human-rights-key-to-reproductive-rights> (última consulta 26 agosto de 2013). **Véase también** L Gertholtz & C Grant “International, African and Country Legal Obligations on Women’s Equality in Relation to Sexual and Reproductive Health, Including HIV and AIDS *HEARD and ARASA* (2010), 14 *disponible en* <http://www.heard.org.za/downloads/international-african-and-country-legal-obligations-on-womens-equality-in-relation-to-sexual-and-reproductive-health-including-hiv-and-aids.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

y la no discriminación; el derecho a la salud, incluida la salud reproductiva; el derecho a la información; el derecho a la libertad y la seguridad de la persona; el derecho a no ser sometida a tortura, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a la vida; el derecho a la privacidad. No tratamos el resto de derechos que forman parte del marco de los DSSR debido a que es menos probable que estén incluidos en la legislación interna. Sin embargo, los/as abogados/as deberían considerar la posibilidad de incluir las violaciones de los otros derechos ya que podría ser beneficioso en los litigios nacionales.

3.4 Derecho a la no discriminación

El derecho a la no discriminación protege a las mujeres de toda discriminación en el disfrute de cualquiera de los aspectos del derecho a la salud sexual y reproductiva. Esto incluye el acceso a la información y a los servicios de salud reproductiva ofrecidos sobre la base del consentimiento informado, así como el respeto de su derecho a la dignidad, privacidad y confidencialidad. Este derecho es particularmente importante en los casos en los que se niega el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva a grupos de población específicos por motivos, por ejemplo, de género o de su condición de seropositiva o de discapacitada. La legislación, las políticas y las prácticas que permitan intervenciones médicas coercitivas tales como el aborto o la esterilización forzada a mujeres y/o grupos de mujeres específicos pueden violar el derecho a la no discriminación.

Varios tratados internacionales protegen a los individuos contra toda discriminación por motivos de género, condición de seropositivo/a y discapacidad. Los tratados relevantes abordados en el manual son el PIDCP, PIDESC, CEDAW y CIDPD.

El PIDCP garantiza la no discriminación bajo el artículo 2(1), que establece que:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier *otra condición social*.”⁷⁴

De manera similar, el artículo 2 (2) del PIDESC establece:

“Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier *otra condición social*.”⁷⁵

Tanto el artículo 2(1) del PIDCP como el 2(2) del PIDESC sólo garantizan la no discriminación respecto de los derechos establecidos en esos tratados. Así, por ejemplo, en caso de impugnar una esterilización realizada a una mujer bajo coerción simplemente por su condición de seropositiva, uno debe argumentar que la intervención médica coercitiva violó el artículo

⁷⁴ Artículo 2(1) del PIDCP (énfasis añadido).

⁷⁵ Artículo 2(2) del PIDESC.

2 (2) del PIDESC porque se discriminó a la paciente en su intento de ejercer su derecho a la salud establecido en el artículo 12 del PIDESC. El argumento de la discriminación como violación del artículo 2(2) del PIDESC no es suficiente.

Discriminación contra la mujer

La CEDAW es especialmente relevante cuando se trata de casos de discriminación contra la mujer, incluidos los casos de MVVIH y de mujeres con discapacidad. Por ejemplo, en el caso de que una mujer con discapacidad fuese sujeta a la realización de un aborto forzado si dicha acción se basara en su condición de discapacitada.

El artículo 2 de la CEDAW establece el principio básico de no discriminación como sigue:

“Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.”
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.”⁷⁶

Además de la protección que se establece bajo el artículo 2, el artículo 12 (1) de la CEDAW insta a los Estados Partes a que adopten las medidas necesarias para “eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los

⁷⁶ Artículo 2 de la CEDAW

que se refieren a la planificación de la familia”⁷⁷ El artículo 14 aborda específicamente la discriminación contra la mujer de zonas rurales.⁷⁸ El artículo 16 de la CEDAW también establece que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para [...] asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres [...] 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”.⁷⁹

Reconociendo la discriminación específica que sufre la mujer, el artículo 3 de la CIDCP establece concretamente que todos los Estados Partes “se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.”⁸⁰ El CDH ha enfatizado la importancia del artículo 3 declarando que “esta disposición no puede surtir plenamente sus efectos cuando se niega a alguien el pleno disfrute de cualquier derecho del Pacto en pie de igualdad. En consecuencia, los Estados deben garantizar a hombres y mujeres por igual el disfrute de todos los derechos previstos en el Pacto.”⁸¹

Del mismo modo, el artículo 3 del PIDESC obliga a los Estados Partes a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en dicho instrumento. El artículo 12 de dicho instrumento que garantiza el derecho a la salud es de particular relevancia para los casos relacionados con los DSSR, pues establece específicamente la eliminación de la discriminación contra la mujer en el acceso a la salud, incluidas:

“Las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva [...] la supresión de todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva. También es importante adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra las prácticas y normas culturales tradicionales perniciosas que le deniegan sus derechos genésicos.”⁸²

Discriminación contra las MVVIH

Ni el PIDCP ni el PIDESC especifica el VIH como motivo prohibido de discriminación. Sin embargo, el CIDESC declara explícitamente que la inclusión de “cualquier otra condición

⁷⁷ *Id.*, artículo 12(1).

⁷⁸ *Id.*, artículo 14.

⁷⁹ *Id.*, artículo 16.

⁸⁰ Artículo 3 del PIDCP.

⁸¹ Observación general n° 28 sobre el Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000) en para 2 *disponible en* <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/13b02776122d4838802568b900360e80> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁸² Observación general n° 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 22° período de sesiones U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000) en para 21 *disponible en* [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4). En (última consulta 26 agosto de 2013).

social” en el PIDESC indica claramente que la lista no es exhaustiva y que “otros motivos” puede ser incorporados en esta categoría. El CDESC declaró que:

“La discriminación basada en "otra condición social" exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2 [del PIDESC].”⁸³

El CDESC ha reconocido otros motivos prohibidos de discriminación en una lista no exhaustiva que incluye el estado de salud, incluido el VIH, edad, discapacidad, nacionalidad, estado civil y situación familiar, orientación sexual e identidad de género, lugar de residencia y situación económica y social.⁸⁴ En lo que se refiere a la discriminación por motivos de portador/a del VIH insta a los Estados a “garantizar que el Estado de salud efectivo o sobreentendido de una persona no constituya un obstáculo para hacer realidad los derechos garantizados en el Pacto.”⁸⁵ Rechaza el argumento de la protección de la salud pública para justificar restricciones de los Derechos Humanos relacionadas con el estado de salud de una persona, considerando que esas restricciones son discriminatorias, por ejemplo, “la de dispensar un trato distinto a una persona infectada por el VIH en lo que respecta al acceso a la educación, el empleo, la atención sanitaria, los viajes, la seguridad social, la vivienda o el asilo.”⁸⁶

De la misma forma, el CDH encontró que la disposición de no discriminación del PIDESC protege a los individuos de la no discriminación por motivos de su condición de seropositivo/a. En las observaciones finales sobre el informe de Estado de la República de Moldavia, el CDH mostró su preocupación por la discriminación sufrida por las personas que viven con VIH en un sinnúmero de situaciones, lo que constituye una violación del artículo 2 del PIDCP.⁸⁷

La prohibición de la discriminación por motivos de infección por VIH se ha hecho eco en numerosas resoluciones, declaraciones y directrices internacionales. La Comisión de Derechos Humanos apuntó que “cualquier otra condición social” en las disposiciones de no discriminación incluye el estado de salud, así como la condición de seropositivo/a. Las directrices internacionales establecen:

“Los Estados deberían promulgar o fortalecer las leyes que combaten la discriminación u otras leyes que protegen contra la discriminación en los sectores tanto público como privado a los grupos vulnerables, las personas que viven con el VIH y las discapacitadas, velar por el respeto de la vida privada, la confidencialidad y la ética en la investigación sobre seres humanos, insistir en

⁸³ Observación general n° 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 42° período de sesiones UN Doc E/C.12/GC/20 (2009) en para 27 *disponible en* <http://www.refworld.org/docid/4a60961f2.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁸⁴ *Id* en para 28-35

⁸⁵ *Id* en para 33.

⁸⁶ *Id*.

⁸⁷ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: República de Moldavia 97° período de sesiones UN Doc CCPR/C/MDA/CO/2 (2009) et para 12 *disponible en* <http://www.refworld.org/docid/4afc28752.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

la formación y conciliación, y aportar medios administrativos y civiles pronto y eficaces.”⁸⁸

En 1988, la Asamblea Mundial de la Salud— el órgano máximo de decisión de la Organización Mundial de la Salud (OMS)—instó a los Estados Partes a “la necesidad de evitar la discriminación y el estigma contra las personas infectadas por el VIH [y las personas que viven con el SIDA] en el suministro de servicios, en el empleo y los viajes.”⁸⁹

Asimismo, la Declaración de Compromiso en la Lucha contra el VIH/SIDA adoptada en la sesión extraordinaria de la Asamblea General de la ONU instó a los Estados a:

“Promulgar, fortalecer o hacer cumplir, según proceda, leyes, reglamentos y otras medidas a fin de eliminar todas las formas de discriminación contra las personas que viven con VIH/SIDA y los miembros de grupos vulnerables, y asegurarles el pleno disfrute de todos sus Derechos Humanos y libertades fundamentales; en particular, darles acceso a, entre otras cosas, educación, derecho de sucesión, empleo, atención de la salud, servicios sociales y de salud, prevención, apoyo, tratamiento, información y protección jurídica.”⁹⁰

En el 2006, la Asamblea General reafirmó lo anteriormente mencionado en su Declaración Política sobre VIH/SIDA.⁹¹

De particular relevancia para los DSSR de las MVVIH es el comentario del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (el Comité de la CEDAW) sobre el limitado acceso de las mujeres a los servicios de salud de VIH y ha recomendado a los Estados que intensifiquen los programas de lucha contra el SIDA que “prestan especial atención a los derechos y necesidades de las mujeres y los niños y a los factores que se relacionan con la función de reproducción de la mujer y su posición subordinada en algunas sociedades, lo que la hace especialmente vulnerable al contagio del VIH.”⁹²

Para una información más detallada sobre el derecho a la igualdad y no discriminación y su aplicación en casos de VIH véase *Equal Rights for All: litigating Cases of HIV-Related Discrimination* (disponible solo en inglés).⁹³

⁸⁸ Directriz n° 5 de las Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos *supra* nota 67.

⁸⁹ Resolución n° 41.24 de la Asamblea Mundial de la Salud sobre la necesidad de evitar la discriminación de personas infectadas por el VIH y el SIDA (1998) en UNDP, *Compendio de documentos clave relacionados con los Derechos Humanos y el VIH en África del este y del sur*, 39 disponible en http://www.pulp.up.ac.za/pdf/2008_03/2008_03.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

⁹⁰ La declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA adoptada por la 26ª sesión extraordinaria de la Asamblea General de la ONU UN Doc A/ RES/S-26/2 (2001) en para 58 disponible en <http://www.un.org/ga/aids/docs/aress262.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁹¹ Declaración política sobre VIH/SIDA Resolución 60/262 adoptada en el 60º periodo de sesiones de la Asamblea General de la ONU UN Doc A/ RES/60/262 (2006) en para 29 disponible en http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/dataimport/pub/report/2006/20060615_hlm_politicaldeclaration_ares60262_en.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

⁹² Recomendación general No 15: Necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de la inmunodeficiencia adquirida (SIDA) Comité contra la eliminación de la discriminación contra la mujer 9º Periodo de Sesiones UN Doc A/45/38 (1990) disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom15> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁹³ “Equal Rights for All: litigating Cases of HIV-Related Discrimination” *Southern Africa Litigation Centre*

Discriminación contra las mujeres con discapacidad

Ni el PIDCP ni el PIDESC especifica la discapacidad como motivo prohibido de discriminación. Sin embargo, como se mencionó previamente, el CDESC establece explícitamente que la inclusión de “cualquier otra condición social” en el PIDESC indica claramente que la lista no es exhaustiva y que “otros motivos” puede ser incorporado en esta categoría.⁹⁴

El CDESC ha reconocido otros motivos prohibidos de discriminación en una lista no exhaustiva que incluye el Estado de salud y la discapacidad.⁹⁵ En lo que se refiere a la discriminación por motivos de discapacidad, a pesar de que no se reconoce explícitamente a las personas con discapacidad en el PIDESC, el CIDESC señaló que:

Como las disposiciones del Pacto se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, las personas con discapacidad tienen claramente derecho a toda la gama de derechos reconocidos en el Pacto. Además, en la medida en que se requiera un tratamiento especial, los Estados Partes han de adoptar medidas apropiadas, en toda la medida que se lo permitan los recursos disponibles, para lograr que dichas personas procuren superar los inconvenientes, en términos del disfrute de los derechos especificados en el Pacto, derivados de su discapacidad. Además, el requisito que se estipula en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto que garantiza “el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna” basada en determinados motivos especificados “o cualquier otra condición social” se aplica claramente a la discriminación basada en motivos de discapacidad.⁹⁶

El Comité reafirma la importancia de abordar las necesidades de las personas con discapacidad en el contexto del derecho a la salud física y mental. Asimismo, subraya la necesidad de velar por que “no sólo el sector de la salud pública, sino también los establecimientos privados que proporcionan servicios de salud, cumplan el principio de no discriminación en el caso de las personas con discapacidades.”⁹⁷ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), que entró en vigor en mayo de 2008, tiene como objetivo promover los Derechos Humanos de las personas con discapacidad, eliminar la discriminación por motivos de discapacidad y proteger a dichas personas de los actos discriminatorios de otras personas. El artículo 5(2) de la CIDPD establece que “los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.”

El artículo 6 de la CIDPD trata explícitamente los derechos de las mujeres con discapacidad a la igualdad y la no discriminación. Obliga a los Estados Partes a reconocer “que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y,

(2011) disponible en <http://www.southernafricalitigationcentre.org/1/wp-content/uploads/2012/10/HIV-and-Discrimination-Manual-pdf.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁹⁴ Observación general n°20 del CDESC *supra* nota 83 en para 27.

⁹⁵ *Id* en para 28 y 33.

⁹⁶ Observación general n° 5 sobre las personas con discapacidad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 11° periodo de sesiones UN Doc E/1995/22 (1994) en para 5 disponible en <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/4b0c449a9ab4ff72c12563ed0054f17d> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁹⁷ Observación general n°14 del CDESC *supra* nota 82 en para 26.

a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales.”⁹⁸

Además, el artículo 23 de la CIDPD obliga a los Estados a que tomen medidas “para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que [...] estén en igualdad de condiciones con las demás”,⁹⁹ lo que incluye “que se respete el derecho de todas las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad [...] y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos”,¹⁰⁰ así como la protección del derecho a la fertilidad de las personas con discapacidad.¹⁰¹

El Artículo 25 de la CIDPD reconoce los derechos relativos a la salud y establece que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad y obliga a los Estados a proporcionar servicios de salud igualitarios, incluidos los servicios de salud reproductiva,¹⁰² así como a prevenir la discriminación contra las personas con discapacidad en el acceso a los servicios de salud.¹⁰³

El Programa de Acción de la CIDPD también aborda el tema de la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a los servicios de salud y declara específicamente que “los gobiernos deberían adoptar medidas eficaces para eliminar todas las formas de coacción y discriminación en las políticas y prácticas.”¹⁰⁴ En lo que se refiere a las personas con discapacidad, establece que los gobiernos deberían reconocer sus necesidades de salud sexual y reproductiva y “eliminar las formas concretas de discriminación de las que puedan ser objeto las personas con discapacidad en relación con los derechos reproductivos.”¹⁰⁵

Las Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad insta a los Estados a velar por que la legislación no establezca discriminaciones contra las personas con discapacidad en lo que se refiere a las relaciones sexuales, el matrimonio y la procreación y declara que “las personas con discapacidad deben tener el mismo acceso que las demás a los métodos de planificación familiar, así como a la información accesible sobre el funcionamiento sexual de su cuerpo.”¹⁰⁶

Definición de discriminación

El CDH define la discriminación como:

⁹⁸ Artículo 6(1) de la CIDPD.

⁹⁹ *Id.*, artículo 23 (1).

¹⁰⁰ *Id.*, artículo 23(1) (b).

¹⁰¹ *Id.*, artículo 23(1) (c).

¹⁰² *Id.*, artículo 25 (a)

¹⁰³ *Id.*, artículo 25 (f).

¹⁰⁴ Programa de Acción de la CIDPD *supra* nota 65 en para 5.5.

¹⁰⁵ *Id.* en para 6.30.

¹⁰⁶ Norma n° 9(2) de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad *supra* nota 64.

“Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de todas las personas.”¹⁰⁷

El CDESC ha adoptado esta definición respecto a las disposiciones de discriminación enunciadas en el PIDESC.¹⁰⁸

El artículo 1 de de la CEDAW ofrece una definición más específica de discriminación contra la mujer:

“Toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su Estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”¹⁰⁹

La CIDPD define discriminación por motivos de discapacidad como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.”¹¹⁰

La protección contra toda forma de discriminación establecida en el PIDESC y el PIDCP se extiende tanto a la discriminación directa como indirecta. Existe discriminación directa “cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación.”¹¹¹ Un ejemplo de discriminación directa sería denegar a una persona un procedimiento médico por motivos de su condición de seropositiva. Por su parte, la discriminación indirecta “hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos [de cada Pacto] afectados por los motivos prohibidos de discriminación.”¹¹² Por ejemplo, una política que solicite una prueba de VIH a todas las personas que accedan a los servicios prenatales constituiría una forma de discriminación indirecta contra las mujeres ya que son el único género que accede dichos servicios.

Las obligaciones de los Estados Partes para erradicar la discriminación deben realizarse

¹⁰⁷ Observación general n° 18 sobre la no discriminación adoptada por el Comité de Derechos Humanos en el 37° período de sesiones, U.N. Doc HRI/GEN/1/Rev.1 at 26 (1989) en para 7 *disponible en* [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?Opendocument) (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁰⁸ Observación general n° 20 del CDESC *supra* nota 83 en para 7.

¹⁰⁹ Artículo 1 de la CEDAW.

¹¹⁰ Artículo 2 de la CIDPD.

¹¹¹ Observación general n° 20 del CDESC *supra* nota 83 en para 10(a).

¹¹² *Id* en para 10(b).

tanto formalmente mediante las leyes como sustantivamente en la práctica.¹¹³ Es decir, abordar únicamente la discriminación formal por medio de la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado “no [...] conseguiría la igualdad sustantiva” prevista y definida en el artículo 2(2) del PIDESC. El CDESC, en su Observación General n° 20 declaró que:

“Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto.”¹¹⁴

¿Qué actos relacionados con la salud sexual y reproductiva se consideran discriminatorios?

Es probable que además del acceso discriminatorio a los servicios de SSR, el hecho de no permitir a una paciente que ejerza su derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva constituya una violación del derecho a la no discriminación.

El Comité de la CEDAW declaró en su Recomendación General N°19, que los actos de coerción pueden constituir discriminación, afirmando que la discriminación contra la mujer “incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.”¹¹⁵ Esto incluye la realización de procedimientos médicos bajo coerción que resulten en daños físicos, mentales o sexuales para la mujer.

Ejemplo de caso: falta de servicios adecuados de salud materna

En *Pimentel v Brazil*,¹¹⁶ el Comité de la CEDAW encontró que la falta de servicios de salud materna apropiados que claramente no satisfacen las necesidades e intereses específicos y diferentes de salud de las mujeres, constituye una discriminación contra la mujer con arreglo al artículo 12, párrafo 1 y el artículo 2 de la Convención. El Comité de la CEDAW declaró que Pimentel no sólo había sido discriminada por el hecho de ser mujer, sino también por ser de ascendencia africana y por su condición económica.¹¹⁷ Además, señaló que “se debe prestar especial atención a las necesidades en materia de salud y los derechos de mujeres pertenecientes a grupos vulnerables y desfavorecidos” y que “el deber de eliminar la discriminación en el acceso al cuidado de la salud incluye la responsabilidad de tener en cuenta la forma en que los factores sociales, que pueden variar entre las mujeres, determinan el Estado de salud”.¹¹⁸

¹¹³ *Id* en para 38.

¹¹⁴ *Id* en para 8.

¹¹⁵ Recomendación general N° 19 sobre la violencia contra la mujer del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11° período de sesiones, UN Doc A/47/38 (1992) en para 6 *disponible en* <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹¹⁶ CEDAW/c/49/D/17/2008 (*Alyne da Silva Pimentel v Brazil*) en para 7.6 *disponible en* <http://www.escri-net.org/sites/default/files/CEDAW-C-49-D-17-2008.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹¹⁷ *Id* en para 7.7.

¹¹⁸ Recomendación general N° 24 de la CEDAW sobre el artículo 12 de la Convención (La Mujer y la Salud)

En el caso *AS v Hungary*,¹¹⁹ el Comité de la CEDAW declaró que Hungría había violado el derecho de protección de la demandante contra todo tipo de discriminación en los servicios de salud de acuerdo al artículo 12, entre otros derechos, forzándola a la esterilización, y citó sus recomendaciones generales 19 y 24 aprobadas.

3.5 Derecho a la igualdad

El artículo 26 del PIDCP establece el derecho a la igualdad y solicita en términos generales que todas las leyes internas estén libres de discriminación declarando que:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier *otra condición social*.”¹²⁰

Este artículo no limita el alcance de los derechos protegidos de la discriminación. En casos relativos a los DSSR, es útil alegar la violación tanto del artículo 26 del PIDCP de como los artículos de no discriminación de los tratados adecuados abordados en el apartado 3.4.

En lo que respecta a las mujeres con discapacidad, la CIDPD solicita en su artículo 5(1) a todos los Estados Partes el reconocimiento de “que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.”¹²¹

El CDH ha declarado específicamente que los actos de coerción (tales como solicitar que una mujer sea esterilizada sin su consentimiento) pueden vulnerar el derecho a la igualdad con arreglo al artículo 26.¹²²

Limitaciones en el derecho a la igualdad y no discriminación

Según el CDH, se permite a los Estado la diferenciación de trato pero sólo si “los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del [PIDCP].”¹²³

Del mismo modo, el CDESC advierte que “todo trato diferencial por alguno de los motivos prohibidos se considerará discriminatorio a menos que exista una causa razonable

del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 20º periodo de sesiones UN Doc A/54/38/Rev.1, chap. I (1999) en para 6 *disponible en* <http://www.refworld.org/docid/453882a73.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹¹⁹ CEDAW/C/36/D/4/200 en paras 11.3-11.4 *disponible en* http://www2.ohchr.org/english/law/docs/Case4_2004.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

¹²⁰ Artículo 26 del PIDCP (se añade énfasis).

¹²¹ Artículo 5(1) de la CIDPD.

¹²² Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: 78º Periodo de sesiones Eslovaquia UN Doc CCPR/CO/78/SVK (2003) en para 12 *disponible en* [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.CO.78.SVK.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.CO.78.SVK.En?Opendocument) (última consulta 26 agosto de 2013).

¹²³ Observación general n°18 del CDH *supra* nota 107 en para 13.

y objetiva para dispensarlo.”¹²⁴ Sin embargo, el CDESC aclara que “la falta de recursos para no acabar con el trato discriminatorio no es una justificación objetiva y razonable, a menos que el Estado parte se haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario.”¹²⁵

El capítulo 5 abordará con mayor profundidad si el comportamiento discriminatorio en el contexto de los servicios de SSR puede ser considerado justificable según el PIDCP y el PIDESC.

3.6 Derecho a la salud, incluida la salud sexual y reproductiva

En la mayoría de ocasiones, las violaciones del derecho a la autodeterminación reproductiva y la discriminación en el acceso a los servicios de salud resultan en una violación del derecho a la salud, reconocido en varios tratados internacionales de Derechos Humanos. Sin embargo, basarse en otros derechos tales como el derecho a no ser sometido a tratos crueles inhumanos y degradantes o el derecho a la vida puede ser más persuasivo en aquellas jurisdicciones que no tengan estipulado el derecho a la salud en su legislación interna.

El derecho internacional de los Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a la salud, incluida la SSR, entendiendo ampliamente la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”¹²⁶ y que está estrechamente vinculado al ejercicio de otros Derechos Humanos y depende de esos derechos, tales como el derecho a la no discriminación, a la igualdad, a la privacidad y a la prohibición de la tortura.¹²⁷

El PIDESC es el primer instrumento vinculante que reconoce el derecho a la salud enunciado en su artículo 12 y hace referencia a un aspecto de la salud reproductiva- salud materna- como elemento clave del derecho a la salud. Insta a los Estados Partes a que reconozcan “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”,¹²⁸ a que adopten las medidas necesarias para reducir la mortalidad infantil¹²⁹ y a proteger a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.¹³⁰

Desde entonces, el derecho a la salud, incluida la salud sexual y reproductiva se ha extendido a la CEDAW¹³¹ y a la CIDPD,¹³² que ha ido más allá de la salud materna para incluir una amplia gama de derechos de la salud sexual y reproductiva.

¹²⁴ Observación general n°20 del CDESC *supra* nota 83 en para 13.

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud adoptada en la Conferencia Internacional de la Salud en Nueva York (1946) Este texto se firmó el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948. *Disponible en* <http://www.who.int/about/definition/en/print.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹²⁷ Observación general N°14 del CDESC *supra* nota 82 en para 3.

¹²⁸ Artículo 12(1) del PIDESC.

¹²⁹ *Id.*, artículo 12(2).

¹³⁰ *Id.*, artículo 10(2).

¹³¹ Artículos 12, 16 y especialmente el 16(e) de la CEDAW

¹³² Artículos 23 y 25 del PIDCP.

El artículo 12 de la CEDAW establece:

1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Parte garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Mientras que el artículo 16, en relación con los DSSR, establece:

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 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.

El derecho a la salud incluye poner a disposición y facilitar el acceso a la información y a los servicios de prevención y tratamiento de la salud sexual y reproductiva. La observación general n° 14 del CDESC señala la importancia de ofrecer información y servicios de salud sexual y reproductiva accesibles y aceptables.¹³³

Asimismo, el artículo 12 de la CEDAW establece condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los relativos a la planificación familiar. Asimismo, el Comité de la CEDAW en su Recomendación General n° 24, establece la obligación de los Estados de garantizar que los servicios de atención médica de calidad sean accesibles y aceptables.¹³⁴ La CIPDP reconoce específicamente el derecho a la salud sexual y reproductiva como un Derecho Humano y pone énfasis en la disponibilidad y accesibilidad de los servicios para las personas con discapacidad.¹³⁵ El artículo 9 de la CIDPD obliga a los Estados Parte a adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso

¹³³ Nótese que el CDESC está en proceso de elaborar el borrador de una observación general específicamente sobre los derechos de la salud sexual y reproductiva. Véase A Yamin “Remarks Prepared for Day of General Discussion: General Comment on the Right to Sexual and Reproductive Health” 45° periodo de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (2010), 1 disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/discussion/AliciaYamin.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013) y “Background Paper to Support the Development of a General Comment on the Right to Sexual and Reproductive Health by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR Committee): International Standards on Women’s Sexual and Reproductive Rights and Gaps in the International Legal Framework” Centre for Reproductive Rights- Centro de Derechos Reproductivos (2010) (CRR Background Paper), 2 disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/discussion/CRR_DGD15112010.pdf (accessed 26 August 2013).

¹³⁴ Recomendación general N° 24 de la CEDAW supra nota 118 en paras 21 y 22.

¹³⁵ Artículos 9, 24 y 25 del PIDCP.

de las personas con discapacidad a una amplia gama de información y servicios que les permitan participar plenamente en todos los aspectos de la vida.

Existen dos componentes centrales para poder garantizar y facilitar el acceso a la información y a los servicios de la salud sexual y reproductiva pertinentes para los casos de autodeterminación sexual y reproductiva y de discriminación en el acceso a los servicios de salud: la obligación de obtener el consentimiento previo e informado a cualquier procedimiento médico y la no discriminación en la facilitación y acceso a los servicios de cuidados de salud.

Consentimiento voluntario e informado

El CDESC apunta que el derecho a la salud incluye el derecho al consentimiento libre para los tratamientos médicos; explica que: “El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales.”¹³⁶

Tanto en la CEDAW como en la CIDPD el derecho a la salud también incluye el concepto de consentimiento informado. El artículo 12(1) de la CEDAW, que reconoce el derecho a servicios de salud de calidad, ha sido interpretado por el Comité de la CEDAW en su Recomendación General n° 24 de forma que incluya el concepto del consentimiento voluntario e *informado* para los servicios de salud.¹³⁷ Así, el Comité afirma que el derecho al acceso a servicios de atención médica de calidad de acuerdo al artículo 12(1) de la CEDAW incluye la obligación de los Estados de garantizar unos servicios que sean aceptables, entendiendo por aceptables aquellos servicios “que se prestan si se garantiza el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad, se garantiza su intimidad y se tienen en cuenta sus necesidades y perspectivas.”¹³⁸ Además, recomienda a los Estados que garanticen “que todos los servicios de salud sean compatibles con los Derechos Humanos de la mujer, incluidos su derecho a la autonomía, la intimidad, la confidencialidad, el consentimiento y la opción con conocimiento de causa”.¹³⁹

El Comité de la CEDAW aclara que esto significa que “las mujeres tienen el derecho a estar plenamente informadas por personal debidamente capacitado de sus opciones al aceptar tratamiento o investigación, incluidos los posibles beneficios y los posibles efectos desfavorables de los procedimientos propuestos y las opciones disponibles.”¹⁴⁰

Del mismo modo, el artículo 25(d) de la CIDPD solicita a los Estados que garanticen servicios de salud “sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras

¹³⁶ Observación general N°14 del CDESC *supra* nota 82 en para 8.

¹³⁷ Recomendación General N° 24 de la CEDAW *supra* nota 118 en paras 20, 22 y 31.

¹³⁸ *Id* en para 22.

¹³⁹ *Id* en para 31(e). Recomendación General n° 24 de la CEDAW *supra* nota 118. La protección del derecho a la confidencialidad ha sido considerado además como un componente principal en la creación de unos servicios de salud aceptables en términos del derecho a la salud del PIDESC. La Observación general n° 14 en para 12(b) y (c) reconoce que la accesibilidad a la información de salud no debería menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad y que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad.

¹⁴⁰ Recomendación General N° 24 de la CEDAW *supra* nota 118 en para 20.

formas mediante la sensibilización respecto de los Derechos Humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad.” El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad es nuevo y aún no ha ofrecido ninguna orientación sobre cómo interpretar el derecho a la salud enunciado en la CIDPD.

Tanto los órganos de la ONU como las directrices internacionales han señalado que para que el consentimiento informado tenga lugar, el/la paciente debe haber sido informado/a de la naturaleza y los efectos del procedimiento médico en un lenguaje claro y de forma comprensible para él/ella.¹⁴¹ Además, añade que no puede haber coerción, o influencia indebida en el consentimiento del/la paciente.¹⁴²

En lo que respecta a la autodeterminación sexual y reproductiva, el sometimiento de mujeres a intervenciones médicas de salud reproductiva de forma obligatoria o bajo coerción- incluidas las pruebas de VIH obligatorias y el aborto y esterilización bajo coerción o forzados- ha sido declarado como violación del derecho a la salud.

El Comité de la CEDAW establece específicamente que “los Estados Partes no deben permitir formas de coerción, tales como la esterilización sin consentimiento o las pruebas obligatorias de enfermedades venéreas o de embarazo como condición para el empleo, que violan el derecho de la mujer a la dignidad y dar su consentimiento con conocimiento de causa.”¹⁴³ Además, la Recomendación General n°19 del Comité de la CEDAW sobre la violencia contra la mujer también establece que “la esterilización y el aborto obligatorios influyen adversamente en la salud física y mental de la mujer y violan su derecho a decidir el número y el espaciamiento de sus hijos.”¹⁴⁴ un derecho protegido bajo el artículo 16(1)(e) de la CEDAW.

Ejemplo de caso: esterilización forzada

En el caso de *AS v Hungría*, el Comité de la CEDAW consideró que el Estado había violado los artículos 12 y 16 de la CEDAW -relativos al derecho de las mujeres a recibir servicios de salud apropiados y a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos respectivamente- cuando AS fue sometida a una esterilización sin haber sido informada de forma adecuada para dar un consentimiento con conocimiento de causa.¹⁴⁵ En este caso, AS había sido objeto de una esterilización mientras estaba siendo sometida a una intervención quirúrgica por un aborto natural en un hospital público de Hungría. No recibió ninguna información sobre el procedimiento de manera que fuese comprensible para ella ni había sido informada de los efectos que el mismo podría tener en su fertilidad. Considerando que se había vulnerado el artículo 12, el Comité de la CEDAW enfatizó que “se consideran servicios aceptables aquellos que se ofrecen de manera que permitan que la mujer dé su consentimiento libre e informado.”¹⁴⁶

¹⁴¹ “Informe para la Asamblea General (Especial atención en el Derecho a la Salud y el consentimiento informado) Relator Especial de la ONU sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental UN Doc A/64/272 (2009) (Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Salud: Consentimiento informado) en parás 15 y 23 disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/450/87/PDF/N0945087.pdf?OpenElement> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁴² *Id* en para 13 y 14.

¹⁴³ Recomendación General N° 24 de la CEDAW *supra* nota 118 en para 22.

¹⁴⁴ *Id*.

¹⁴⁵ *AS v Hungary supra* nota 119 en parás 11.3 y 11.4.

¹⁴⁶ *Id* en para 11.3.

Del mismo modo, el Relator Especial de la ONU sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la salud) afirmó que el apartado n° 12 del PIDESC incluye el concepto de consentimiento informado para los servicios de salud¹⁴⁷ y define un enfoque de derechos de los servicios de salud como aquel en el que el asesoramiento, las pruebas y el tratamiento se consideren “un proceso continuo de atención de la salud aceptado de forma voluntaria.”¹⁴⁸ Hizo énfasis en que el consentimiento informado no es la mera aceptación de una intervención médica, sino “una decisión voluntaria y suficientemente informada” que protege el derecho del/de la paciente a participar en la adopción de las decisiones médicas sobre su propia salud y su propio cuerpo. La decisión del/de la paciente es decisiva.¹⁴⁹

La OMS explica que “la información debe ser comunicada al paciente de forma adecuada a su capacidad de comprensión, minimizando el uso de terminología técnica poco familiar. Si el paciente no habla el idioma común, debe buscarse a un intérprete para ayudarlo.”¹⁵⁰

El Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la salud hizo énfasis en que “la coerción incluye condiciones que facilitan la intimidación, como la fatiga o el estrés” y que “la influencia indebida incluye situaciones en las que el paciente percibe la posibilidad de que su negativa a otorgar el consentimiento tenga consecuencias desagradables.”¹⁵¹

Señaló que algunos grupos, tales como el de las mujeres, corren un mayor riesgo de ver violado su derecho al consentimiento informado, debido a las vulnerabilidades que padecen a causa de sus circunstancias económicas, sociales y culturales.¹⁵² El Relator Especial de la ONU destacó que:

Las desigualdades entre los géneros, reforzadas por las estructuras políticas, económicas y sociales, hacen que sea un fenómeno habitual que se coaccione y niegue información y autonomía a las mujeres en lo referente a la atención de salud. Los derechos de las mujeres de salud sexual y reproductiva deben ser objeto de especial atención. En ocasiones, se deniega a las mujeres embarazadas el ejercicio del consentimiento y una atención de salud apropiada en todas sus fases aduciendo como justificación el interés superior del feto. Las normas sociales y jurídicas limitan el acceso independiente de la mujer a servicios de salud sexual y reproductiva. Está demostrado que muchas veces se excluye completamente a las mujeres de la adopción de decisiones en la atención de salud. A menudo, cuando se les prestan servicios prenatales, se les obliga a someterse a pruebas de infección por el VIH de “rutina”, sin el asesoramiento y el tratamiento correspondientes. Se sigue aplicando la esterilización o la anticoncepción forzadas a mujeres, dañando su salud física y mental y vulnerando su derecho a la libre determinación en materia de reproducción, a la integridad física y a la seguridad. Muchas veces no se da a las mujeres

¹⁴⁷ Informe del Relator Especial para la Salud: Consentimiento informado *supra* nota 141 en para 18.

¹⁴⁸ *Id* en para 24.

¹⁴⁹ *Id* en para 9

¹⁵⁰ “Declaración para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa” OMS (1994), artículo 2.4 disponible en http://www.who.int/genomics/public/eu_declaration1994.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁵¹ Informe del Relator Especial para la Salud: Consentimiento informado *supra* nota 141 en para 14.

¹⁵² *Id* en para 46.

tiempo suficiente, ni se les proporciona información suficiente para dar su consentimiento a los procedimientos de esterilización, o no se les dice que se les ha sometido a ellos o descubren más tarde que han sido esterilizadas [...] la estigmatización y la discriminación contra las mujeres de las comunidades marginadas, entre ellas las indígenas, las mujeres con discapacidad y las que viven con VIH, han hecho que las mujeres de esas comunidades sean especialmente vulnerables a tales abusos.¹⁵³

Además de la OMS, otros instrumentos internacionales sobre la salud sexual y reproductiva así como organizaciones profesionales han señalado la necesidad del consentimiento voluntario e informado para llevar a cabo todos los procedimientos relativos a la salud sexual y reproductiva. El Programa de Acción de la CIDPD subraya que los programas de salud reproductiva deberían ofrecer la más amplia gama de servicios sin ningún tipo de coerción¹⁵⁴ y garantizar que todas las personas tengan información y acceso a los servicios para ejercer su derecho a decidir si quieren reproducirse, cuándo y con qué frecuencia.¹⁵⁵

Organizaciones profesionales como la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) han elaborado también directrices confirmando el derecho a controlar y decidir sobre la propia sexualidad y la salud reproductiva. FIGO elaboró específicamente una directriz sobre la esterilización que subraya que dicho procedimiento, llevado a cabo de manera forzada o bajo coerción podría constituir una vulneración de derechos, incluido el derecho a la salud.¹⁵⁶

El consentimiento informado en pocas palabras

- Un procedimiento médico solo puede ser realizado con el consentimiento informado de la persona interesada. El consentimiento informado requiere de información, comprensión, así como del consentimiento para cumplir con los requisitos de legalidad. Esto implica que la mujer recibe la información, la entiende y está de acuerdo con ser sometida al procedimiento médico relativo a su derecho de salud sexual y reproductiva.
- Para que la mujer preste su consentimiento de manera libre e informada a los servicios de salud reproductiva, necesita obtener información sobre el propósito del servicio así como sobre los riesgos materiales, los beneficios y las diferentes alternativas, incluida la de no someterse al tratamiento.
- La información debe darse en un lenguaje de fácil comprensión.
- Por último, el consentimiento solo es válido si es libre, sin influencia indebida, coerción, fraude, distorsión o error. Sencillamente, es necesario que la mujer dé su consentimiento sin ser forzada. Esto implica que las circunstancias en las que se encuentre sean las apropiadas para no sentirse presionada para dar su consentimiento.

¹⁵³ *Id* en para 54 y 55.

¹⁵⁴ Principio n° 8 del Programa de Acción de la CIDPD *supra* nota 65.

¹⁵⁵ *Id* en para 7.2.

¹⁵⁶ “New Guidelines on Sterilisation of Women” *Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia* (2011).

No discriminación

Según el CDESC, el derecho a la salud enunciado en el PIDESC incluye el derecho a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.¹⁵⁷ Asimismo, el CDESC determina que “los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna [...] especialmente a los sectores más vulnerables y marginados de la población” y menciona específicamente a “las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA.”¹⁵⁸ Además, considera esto como uno de los elementos esenciales relativos al derecho a la salud.¹⁵⁹

Del mismo modo, tanto la CEDAW como la CIDPD reconocen la importancia de la no discriminación en el acceso a los servicios de salud; la CIDPD subraya que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que cualquier otra persona a la información y servicios relativos a la reproducción y a la planificación familiar.¹⁶⁰ Para mayor información sobre el derecho a la no discriminación véase el apartado 3.4.

3.7 Derecho a la información

El acceso a la información está estrechamente vinculado al disfrute de otros Derechos Humanos. Sin información acerca de la salud y los derechos sexuales y reproductivos, las mujeres tendrían menos posibilidades de acceder a los servicios. Además, sin una información adecuada y precisa, las mujeres no podrán tomar decisiones con conocimiento de causa. El derecho a la información es primordial para garantizar que las mujeres gozan de su autodeterminación sexual y reproductiva. Por ejemplo, si no se recibe la información necesaria previamente, no se puede considerar que la mujer haya dado un consentimiento voluntario e informado para el procedimiento de salud.

El derecho a la información está contemplado en numerosos instrumentos de Derechos Humanos. El artículo 19(2) del PIDCP establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.” A pesar de que no existe jurisprudencia específica a nivel internacional sobre la interpretación de este derecho en el PIDCP, el derecho a la información “de toda índole” implica que el derecho es lo suficientemente amplio para abarcar la información relativa a la salud reproductiva. Además, el artículo 10 de la CEDAW establece:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: [...]

(h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia.”¹⁶¹

¹⁵⁷ Observación general N°14 del CDESC *supra* nota 82 en para 8.

¹⁵⁸ *Id* en para 12 (b).

¹⁵⁹ *Id* en paras 43-44.

¹⁶⁰ Véase, por ejemplo, los artículos 23 y 25.

¹⁶¹ Artículo 10(h) of the CEDAW.

El Comité de la CEDAW, preocupado porque muchos países no facilitan el acceso a la información relativa a la salud sexual y reproductiva, enfatizó que los Estados Partes “deben garantizar, sin prejuicio ni discriminación, el derecho a información, educación y servicios sobre salud sexual para todas las mujeres y niñas.”¹⁶²

Uno de los aspectos fundamentales del derecho a la salud, de acuerdo con el artículo 12(1) del PIDESC, es la obligación de los gobiernos de garantizar el acceso a la información relativa a la salud, incluidos los métodos para prevenir y combatir determinadas enfermedades.¹⁶³ Según el CDESC, el derecho a la salud incluye “el acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.”¹⁶⁴ La información y educación sobre cuestiones relacionadas con la salud debería incluir la relativa a la disponibilidad de los servicios y estar disponible en los idiomas locales.¹⁶⁵ El CDESC ha mostrado su preocupación por la falta de información relativa a la salud sexual y reproductiva subrayando que el acceso a dicha información podría reducir la mortalidad materna así como los embarazos en la adolescencia.¹⁶⁶

En materia de VIH, el CDESC insta a los Estados a que “garanticen que todas las personas conozcan la enfermedad y cómo protegerse de ella.”¹⁶⁷ La CIDPD obliga a los países a tomar las medidas efectivas y pertinentes para garantizar que “se respete el derecho de las personas con discapacidad a [...] tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos.”¹⁶⁸

El CDESC confirmó que la información sobre la salud no puede ser censurada o intencionalmente desvirtuada.¹⁶⁹ El Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la salud afirmó lo siguiente cuando recomendó a Polonia que adoptara:

“Una educación sobre la sexualidad obligatoria, apropiada a la edad, integral, basada en la ciencia, no discriminatoria y sensible al género, enseñada por personal debidamente formado, incluyendo una información libre de juicios y una educación sobre las relaciones sanas y la vida de familia, el sexo, las relaciones así como la salud sexual y reproductiva.”¹⁷⁰

¹⁶² Recomendación General N° 24 de la CEDAW *supra* nota 118 en para 18.

¹⁶³ Observación general N°14 del CDESC *supra* nota 82 en para 44(d).

¹⁶⁴ *Id* en para 11.

¹⁶⁵ *Id* en paras 36–37. **Véase también** “Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental: Misión a Uganda” 62° periodo de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales UN Doc E/CN.4/2006/48/Add.2 (2006) (Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental) en paras 33 y 35.

¹⁶⁶ CRR Background Paper *supra* nota 133, 7.

¹⁶⁷ Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Federación Rusa 31° periodo de sesiones UN doc E/C.12/1/Add.94 (2003) en para 62 *disponible en* [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.1.Add.94](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1.Add.94). En (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁶⁸ Artículo 23(1) (b) de la CIDPD.

¹⁶⁹ Observación general n°14 del CDESC *supra* nota 82 en para 34.

¹⁷⁰ “Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover: Misión a Polonia” 14° periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos U.N. Doc. A/HRC/14/20/Add.3 (2010) *disponible en* <http://www.refworld.org/docid/4c0770ee2>.

El acceso a la información puede ser una preocupación específica para las mujeres con discapacidad (tales como las mujeres ciegas, con discapacidad auditiva o con discapacidad mental) cuando los países no cumplen con la obligación de establecer mecanismos para garantizar que puedan acceder de manera apropiada a la misma de modo que puedan hacer uso de los servicios de salud sexual y reproductiva. No establecer dichos mecanismos podría ser discriminatorio.

La información relativa a la salud, ya sea preventiva o curativa, tiene que ser adecuada y estar lo suficientemente detallada. No ofrecer a una mujer información suficiente para que pueda tomar decisiones en situaciones específicas podría constituir una violación a sus DSSR. En el caso de *AS. c. Hungría*, el Comité de la CEDAW declaró que se había violado el artículo 12 de la CEDAW y señaló que diecisiete minutos no eran un lapso de tiempo adecuado para que el personal del hospital diera el asesoramiento y la información sobre la esterilización necesarios, incluidas las alternativas, riesgos y beneficios para que AS tomara una decisión informada.¹⁷¹

3.8 Derecho a la libertad y la seguridad de la persona

Numerosos tratados reconocen el derecho a la libertad y la seguridad de la persona.¹⁷² Este incluye la protección de toda persona de cualquier intervención médica realizada bajo coerción sin el consentimiento voluntario e informado y es relevante en casos relacionados con la autodeterminación sexual y reproductiva.

El artículo 9(1) del PIDCP establece que “todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.”

El debate sobre el derecho a la libertad y la seguridad de la persona en el contexto de los DSSR es limitado entre los comités de la ONU. Sin embargo, el Relator Especial de la ONU para el derecho a la salud declaró que “garantizar el consentimiento informado es un aspecto fundamental del respeto a la autonomía, la libre determinación y la dignidad humana de la persona en un proceso continuo y apropiado de servicios de la atención de salud solicitados de forma voluntaria [...]”¹⁷³ También señaló que el consentimiento informado invoca algunos elementos de los Derechos Humanos que son indivisibles, interdependientes e interrelacionados y que entre ellos se cuentan, además del derecho a la salud, el derecho a la seguridad y la dignidad de la persona.¹⁷⁴

Del mismo modo, la Relatora Especial de la ONU sobre la violencia contra las mujeres, con inclusión de sus causas y consecuencias expresó su preocupación sobre el hecho de que prácticas como la esterilización, bajo coerción o forzada, así como el aborto forzado pueden violar el derecho a la integridad física y la seguridad de la mujer.¹⁷⁵

html (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁷¹ *AS v Hungary supra* nota 119 en paras 119 y 11.2.

¹⁷² Véase el artículo 3 de la DUDH, artículo 9(1) del PIDCP, y el artículo 14 de la CIDPD.

¹⁷³ Informe del Relator Especial para la Salud: Consentimiento informado *supra* nota 141 en para 18.

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ “Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y

En lo que se refiere a las mujeres con discapacidad, la CIDPD estipula en su artículo 17 que “toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás.”

El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad ha mostrado su preocupación por el hecho de que el tratamiento médico bajo coerción o forzado violaría el derecho a la integridad física y mental de acuerdo al artículo 17. En sus observaciones finales a Túnez, dicho Comité recomendó al país que “incorpore a su legislación la abolición de operaciones y tratamiento sin el consentimiento pleno e informado del/de la paciente” para garantizar que cumple con los requisitos establecidos de acuerdo con el artículo 17.¹⁷⁶

Las pruebas obligatorias de VIH realizadas a mujeres vulnerables como violación del derecho a la libertad y la seguridad de la persona se fundamentan en las directrices internacionales. Las Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos señalan que “las pruebas obligatorias del VIH pueden constituir una privación de libertad y una violación al derecho a la seguridad de la persona” y que “el respeto del derecho a la integridad física requiere que las pruebas sean voluntarias y previo consentimiento informado.”¹⁷⁷

3.9 Derecho a estar libre de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Numerosos instrumentos internacionales de Derechos Humanos protegen el derecho a estar libre de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (TPCID).¹⁷⁸ Entre ellos se encuentran el PIDCP bajo su artículo 7, la Convención contra la Tortura (CCT) de acuerdo a su artículo 16(1) y la CIDPD en su artículo 15(1).

A pesar de que no existe una definición específica sobre lo que constituye un TPCID, se ha acordado cubrir una amplia gama de actos. El CDH estableció en su observación general sobre el artículo 7, que el propósito de este artículo es proteger tanto la dignidad como la integridad física y mental del individuo de los actos que causan a la víctima no solo dolor físico, sino también sufrimiento moral.¹⁷⁹ Además, añade que “el artículo 7 protege, en particular [...] a los pacientes de los establecimientos de enseñanza y las instituciones médicas.”¹⁸⁰

consecuencias: Políticas y Prácticas que afectan los derechos reproductivos de las mujeres y que contribuyen, causan o constituyen algún tipo de violencia contra las mujeres, Radhika Coomaraswamy” 55º periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos UN doc E/CN.4/1999/68/Add.4 (1999) en paras 45 and 51 *disponible en* <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/4cad275a8b5509ed8025673800503f9d?OpenDocument#IIB> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁷⁶ Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Túnez, 5º periodo de sesiones de la ONU Doc. CRPD/C/TUN/CO/1 (2011) en para 29 *disponible en* <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/427/92/PDF/G1142792.pdf?OpenElement> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁷⁷ Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos *supra* nota 67 en para 135.

¹⁷⁸ Artículo 7 del PIDCP, artículo 16(1) de la CTPCID y artículo 15(1) de la CIDPD.

¹⁷⁹ Comité de Derechos Humanos: Observación general n° 20 del artículo 7 (Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) 44º Periodo de sesiones UN Doc HRI/GEN/1/Rev.1 en 30 (1992) en para 2 y 5 *disponible en* <http://www.refworld.org/docid/453883fb0.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁸⁰ *Id* en para 5.

Esto significa que la violación de los derechos de la salud sexual y reproductiva de las mujeres que causen daño, ya sea físico o moral también podría violar el derecho a la protección contra toda forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.¹⁸¹

Más específicamente, la disposición contra tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes incluye la protección contra *intervenciones médicas bajo coerción* llevadas a cabo sin el consentimiento de la persona. Se ha sostenido que concretamente, la esterilización y el aborto forzados violan el derecho a la protección contra tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por ejemplo, la observación general n°28 sobre el PIDCP establece concretamente que el aborto y la esterilización forzados son una preocupación que debe ser abordada por los Estados mediante el cumplimiento del artículo 7 de protección contra todo TPCID.¹⁸² Un informe reciente realizado por el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, enfatizó de nuevo que el tratamiento sin consentimiento y la denegación de dar tratamiento médico podría constituir una violación del derecho a la protección contra tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.¹⁸³ El informe señala que:

“Los órganos internacionales y regionales de Derechos Humanos han empezado a reconocer que los malos tratos infligidos a mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género. Ejemplos de esas violaciones son el maltrato y la humillación en entornos institucionales; las esterilizaciones involuntarias; la denegación del acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención post-aborto; las esterilizaciones y abortos forzosos; la mutilación genital femenina; las infracciones del secreto médico y de la confidencialidad en entornos de atención de la salud, como las denuncias de mujeres presentadas por personal médico cuando hay pruebas de la realización de abortos ilegales; y la práctica de intentar hacer confesar a una mujer como condición para que reciba un tratamiento médico que podría salvar su vida después de un aborto.”¹⁸⁴

La denegación de acceso a los servicios de aborto (que también interfiere con el derecho de la mujer a la autodeterminación reproductiva) ha sido considerada como una vulneración de la protección contra TPCID.¹⁸⁵

¹⁸¹ Véase “Protecting Rights: litigating Cases of HIV Testing and Confidentiality of Status” *supra* nota 24 para más información acerca de la prueba obligatoria de VIH como prueba de violación del derecho a la protección contra tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

¹⁸² Observación general n° 28 del CDH *supra* nota 81 en para 11.

¹⁸³ “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez” Consejo de Derechos Humanos 22º periodo de sesiones UN Doc A/HRC/22/53 (2013) (Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez) en para 32 *disponible en* http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf (última consulta 26 agosto de 2013). Véase también los comentarios del anterior Relator Especial: “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak” Consejo de Derechos Humanos 7º periodo de sesiones A/HRC/7/3 (2008) en para 38 *disponible en* <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47c2c5452.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁸⁴ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez *supra* nota 183 en para 46.

¹⁸⁵ *Id.*

Ejemplos de casos: la denegación del acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención post-aborto.

En el caso de *Karen Noelia Llanto y Huamán v Peru*,¹⁸⁶ se denegó el aborto a una menor embarazada de un feto con anomalías fatales. El CDH consideró que se había violado el artículo 7 del PIDCP, argumentando que la demandante sufría perturbaciones mentales debido a que se le denegó el aborto terapéutico.¹⁸⁷

Del mismo modo, en el caso de *LMR v. Argentina*,¹⁸⁸ el CDH halló que “la omisión por parte del Estado al no garantizar a L.M.R. el derecho a la interrupción del embarazo de acuerdo con lo previsto en la normativa penal nacional, causó un sufrimiento físico y moral contrario al derecho - protegido por el artículo 7 del PIDCP [...], agravado porque se trataba de una joven con una discapacidad.”¹⁸⁹ LMR, una joven con discapacidad mental, buscaba el aborto después de haber sido violada. De acuerdo con la legislación interna tenía derecho a abortar dada su discapacidad mental diagnosticada y a que contaba con el consentimiento de su representante legal.¹⁹⁰ Sin embargo, no pudo acceder al aborto legal debido a que el hospital en el que buscó inicialmente el tratamiento rechazó asistirle y el poder judicial emitió una orden para impedir el aborto.¹⁹¹ Para cuando la decisión judicial fue revocada, el personal del hospital rechazó practicar el aborto argumentando que el embarazo estaba demasiado avanzado.¹⁹²

El Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, señala que “algunas mujeres pueden sufrir múltiples formas de discriminación a causa de su sexo u otros motivos relacionados con su condición o identidad.” y reconoció que “un problema cada vez más generalizado es la esterilización involuntaria de mujeres de minorías étnicas y raciales, mujeres de comunidades marginadas y mujeres con discapacidad a causa de la noción discriminatoria según la cual no son “aptas” para tener hijos.”¹⁹³ “La protección de ciertas personas o poblaciones minoritarias o marginadas que corren mayor peligro de ser torturadas forma parte de la obligación de impedir la tortura y los malos tratos.”¹⁹⁴ Afirmando esto, el Comité contra la Tortura apuntó además que las mujeres son particularmente vulnerables al acceso de los servicios de SSR.¹⁹⁵

¹⁸⁶ Comunicación N° 1153/2003 UN Doc CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005) disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/1153-2003.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁸⁷ *Id* en para 6.3.

¹⁸⁸ Comunicación N° 1608/2007 UN Doc CCPR/C/85/D/1153/2003 (2011) disponible en <http://www.escri-net.org/sites/default/files/Decision.pdf> (última consulta 26 agosto de 9.2).

¹⁸⁹ *Id* en para 9.2.

¹⁹⁰ *Id* en para 2.3.

¹⁹¹ *Id* en para 2.4- 2.5.

¹⁹² *Id* en para 2.7.

¹⁹³ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez *supra* nota 183 en para 48.

¹⁹⁴ Comité Contra la Tortura: Observación general n° 2 sobre la aplicación del artículo 2 por los Estados Partes UN Doc CAT/C/GC/2 (2008) en para 21 disponible en <http://www.refworld.org/docid/47ac78ce2.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁹⁵ *Id* en para 22.

3.10 Derecho a la vida

El derecho a la vida puede verse afectado en aquellos casos en los que la denegación del acceso a los servicios de SSR debido a un acto discriminatorio resulte en la muerte de una persona. Tanto el artículo 6(1) del PIDCP como el artículo 10 de la CIDPD garantizan el derecho a la vida. El CDH ha observado que éste debe ser interpretado de manera amplia, y añade que “la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas.”¹⁹⁶

A pesar de que los Comités de la ONU tienen aún que abordar casos relativos a la autodeterminación sexual y reproductiva en los que se viola el derecho a la vida, ya han tratado casos en los que la falta de servicios por actos discriminatorios ha resultado en vulneración del derecho a la vida. El CDH expresó que las leyes de aborto restrictivas, la falta de acceso a los servicios de salud reproductiva, incluidos los de urgencia de obstetricia y las altas tasas de mortalidad materna podría violar el derecho a la vida.¹⁹⁷

Del mismo modo, el Comité de la CEDAW señaló que los servicios de salud sexual y reproductiva inadecuados vulneran el derecho a la vida. Por ejemplo, el Comité de la CEDAW halló que los abortos inseguros violan el derecho de la mujer a la vida ya que conducen a una alta posibilidad de mortalidad materna.¹⁹⁸ En el caso de *Pimentel v Brasil*, el Comité de la CEDAW señaló que la falta de servicios adecuados de salud materna tiene un impacto diferencial en el derecho a la vida de la mujer.¹⁹⁹ El CDH también encontró que se había vulnerado el derecho a la vida en el caso de *Noelia Llantoy Huamán v Peru*. En este caso, se había denegado la interrupción legal del embarazo declarando que “las autoridades estaban en conocimiento del riesgo vital que corría la demandante, pues un médico gineco-obstetra del mismo hospital le había recomendado la interrupción del embarazo, debiendo realizarse la intervención médica en ese mismo hospital público. La negativa posterior de las autoridades médicas competentes a prestar el servicio pudo haber puesto en peligro la vida de la misma.”²⁰⁰

3.11 El derecho a la vida privada

El derecho a la vida privada está reconocido en el PIDCP, artículo 17(1) y en el PIDPD

¹⁹⁶ Comité de Derechos Humanos: Observación general n° 6 sobre el artículo 6 (Derecho a la vida) 66° periodo de sesiones UN Doc CAT/C/GC/2 (1982) en para 5 *disponible en* <http://www.refworld.org/docid/45388400a.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁹⁷ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: El Salvador, 78° periodo de sesiones U.N. Doc. CCPR/ CO/78/SLV (2003) en para 14 *disponible en* <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/3557ff1fd8be8377c1256db200552abe?Opendocument> (última consulta 26 agosto de 2013) y observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Kenya 83° periodo de sesiones U.N. Doc. CCPR/ CO/78/SLV (2005) en para 14 *disponible en* <http://www.unhcr.org/refworld/country,,HRC,,KEN,456d621e2,42d16c4d4,0.html> (última consulta 26 agosto de 2013) y observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Mali 77° Sesión U.N. Doc. CRPD/C/TUN/CO/1 (2003) en para 14 *disponible en* <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/413/09/PDF/G0341309.pdf?OpenElement> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁹⁸ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Colombia 20° periodo de sesiones U.N. Doc. A/54/38 (1999) at para 393 *disponible en* <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/0a318a243ffa4eff8025673200507f7a?Opendocument> (última consulta 26 agosto de 2013).

¹⁹⁹ *Pimentel v Brazil supra* nota 116 en para 7.6.

²⁰⁰ *Karen Noelia Llantoy Huamán v Peru supra* nota 186 en para 6.2.

22(1). Este derecho incluye tanto el respeto a la privacidad física como a la privacidad de la información relativa a la salud. El derecho a la privacidad puede verse afectado en casos relativos a la autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer. El CDH declaró que el derecho a la vida privada incluye situaciones en las que se deniegue a una mujer la oportunidad de tomar sus propias decisiones sobre su salud, y se requiera del consentimiento de una tercera persona -uno de sus padres o su marido- para procedimientos tales como la esterilización, así como “cuando se imponen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos.”²⁰¹

En el caso de *Karen Noelia Llantoy Huamán v Peru*, el CDH expresó que “la negativa de actuar conforme a la decisión de la demandante, de poner fin a su embarazo, no estuvo justificada y revela una violación del artículo 17 del PIDCP”²⁰² Del mismo modo, en el caso de *LMR v Argentina*, el CDH encontró que la ilegítima intervención del Estado, a través del poder judicial, en una cuestión que debía resolverse entre la paciente y su médico constituye una violación del derecho a la intimidad de aquélla.²⁰³ En las circunstancias, el Comité considera que se produjo una violación del artículo 17 del PIDCP.²⁰⁴

En lo que se refiere a la protección de la información médica de la persona, la protección del derecho a la confidencialidad es considerada como un elemento esencial para la creación de unos servicios de salud aceptables en términos del derecho a la salud reconocido en el PIDESC. El párrafo 12(b) de la observación general n° 14 del CDESC reconoce que la accesibilidad a la información de salud no debe menoscabar el derecho a que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad, y que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar diseñados para proteger el derecho a la confidencialidad. Este derecho ha sido violado en muchas ocasiones en casos de abortos en los que la información sobre el Estado de salud de la mujer ha sido puesta a disposición de terceras personas resultando en una presión indebida para que la mujer no interrumpa su embarazo.²⁰⁵

3.12 Conclusión

Cuando se deniega a las mujeres la oportunidad de decidir libremente sobre asuntos relacionados con su salud reproductiva, se ven afectados muchos derechos fundamentales, tales como el derecho a la no discriminación y la igualdad, a la salud, a la información, a la libertad y la seguridad de la persona, a estar libre de ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la vida privada y a la vida.

A pesar de que los órganos internacionales no han examinado y aplicado completamente todos estos derechos en casos de violación del derecho a la autodeterminación reproductiva, el derecho internacional puede ser útil para identificar el alcance y la naturaleza de estos derechos fundamentales.

²⁰¹ Observación general n° 28 del CDH *supra* nota 81 en para 20.

²⁰² *Karen Noelia Llantoy Huamán v Peru supra* nota 186 en para 6.4.

²⁰³ *LMR v Argentina supra* nota 188 en para 9.3.

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ *Id* en para 2.9.

CAPÍTULO
4

Derecho regional relevante

4.1 Introducción

Este capítulo se centra en aquellos derechos reconocidos específicamente en los tratados regionales de África, así como en otros documentos y en la legislación interna. También se abordará cómo el derecho regional puede ser utilizado en el litigio de casos de violaciones del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva así como en casos discriminatorios contra grupos específicos de mujeres en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. El capítulo explica cómo ciertos derechos específicos reconocidos en el derecho regional podrían verse afectados en determinados escenarios fácticos y qué acciones pueden ser argumentadas como violatorias de estos derechos. En este sentido, tiene como objetivo apoyar el uso de los principios del derecho regional en los litigios nacionales relacionados con los DSSR.

Asimismo, en este apartado se hará referencia a la jurisprudencia relevante de otros organismos regionales, incluidos el TEDH y la CIDH, los cuales pueden ayudar a determinar el alcance y la naturaleza de los derechos constitucionales.

Para mayor información acerca de por qué los tribunales nacionales deben examinar el derecho regional, por favor véase el capítulo 2.

Lista de verificación

- ▶ ¿Qué Derechos Humanos recogidos en los instrumentos regionales han sido violados en su caso particular?
- ▶ ¿Qué tratados regionales reconocen el derecho particular que usted ha identificado? [Para ejemplos de casos de violaciones de derechos específicos véase página 15]
- ▶ ¿Ha ratificado su país el tratado pertinente?
- ▶ ¿Se produjeron los hechos después de la ratificación del tratado?
- ▶ ¿Ha hecho su país alguna reserva al tratado que pueda excluir su aplicación a los hechos de su caso?
- ▶ ¿Ha emitido la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC por sus siglas en inglés) alguna decisión relevante sobre estos derechos? [Véase el capítulo 7 para una lista de los recursos online relevantes]
- ▶ ¿Hay alguna resolución, declaración o directriz importante emitida por alguna de las instituciones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o de la SADC?

Documentos relevantes tratados en este capítulo

- Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos
- Declaración de la Unión Africana y Plan de Acción Continental para el Decenio Africano de las Personas con Discapacidad 1999-2009, prolongado hasta diciembre de 2019.
- El Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África
- Protocolo sobre Género y Desarrollo de la SADC
- Protocolo en Salud de la SADC

Casos relevantes tratados en este capítulo

- Chávez v Peru
- Doebller v Sudan
- Good v Botswana
- Huri-Laws v Nigeria
- IG and Others v Slovakia
- IV v Bolivia
- Jacinto v Mexico
- Legal Resources Foundation v Zambia
- NB v Slovakia
- Open Door and Dublin Well Woman v Ireland
- P and S v Poland
- Purohit and Moore v The Gambia
- RR v Poland
- Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v Nigeria
- Sudan Human Rights Organisation and Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v Sudan
- Tysiac v Poland
- VC v Slovakia
- Zimbabwe Lawyers for Human Rights (ZLHR) & Associated Newspapers of Zimbabwe (ANZ) v Zimbabwe

El capítulo se divide en los siguientes apartados:

- Resumen del derecho regional relevante.
- Derecho a estar libre de cualquier forma de discriminación.
- Derecho a la igualdad.
- Derecho a la salud.

- Derecho a la información.
- Derecho a la libertad y la seguridad de la persona.
- Derecho a estar libre de todo trato cruel, inhumano y degradante y el derecho a la dignidad.
- Derecho a la vida.

4.2 Resumen del derecho regional relevante

Los abogados que estén defendiendo casos de violaciones relativos al derecho a la salud sexual y reproductiva en países de África del sur pueden utilizar numerosos tratados regionales promulgados por la Unión Africana (UA) para fundamentar sus argumentos, incluidos:

- La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana)²⁰⁶
- El Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África (el Protocolo de las Mujeres).²⁰⁷

El proceso de ratificación de estos instrumentos de Derechos Humanos es similar al de los instrumentos internacionales, descrito en el capítulo 3.

La Comisión Africana tiene la responsabilidad de proteger y promover los Derechos Humanos y de supervisar la aplicación por parte de los Estados de la Carta Africana y del Protocolo de las Mujeres.

La Comisión Africana cuenta con un gran número de expertos y comités especiales que supervisan y monitorean el cumplimiento de los Estados en temas específicos de Derechos Humanos. Los más importantes sobre los asuntos abordados en este manual son la Relatora Especial sobre los derechos de la mujer en África, la Relatora Especial sobre los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos y los migrantes en África, y el Comité para la Protección de los Derechos de las Personas que viven con VIH y de aquellas en riesgo, vulnerables a y afectados por el VIH. A veces, estos expertos y comités especiales van más allá en el contexto de los derechos mediante informes de misión y otros documentos.

La Carta Africana establece que la Comisión Africana:

“Se basará en la legislación internacional sobre Derechos Humanos y de los pueblos, especialmente en las disposiciones de los diversos instrumentos africanos referentes a los Derechos Humanos y de los pueblos, la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización para la Unidad Africana, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, otros instrumentos adoptados por las Naciones Unidas y por los países africanos [...] así como en

²⁰⁶ Disponible en http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

²⁰⁷ Disponible en <http://www.au.int/en/sites/default/files/Protocol%20on%20the%20Rights%20of%20Women.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

las disposiciones de los diversos instrumentos adoptados por departamentos especializados de las Naciones Unidas [...].”²⁰⁸

Además, señala que como principios subsidiarios del derecho, la Comisión Africana:

“Tomará en consideración [...] otros convenios generales o especiales que establezcan normas expresamente reconocidas por los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana, prácticas africanas que concuerdan con las normas internacionales relativas a los Derechos Humanos y de los pueblos, costumbres generalmente aceptadas como normas, principios generales del derecho [...] así como precedentes legales y creencias.”²⁰⁹

La Corte Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Corte Africana) se estableció para complementar el trabajo de la Comisión Africana. Su jurisdicción se extiende sobre todas las disputas relativas a la aplicación e interpretación de la Carta Africana y sus Protocolos así como de otros instrumentos de Derechos Humanos ratificados por los Estados africanos.²¹⁰

Las recomendaciones, informes y decisiones de la Comisión y de la Corte Africanas, así como las recomendaciones, informes y otros documentos de los/as Relatores/as Especiales y de los Comités, asisten en la determinación del alcance y la naturaleza de las obligaciones legales tanto a nivel regional como nacional.

Además, las resoluciones, protocolos y declaraciones emitidas por los organismos regionales y subregionales, incluida la Unión Africana y la Comunidad de Desarrollo de África Austral, pueden ofrecer orientación a los tribunales nacionales de los países de África del sur en la naturaleza y alcance de los derechos consagrados en las constituciones y legislaciones nacionales.

Entre las resoluciones, protocolos y declaraciones relevantes a nivel subregional se encuentran:

- El Tratado de la SADC.²¹¹
- El Protocolo en Salud de la SADC.²¹²
- El Protocolo sobre Género y Desarrollo (Protocolo sobre Género de la SADC).²¹³

La Declaración de la Unión Africana y el Plan de Acción Continental para el Decenio

²⁰⁸ Carta Africana *supra* nota 206, artículo 60.

²⁰⁹ *Id.*, artículo 61.

²¹⁰ Protocolo a la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos para la creación de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos 9 de junio de 1998 OAU Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPR/PROT (III), artículo 3 *disponible en* <http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Court%20Establishment/africancourt-humanrights.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

²¹¹ (1992) *Disponible en* http://www.sadc.int/files/9113/5292/9434/SADC_Treaty.pdf (última consulta 29 agosto de 2013).

²¹² (1999) *disponible en* http://www.sadc.int/documents-publications/show/Protocol_on_Health1999.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

²¹³ (2008) *disponible en* http://www.sadc.int/files/8713/5292/8364/Protocol_on_Gender_and_Development_2008.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

Africano de las Personas con Discapacidad también son importantes para el derecho de las personas con discapacidad.²¹⁴

Tabla: Fechas de ratificación/acceso a los instrumentos regionales

País	Carta Africana	Protocolo de las Mujeres	Tratado de la SADC	Protocolo en Salud de la SADC	Protocolo sobre Género de la SADC
Angola	2/3/1990	30/9/2007	20/8/1993	-	2010
Botsuana	17/7/1986	-	7/1/1998	9/2/2000	-
Rep.Dem. del Congo	20/7/1987	9/6/2008	28/2/2009	-	-
Lesoto	10/2/1992	26/10/2004	26/8/1993	31/7/2001	2010
Malawi	17/11/1989	20/5/2005	12/8/1993	7/11/2000	-
Mozambique	22/2/1989	9/12/2005	30/8/1993	13/11/2000	2010
Namibia	30/7/1992	11/8/2004	14/12/1992	10/7/2000	2009
Suazilandia	15/9/1995	Signed 7/12/2004	16/4/1993	-	2012
Zambia	10/1/1984	2/5/2006	16/4/1993	-	2012
Zimbabue	30/5/1986	15/4/2008	17/11/1992	13/5/2004	2009

Los mecanismos de Derechos Humanos africanos tienen aún que examinar específicamente los asuntos relativos al derecho a la salud sexual y reproductiva. Sin embargo, otros mecanismos regionales tales como la CIDH, la Comisión Europea de Derechos Humanos y el TEDH ya han considerado algunos temas relativos a los DSSR tales como la esterilización de las mujeres realizada bajo coerción o de manera forzada y la denegación de acceso a servicios como el aborto. A pesar de que las decisiones de los sistemas regionales comparados no son vinculantes en los tribunales de los países de África del sur, estas pueden tener un carácter persuasivo, especialmente cuando se trata de países en situaciones similares. La Comisión Africana ha citado al TEDH y a la Comisión Europea de Derechos Humanos en las decisiones de al menos tres casos llevados ante ella, a pesar de que ninguno de estos casos estaba específicamente relacionado con los DSSR.²¹⁵

²¹⁴ Disponible en <http://www.africa-union.org/child/Decade%20Plan%20of%20Action%20-Final.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

²¹⁵ *Civil Liberties Organisation Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project v. Nigeria* Comunicación n° No.218/98 (1998) de la Comisión Africana en paras 27, 37 y 41 disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/218-98.html> (última consulta 26 agosto de 2013); *Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) y Centre for Economic and Social Rights (CESR) v Nigeria* Comunicación n°155/96 (2001) de la Comisión Africana en para 57 disponible en http://www.chr.up.ac.za/chr_old/indigenous/documents/Nigeria/Cases/SERAC1.pdf (última consulta 26 agosto de 2013) y *Doebbler v Sudan* Comunicación n°236/2000 (2003) de la Comisión Africana en para 38 disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/236-2000.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

4.3 Derecho a la no discriminación

El derecho a la no discriminación es central en la protección de la salud sexual y reproductiva de las mujeres. La legislación y las prácticas relacionadas con la salud sexual y reproductiva que niegan los derechos a determinados grupos de población, tales como mujeres embarazadas, MVVIH o mujeres con discapacidad, podrían violar el derecho a la no discriminación. Por ejemplo, la legislación o las prácticas que deniegan u ofrecen un acceso condicionado a los servicios de salud sexual y reproductiva, tales como los servicios prenatales o los de aborto para las mujeres embarazadas, MVVIH o las mujeres con discapacidad, podrían constituir un acto discriminatorio. Del mismo modo, los procedimientos médicos como el aborto o la esterilización forzados realizados a MVVIH o mujeres con discapacidad podrían violar el derecho a la no discriminación.

La Carta Africana reconoce el derecho a la no discriminación por varios motivos bajo el artículo 2. Dicho derecho se vincula a menudo con el derecho a la igualdad enunciado en su artículo 3. El artículo 2 de la Carta Africana protege a todo individuo de cualquier trato discriminatorio en el disfrute de los derechos reconocidos en la Carta Africana, estableciendo que:

“Todo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento *u otro status*.”²¹⁶

La Comisión Africana hizo énfasis en la importancia del principio de la no discriminación, describiéndolo como un principio fundamental en el derecho internacional de los Derechos Humanos.²¹⁷ También señaló que “todos los instrumentos de Derechos Humanos internacionales y regionales y casi todas las constituciones de los países contienen disposiciones que prohíben la discriminación. El principio de no discriminación garantiza que aquellas personas que se encuentren en las mismas circunstancias serán tratadas con igualdad en la *legislación y en la práctica*.”²¹⁸

La Comisión Africana también vinculó el derecho a la no discriminación al disfrute de otros derechos. En *LRF v Zambia*, la Comisión Africana consideró el artículo 2 de la Carta Africana sobre la protección contra toda forma de discriminación. Encontró que las disposiciones constitucionales que impedían a las personas de ascendencia no zambiana ser elegidos presidentes violaba el artículo 2 de la Carta Africana.²¹⁹ Declaró lo siguiente:

“El artículo 2 de la Carta renuncia (sic) a la discriminación sobre la base de cualquiera de los motivos establecidos, entre ellos “idioma [...] origen nacional o social [...] nacimiento o cualquier otro estatus [...]” El derecho a la igualdad es muy importante. Significa que todo ciudadano debería confiar en ser tratado de manera justa dentro del sistema legal y estar seguro de que recibe

²¹⁶ Carta Africana *supra* nota 206, artículo 2 (se añade énfasis).

²¹⁷ Good v Republic of Botswana Comunicación n° 313/05 (2010) de la Comisión Africana en para 218 *disponible en* <http://www.interights.org/userfiles/Documents/Decisiononthemerits31305KennethGoodvRepublicofBotswana.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

²¹⁸ *Id* (se añade énfasis).

²¹⁹ LRF v Zambia *supra* nota 38 en para 71.

un trato igualitario ante la ley así como en el disfrute de los derechos de todos los ciudadanos. El derecho a la igualdad es muy importante por una segunda razón. La igualdad o la falta de la misma afecta a la capacidad de toda persona de disfrutar otros derechos.²²⁰

Discriminación contra las MVVIH y las mujeres con discapacidad

El derecho de las mujeres a la no discriminación se encuentra específicamente protegido en el derecho regional. El artículo 18(3) de la Carta Africana protege específicamente a las mujeres de toda discriminación y además vincula dicha protección a lo estipulado en el derecho internacional. Declara que el Estado “se hará responsable de la eliminación de toda discriminación de la mujer y de la protección de los derechos de [la mujer y del niño] tal como se estipulan en las declaraciones y convenios internacionales.”²²¹

El artículo 2 del Protocolo de las Mujeres establece que “los Estados Partes tomarán las medidas legislativas, institucionales y de otra índole apropiadas para combatir toda forma de discriminación contra la mujer.” También afirma que las medidas legislativas o de regulación deberán incluir “la prohibición y la eliminación de todas las formas de discriminación, particularmente aquellas prácticas dañinas para la salud y el bienestar general de la mujer.”²²²

La discriminación contra las mujeres está definida en el artículo 1 del Protocolo de las Mujeres como:

“cualquier distinción, exclusión, restricción o trato diferencial basado en el sexo y cuyos objetivos y efectos comprometan o destruyan el reconocimiento, disfrute o ejercicio por parte de una mujer, independientemente de su Estado civil, de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en todas las esferas de la vida.”²²³

El Protocolo sobre Género de la SADC reafirma el artículo 6(2) del tratado de la SADC, el cual hace énfasis en la obligación de prohibir la discriminación sobre la base del género y vincula esto al acceso a los derechos de salud, obliga a los Estados a que tomen varias medidas, incluidas la modificación de la legislación nacional discriminatoria contra las mujeres, reconociendo, protegiendo y promoviendo los derechos de la salud sexual y reproductiva de las mujeres y niñas y garantizando su acceso los servicios de salud. El Protocolo sobre Género de la SADC reconoce específicamente la importancia de tratar tanto los temas de VIH como de discapacidad en el fortalecimiento de la igualdad de género.²²⁴

Varios documentos regionales de Derechos Humanos garantizan específicamente la protección contra toda forma de discriminación de las mujeres con discapacidad. El artículo 18(4) de la Carta Africana reconoce específicamente el derecho de las personas con discapacidad a medidas especiales de protección adecuadas a sus necesidades físicas o morales. El artículo 23 del Protocolo de las Mujeres establece medidas especiales de

²²⁰ *Id* en para 63 (omisiones en el original) (primer [sic] en el original).

²²¹ Carta Africana *supra* nota 206, artículo 18(3).

²²² Protocolo de las Mujeres *supra* nota 207, artículo 2(b).

²²³ *Id*, artículo 1.

²²⁴ Protocolo sobre Género de la SADC *supra* nota 213, artículos 9 y 27.

protección para las mujeres con discapacidad contra la discriminación basada en ella y pone énfasis en su derecho a ser tratadas con dignidad. Del mismo modo, el objetivo n° 1 de la Declaración de la Unión Africana y el Plan de Acción Continental para el Decenio Africano de las Personas con Discapacidad 1999-2009 prolongado hasta diciembre de 2019 insta a los Estados a que formulen y apliquen leyes, políticas y programas que promuevan la participación total e igualitaria de las personas con discapacidad.²²⁵

La Comisión Africana no se ha pronunciado directamente sobre si la discriminación por VIH está amparada bajo el artículo 2. Sin embargo, el Protocolo de las Mujeres es el único tratado de Derechos Humanos que hace mención específica al VIH, señalando que las mujeres tienen el derecho a protegerse y ser protegidas del VIH y el SIDA.²²⁶ Del mismo modo, la Comisión Africana, en su interpretación de los artículos 14(1) (d) y 14(1) (e) del Protocolo de las Mujeres, que establece el derecho a la autoprotección contra las enfermedades de transmisión sexual y sabiendo el Estado de salud de uno, señaló que la discriminación por condición de infectada por VIH, entre otros, limita a la mujer el acceso a los derechos contemplados en el Protocolo de las Mujeres, especialmente a los de salud sexual y reproductiva y a la autoprotección contra enfermedades de transmisión sexual.²²⁷

Además, en el 2001, la Comisión Africana instó a los gobiernos africanos a proteger los derechos de las personas que viven con VIH en su Resolución sobre la pandemia de VIH/SIDA²²⁸ y aprobó recientemente otra que crea el Comité para la protección de los derechos de las personas que viven con VIH y de aquellas en riesgo, vulnerables a y afectados por el VIH, incluida la discriminación.²²⁹

Numerosas resoluciones y declaraciones a nivel subregional también reconocen la importancia de la no discriminación contra las personas que viven con VIH.²³⁰

A pesar de que la jurisprudencia de la Comisión Africana sobre la discriminación por razón de sexo, discapacidad u “otro estatus”, tal como portador/a de VIH y SIDA, es limitada, es claro y se desprende de los instrumentos regionales y otros documentos que la Comisión Africana considera los derechos de las mujeres, de las personas que viven con VIH y de las personas con discapacidad como un asunto de Derechos Humanos de interés.

²²⁵ Declaración de la Unión Africana y Plan de Acción Continental para el Decenio Africano de las Personas con Discapacidad *supra* nota 214.

²²⁶ Protocolo de las Mujeres *supra* nota 207, artículos 14 (1) (d).

²²⁷ Observación general del artículo 14 (1) (d) y (e) del Protocolo de las Mujeres en parás 4-5 *disponible en* <http://www.achpr.org/news/2012/11/d65/> (última consulta 26 agosto de 2013).

²²⁸ Resolución sobre la pandemia de VIH/SIDA de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos – Amenazas contra los Derechos Humanos y la Humanidad, AGH/229 (XXXVII) mayo 2001 *disponible en* <http://www.achpr.org/sessions/29th/resolutions/53/> (última consulta 26 agosto de 2013).

²²⁹ Resolución de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre la creación de un Comité para la Protección de los Derechos de las Personas que viven con VIH (PVVIH) y de aquellas en Riesgo, Vulnerables y Afectados por el VIH, res. 163 (XLVII) mayo 2001 *disponible en* <http://www.achpr.org/sessions/48th/resolutions/172/> (última consulta 26 agosto de 2013).

²³⁰ Véase, por ejemplo el Código de la SADC sobre VIH/SIDA y Empleo, artículos 2 y 3(1); Declaración de Maseru sobre el VIH/SIDA en la región de la SADC, 3; Marco Estratégico y Programa de Acción de la SADC sobre el VIH/SIDA 2003 – 2007, 8; Plan Empresarial sobre VIH/SIDA de la SADC de 5 años 200-2009 (2004), 4; Documento Marco sobre la Política del Sector de Salud de la SADC 2000; y la Declaración de la SADC sobre VIH y el SIDA (2003).

Actos que violan el derecho a la no discriminación

Cuando se solicite a la Comisión Africana que determine si la discriminación en la ley y en la práctica por motivos de sexo, discapacidad u “otro estatus”, como el VIH y SIDA, es permisible o no permisible, analizará:

- Si casos iguales son tratados de manera diferente.
- Si el trato diferencial está basado en una justificación objetiva y razonable.
- Si existe una proporcionalidad entre el objetivo buscado y los medios utilizados.²³¹

En *Purohit and Moore v The Gambia*,²³² la Comisión Africana consideró los derechos a la salud y a la igualdad de las personas con discapacidad. Sostuvo que el régimen legislativo en Gambia para los pacientes de salud mental violaba los artículos 16 y 18(4) de la Carta Africana. De este modo, la Comisión Africana expresó:

“El disfrute del derecho humano a la salud, como es ampliamente sabido, es vital en todos los aspectos de la vida y el bienestar de una persona, y es crucial para el disfrute de otros derechos y libertades fundamentales. Este derecho incluye el derecho al acceso a los establecimientos de salud, bienes y servicios garantizados para cualquier persona sin discriminación de ningún tipo.”²³³

La Comisión Africana también interpretó el artículo 16: “los Estados firmantes de la presente Carta tomarán las medidas necesarias y aprovecharán los recursos disponibles para garantizar el derecho a la salud en todos sus aspectos sin discriminación de ningún tipo.”²³⁴

Derecho regional comparado: esterilización forzada

En el caso de la CIDH de *Chávez v Peru* de esterilización forzada,²³⁵ resuelto por medio de un acuerdo amistoso, el Estado peruano reconoció que la esterilización forzada realizada a una mujer violaba, entre otros, el derecho a la no discriminación protegido en el artículo 1(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El caso de *IV v Bolivia*,²³⁶ pendiente ante la CIDH, en el que la demandante fue objeto de una esterilización supuestamente sin haber prestado su consentimiento informado, se alega discriminación por razón de género. El caso fue admitido en julio del 2008 y la decisión está pendiente.

²³¹ *Good v Republic of Botswana supra* nota 217 en para 219.

²³² Comunicación n° 241/2001 (2003) de la Comisión Africana *disponible en* <http://www1.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-subject/304-the-gambia-purohit-and-another-v-the-gambia-2003-ahr-lr-96-achpr-2003.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

²³³ *Id* en para 80.

²³⁴ *Id* en para 84.

²³⁵ Informe n° 71/03(2003) de la CIDH *disponible en* <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/71-03.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

²³⁶ CIDH (Decisión de admisibilidad) (2008) en para 28 *disponible en* <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/40-08.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

El caso de *FS v Chile*,²³⁷ también pendiente ante la CIDH, plantea el tema de la discriminación por motivo de infección por VIH. La demanda alega que la esterilización forzada de una mujer seropositiva constituye una violación de los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que solicita a los Estados Partes que combatan las prácticas discriminatorias y que establezcan normas y otras medidas necesarias para reconocer y garantizar la igualdad efectiva ante la ley de todo individuo independientemente de su sexo o de su condición de portador del VIH. La demanda destaca que la esterilización forzada afecta a las mujeres de manera desproporcionada y que las mujeres infectadas por el VIH experimentan un alto nivel de vulnerabilidad ante la esterilización forzada y otras formas de discriminación en el marco de los servicios de salud, a pesar de que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todas las personas, especialmente a los sectores más vulnerables y marginalizados de la población.²³⁸

El TEDH se planteó si la esterilización forzada vulneraba el derecho a la no discriminación en los casos de *VC v Slovakia*,²³⁹ *NB v Slovakia*²⁴⁰ y *IG and Others v Slovakia*.²⁴¹ Los tres casos trataban la esterilización forzada de mujeres pertenecientes a minorías étnicas. En ellos, el Tribunal reconocía que las esterilizaciones forzadas efectivamente habían tenido lugar, pero no consideró necesario determinar de forma separada si estas esterilizaciones habían supuesto una vulneración a la no discriminación.²⁴² Este veredicto se produjo a pesar de que el Tribunal reconoció que de la prueba practicada ante él se podía deducir que la práctica de estas esterilizaciones sin consentimiento previo e informado afectaba a personas vulnerables de varios grupos étnicos.²⁴³ No obstante, concluyó que, a pesar de que la esterilización sin consentimiento informado a personas pertenecientes a minorías étnicas podía suscitar una seria crítica, la evidencia objetiva no era lo suficientemente consistente por sí sola para convencer al Tribunal de que formara parte de una política organizada contra esas minorías étnicas, o de que la conducta del personal del hospital estuviera intencionadamente motivada por cuestiones raciales y fuera, por ende, discriminatoria.²⁴⁴

En *VC v Slovakia*, un juez disintió poniendo de manifiesto que el hecho de no considerar la violación del artículo de no discriminación reducía el caso al nivel individual. El juez expresó que el hecho de que hubiera otros casos de esta índole pendientes ante el Tribunal reforzaba su convicción de que las esterilizaciones llevadas a cabo a mujeres gitanas no eran accidentales, sino reliquias de una actitud de rechazo generalizada

²³⁷ Resumen del litigio del caso *FS v Chile* case disponible en <http://reproductiverights.org/en/lbs-fs-vs-chile> (última consulta 26 agosto de 2013).

²³⁸ *Id.*

²³⁹ Solicitud n° 18968/07 (2011) del TEDH disponible en <http://www.refworld.org/pdfid/4a648cb42.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

²⁴⁰ Solicitud n° 29518/10 (2012) disponible en <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/eu/cases/ECHR/2012/991.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

²⁴¹ Solicitud n° 15966/04 (2012) disponible en <http://www.refworld.org/docid/50a289e22.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

²⁴² Véase *VC v Slovakia supra* nota 239 en para 176, *NB v Slovakia supra* nota 240 en para 120 y *IG and Others v Slovakia supra* nota 241 en para 164.

²⁴³ *VC v Slovakia supra* nota 239 en paras 177, *NB v Slovakia supra* nota 240 en para 121 y *IG and Others v Slovakia supra* nota 241 en para 165.

²⁴⁴ *Id.*

y persistente en el tiempo hacia la minoría gitana en Eslovaquia. Concluyendo que había habido discriminación, el juez señaló que la demandante fue “marcada” y además observó que no había razones médicas relevantes para esterilizarla.²⁴⁵ Las demandantes de los casos de esterilización ante el TEDH alegaron no sólo discriminación por razones de raza sino también por razones de sexo.

En el caso de *IG and Others v Slovakia*, las demandantes alegaron que habían “sufrido discriminación por motivos de sexo debido a que los servicios de salud no adaptaron las diferencias biológicas fundamentales entre hombres y mujeres en la reproducción.”²⁴⁶

Las demandantes argumentaron que “sus esterilizaciones, realizadas sin el consentimiento pleno e informado, constituyeron una forma de violencia contra la mujer.”²⁴⁷ También alegaron que “la consiguiente infertilidad resultó en una carga psicológica y social que era mucho más pesada en las mujeres de la comunidad gitana, dónde a menudo la fertilidad determina el estatus de una mujer.”²⁴⁸ El gobierno de Eslovaquia sostuvo que las demandantes no habían sido tratadas de manera diferente que otras pacientes que se encontraban en una situación similar.²⁴⁹ Como se dijo anteriormente, el TEDH no halló necesario determinar de forma separada si había habido violación de la disposición de no discriminación por motivos de sexo o raza.

Las leyes, políticas y prácticas que niegan a las mujeres su autodeterminación reproductiva, tales como la esterilización o el aborto bajo coerción, pueden ser consideradas como violatorias del derecho a la no discriminación dada la amplia protección contra la discriminación de las mujeres. Además, las leyes, políticas y prácticas que niegan a determinados grupos de población sus derechos de salud sexual y reproductiva, como las prácticas realizadas específicamente a mujeres con discapacidad -tales como la esterilización o el aborto forzados- o aquellas que obligan a las mujeres embarazadas a someterse a pruebas de VIH como prerrequisito para acceder a los servicios de salud, podrían ser impugnadas en un juzgado como violatorias del derecho a la no discriminación.

4.4 Derecho a la igualdad

El artículo 3 de la Carta Africana reconoce el derecho de igual protección ante la ley. El artículo 3 declara que “todos los individuos tendrán derecho a igual protección ante la ley.” Esta disposición es similar a la que establece el artículo 26 del PIDCP tratado en el apartado 3.5.

La Comisión Africana sostuvo que el artículo 3 “garantiza un tratamiento justo y equitativo a todos los individuos en el sistema legal de cualquier país.”²⁵⁰

²⁴⁵ *VC v Slovakia supra* nota 239 opinión discordante del Juez Mijovic.

²⁴⁶ *IG and Others v Slovakia supra* nota 241 en para 160.

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ *Id* en para 160

²⁴⁹ *Id* en para 162

²⁵⁰ *Zimbabwe Lawyers for Human Rights (ZLHR) & Associated Newspapers of Zimbabwe (ANZ) v Zimbabwe* Comunicación n° 284/03 de la Comisión Africana en para 155 disponible en http://www.achpr.org/files/sessions/6th-eo/communications/284.03/achpreo6_284_03_eng.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

Las mujeres, incluidas las mujeres con discapacidad, están amparadas específicamente bajo el artículo 3. La Comisión Africana aclaró que “el objetivo del [artículo 3] es garantizar la igualdad de tratamiento de todos los individuos sin distinción de nacionalidad, sexo, raza o grupo étnico, opinión política, religión o credo, discapacidad, edad u orientación sexual.”²⁵¹

En el sistema interamericano, la CIDH halló que la esterilización forzada de las mujeres viola el derecho a la igual protección. En el caso de *Chávez v Peru*, la CIDH halló que la esterilización forzada de una mujer violaba, entre otros, el derecho a la igualdad ante la ley protegido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁵²

La Comisión Africana no se ha pronunciado específicamente sobre si el artículo 3 protege contra el tratamiento desigual por motivos de infección por VIH. Sin embargo, dada la preocupación de la Comisión Africana por el tratamiento desigual de dichas personas, es posible que no tuviera problema en aplicar el artículo 3 en un contexto de vulneración de los derechos de las personas que viven con VIH.

Para interponer una denuncia bajo el artículo 3 de la Carta Africana, el/a abogado/a debe probar que el cliente no ha sido tratado de la misma forma que otros en su misma situación o que otro en su misma situación recibió un trato más favorable, en el disfrute de un derecho fundamental estipulado en la Carta Africana.²⁵³

Como ocurre con el derecho a la no discriminación, las leyes, políticas y prácticas que niegan a las mujeres su autodeterminación sexual y reproductiva, tales como la esterilización o el aborto forzados y aquellos que conducen a un tratamiento directa o indirectamente diferencial en el acceso a los servicios de salud podrían vulnerar el derecho a la igualdad.

4.5 Derecho a la salud, incluida la salud sexual y reproductiva

El derecho a la salud se considera un derecho importante en el derecho regional de los Derechos Humanos y a menudo está vinculado al disfrute de otros derechos.

El artículo 16 de la Carta Africana estipula que todo individuo tendrá derecho “a disfrutar del mejor Estado físico y mental posible.” Ya en 1996, la Comisión Africana puso énfasis en la importancia del derecho a la salud en el caso de *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v Nigeria*.²⁵⁴ La Comisión Africana sostuvo que realizaría todos los esfuerzos para poner en práctica y cumplir con los derechos socio-económicos, tales como el derecho a la salud, con el objetivo de satisfacer las necesidades de las personas en África:

“La singularidad de la situación africana y los atributos especiales de la Carta Africana imponen una importante tarea a la Comisión Africana. El derecho internacional y los Derechos Humanos deben dar respuesta a las circunstancias africanas: claramente, los derechos colectivos, medioambientales, económicos y sociales son elementos esenciales de los Derechos Humanos en África. La

²⁵¹ *Id.*

²⁵² *Chávez v Peru supra* nota 235.

²⁵³ *IG and Others v Slovakia supra* nota 250 en para 158.

²⁵⁴ *SERAC and CESR v Nigeria supra* nota 215.

Comisión Africana aplicará cualquiera de los diversos derechos contenidos en la Carta Africana. Aprovecha esta oportunidad para dejar claro que no existe ningún derecho contemplado en la Carta Africana que no pueda hacerse efectivo.”²⁵⁵

En *Purohit and Moore v The Gambia*, la Comisión Africana declaró que “el disfrute del derecho humano a la salud como es ampliamente sabido es vital en todos los aspectos de la vida y el bienestar de una persona y es crucial para la satisfacción de otros derechos y libertades fundamentales.”²⁵⁶

El derecho a la salud incluye el derecho a la salud sexual y reproductiva

El derecho a la salud incluye el derecho a la salud sexual y reproductiva y la naturaleza y el alcance de este derecho se articula claramente en el artículo 14 del Protocolo de las Mujeres. Declara que los Estados “garantizarán el respeto y la promoción del derecho de las mujeres a la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.”²⁵⁷ La observación general del artículo 14(1) (d) y (e) de la Comisión Africana reconoce que “la mujer africana tiene derecho a disfrutar del mejor estado de salud, incluida la salud sexual y reproductiva y de los derechos relativos a ella.”²⁵⁸

El Protocolo de las Mujeres vincula el derecho a la salud sexual y reproductiva a una gama de derechos y libertades de las mujeres, entre otros:

- El derecho a controlar su fertilidad.²⁵⁹
- El derecho a decidir si tener hijos, el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos.²⁶⁰
- El derecho a elegir cualquier método anticonceptivo.²⁶¹
- El derecho a la autoprotección y a estar protegidas contra cualquier enfermedad de transmisión sexual, incluida el VIH/SIDA.²⁶²
- El derecho a recibir información sobre su propio estado de salud y sobre el de su pareja.²⁶³
- El derecho a recibir educación sobre planificación familiar.²⁶⁴
- El derecho a tener acceso a una gama de servicios e información de salud sexual y reproductiva adecuados, asequibles y accesibles.²⁶⁵

El derecho a la autoprotección contra el VIH y el SIDA también ha sido vinculado a otros derechos de las mujeres “incluido el derecho a la igualdad y a la no discriminación, a la

²⁵⁵ *Id* en para 68.

²⁵⁶ *Purohit and Moore v The Gambia supra* nota 232 en para 80.

²⁵⁷ El Protocolo de las Mujeres es la primera convención de Derechos Humanos regional e internacional que hace referencia explícita al VIH y que incluye el derecho a la autoprotección contra el VIH.

²⁵⁸ Observación general del artículo 14(1) (d) y (e) del Protocolo de las Mujeres *supra* nota 227 en para 5.

²⁵⁹ Artículo 14(1) (a) del Protocolo de las Mujeres.

²⁶⁰ *Id*, artículo 14(1) (b).

²⁶¹ *Id*, artículo 14(1) (c).

²⁶² *Id*, artículo 14(1) (d).

²⁶³ *Id*, artículo 14(1) (e).

²⁶⁴ *Id*, artículo 14(1) (f).

²⁶⁵ *Id*, artículo 14(2).

vida, a la dignidad, a la salud, a la autodeterminación, a la privacidad y el derecho a estar libre de cualquier forma de violencia.”²⁶⁶

La Comisión Africana también ha reconocido el vínculo entre el VIH y el disfrute de otros derechos de salud sexual y reproductiva. Declara que:

“En medio de un alto predominio y de un riesgo significativo de exposición y transmisión del VIH, las mujeres no pueden disfrutar plenamente de sus derechos [de salud sexual y reproductiva]. Particularmente, la limitación de los derechos de las mujeres en el contexto de la salud sexual y reproductiva aumenta la probabilidad de exposición y transmisión del VIH. Además, esta situación se agrava en el caso de mujeres que viven con VIH cuyo acceso a estos derechos se ve severamente limitado o denegado como resultado de una discriminación basada en su condición de infectada por VIH, del estigma, de los prejuicios, así como de prácticas tradicionales dañinas.”²⁶⁷

De acuerdo con lo establecido en la Carta Africana y en el Protocolo de las Mujeres, se solicita a los Estados que ofrezcan servicios de salud accesibles, asequibles y de calidad.

En *Sudan Human Rights Organisation and COHRE v Sudan*,²⁶⁸ la Comisión Africana, examinando el significado del derecho a la salud recogido en la Carta Africana, reconoció las obligaciones de los Estados de respetar, proteger y satisfacer los derechos de salud ofreciendo servicios accesibles, aceptables y de calidad.²⁶⁹ Del mismo modo, el artículo 14(2) del Protocolo de las Mujeres ordena a los Estados que tomen las medidas apropiadas para garantizar que los servicios de salud sean “adecuados, asequibles y accesibles.”

La información y los servicios de salud reproductiva son reconocidos como elementos importantes en el derecho regional. El Protocolo de las Mujeres hace mención explícita a varios servicios de salud reproductiva fundamentales para el cuidado de la salud sexual y reproductiva, entre otros:

- Programas de información, educación y comunicación para las mujeres.²⁷⁰
- Servicios de salud y de nutrición durante el embarazo, el parto y posterior al parto para las mujeres.²⁷¹
- Aborto médico en casos de agresión sexual, violación, incesto y cuando el embarazo ponga en peligro la salud o la vida de la madre o del feto.²⁷²
- Educación sobre planificación familiar.²⁷³
- Servicios de protección de la mujer contra el VIH y otras enfermedades de transmisión sexual.

²⁶⁶ Observación general del artículo 14 (1) (d) y (e) del Protocolo de las Mujeres *supra* nota 227 en para 11.

²⁶⁷ *Id* en para 5.

²⁶⁸ Comunicación n° 279/03 y 296/05 (2009) de la Comisión Africana *disponible en* <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/279-2003.html> (última consulta 30 agosto de 2013).

²⁶⁹ *Id* en paras 208-209.

²⁷⁰ Artículo 14(2) (a).

²⁷¹ *Id*, artículo 14(2) (b).

²⁷² *Id*, artículo 14(2) (c).

²⁷³ *Id*, artículo 14(1) (f).

- Servicios para ofrecer a las mujeres información sobre su estado de salud (incluida la información relativa al VIH) y sobre el de su pareja.²⁷⁴

La observación general sobre el artículo 14(1) (d) y (e) estipula específicamente en casos de VIH y SIDA:

- Acceso a los servicios, procedimientos y tecnologías para determinar el estado de salud, incluidas las pruebas de VIH con asesoramiento previo y posterior a la prueba, recuento de células CD4, carga viral, herramienta de diagnóstico de cáncer cervical y de tuberculosis.²⁷⁵
- Información y educación sobre sexo, la sexualidad, el VIH, los derechos de la salud sexual y reproductiva y los servicios de salud disponibles.²⁷⁶
- Ofrecer métodos de prevención del VIH accesibles, asequibles, integrales y de calidad para la mujer, incluidos los preservativos femeninos, microbicidas, prevención de la transmisión madre-hijo y profilaxis pos exposición al VIH para todas las mujeres sin discriminación.²⁷⁷

Suministro de servicios sobre la base de un consentimiento voluntario e informado

El artículo 14 del Protocolo de las Mujeres hace énfasis en el derecho de las mujeres a decidir de manera informada sobre su salud reproductiva. Teniendo en cuenta la importancia de la autodeterminación en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, el artículo 14 garantiza a la mujer el derecho a controlar su fertilidad, a decidir si tiene hijos y cuándo tenerlos, y a elegir cualquier método anticonceptivo.

El derecho general a la autodeterminación sexual y reproductiva ha tenido una expansión limitada. No obstante, la observación general de los artículos 14(1) (d) y (e) del Protocolo de las Mujeres estableció recientemente información detallada sobre el concepto de autodeterminación en el contexto específico de VIH y SIDA. La interpretación del derecho a la autodeterminación en dicho contexto ofrece una orientación útil sobre cómo debe ser aplicado a otros asuntos relativos a la salud sexual y reproductiva.

La observación general señala que el derecho a la autoprotección contra el VIH enunciada en el artículo 14(1) (d) incluye el acceso a la información y educación sobre “sexo, sexualidad, VIH y derechos sexuales y reproductivos”²⁷⁸ así como sobre los servicios de salud sexual y reproductiva “libres de coerción, discriminación y violencia.”²⁷⁹

Particularmente, con respecto a la prueba de VIH, la observación general señala que la mujer debe recibir la información y educación necesarias, incluido el asesoramiento previo y posterior a la prueba para garantizar que se obtiene un consentimiento informado.²⁸⁰

²⁷⁴ *Id.*, artículos 14(1) (d) y (e).

²⁷⁵ Observación general del artículo 14 (1) (d) y (e) del Protocolo de las Mujeres *supra* nota 227 en parás 13 y 14.

²⁷⁶ *Id* en parás 26-27

²⁷⁷ *Id* en para 30.

²⁷⁸ *Id* en para 26.

²⁷⁹ *Id* en para 29.

²⁸⁰ *Id* en para 14.

Además, apunta que debería ofrecerse una formación a los empleados de los servicios de salud para garantizar, entre otros “el respeto a la dignidad, autonomía y al consentimiento informado.”²⁸¹

A pesar de que la observación general no hace mención específica a procedimientos médicos tales como el aborto o la esterilización forzados de MVVIH, señala que los resultados positivos a las pruebas no deberían ser utilizados como fundamento para “prácticas coercitivas.”²⁸²

Derecho regional comparado: Denegación del acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención post aborto

En *Jacinto v Mexico*,²⁸³ la CIDH afirmó que el acceso a la información y educación era fundamental para acceder a los servicios de salud. En este caso, la paciente solicitó un aborto. El personal del hospital trató de disuadirla mostrándole una serie de videos sobre el aborto. Además, el doctor describió de manera inapropiada los riesgos del procedimiento a la madre de la paciente y también le dijo que podría ser responsable si su hija moría durante el proceso de aborto. A la luz de la desinformación del doctor, la madre eligió no proceder con el aborto. Las dos partes llegaron a un acuerdo amistoso. Sin embargo, la CIDH señaló que “el pleno goce de los Derechos Humanos de las mujeres no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia.”²⁸⁴

En el caso de *P and S v Poland*²⁸⁵ el TEDH, encontrando que se había violado el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo que respecta a la determinación del acceso al aborto legal, señaló que “el acceso efectivo a la información fiable sobre las condiciones para la disponibilidad de un aborto legal, y los procedimientos relevantes a seguir”, era especialmente relevante para el ejercicio de la autonomía personal.²⁸⁶ El Tribunal señaló que las demandantes “recibieron información contradictoria sobre si necesitaban ser referidas además del certificado del fiscal, para ver quién podría llevar a cabo el aborto, tomar la decisión, si la ley estipula algún tiempo de espera, y con qué otras condiciones, si las hubiera, hay que cumplir.”²⁸⁷ El Tribunal también declaró que “se solicitó a la segunda demandante firmar un formulario de consentimiento para el aborto de la primera demandante, que advertía que el aborto podría dar lugar a la muerte de su hija.”²⁸⁸

²⁸¹ *Id* en para 41.

²⁸² *Id* en para 42.

²⁸³ Informe n° 21/07 (2007) de la CIDH disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/21-07.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

²⁸⁴ *Id* en para 19.

²⁸⁵ Solicitud n° 57375/08 (2012) disponible en <http://www.echr.coe.int> (última consulta 29 agosto de 2013).

²⁸⁶ *Id* en para 111.

²⁸⁷ *Id* en para 102.

²⁸⁸ *Id*.

Derecho regional comparado: la esterilización forzada

Los tres casos de esterilización del TEDH tratan la importancia de la disposición acerca de la información adecuada sobre salud, necesaria para el consentimiento, así como sobre los requisitos del consentimiento informado para procesos médicos tales como la esterilización. En *VC v Slovakia*, el TEDH apuntó que según los documentos no parecía que la demandante hubiera sido informada plenamente acerca de su estado de salud, el procedimiento propuesto y las alternativas al mismo. Además, el Tribunal indicó que pedir el consentimiento a la demandante para una intervención como la esterilización durante el parto claramente “no le permite tomar una decisión libre y voluntaria que se base en la consideración de todos los temas importantes [...] como por ejemplo, pensar sobre las implicaciones que conlleva o hablar el asunto con su pareja.”²⁸⁹

No discriminación

El derecho a la no discriminación en el acceso a la salud es otro componente esencial del derecho a la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

La Comisión Africana dejó claro que la discriminación contra las personas con discapacidad y las personas que viven con VIH en el acceso a los servicios de salud violaba la Carta Africana. En *Purohit and Moore v The Gambia*, la Comisión Africana declaró que “como resultado de su condición y en virtud de sus discapacidades, los pacientes de salud mental deberían recibir un tratamiento especial que les permita no sólo alcanzar sino también mantener el más alto nivel de independencia y desempeño, de acuerdo con el artículo 18(4) de la Carta Africana.”²⁹⁰

Del mismo modo la Comisión Africana, interpretando el alcance de los artículos 14(1) (d) y 14(1) (e) del Protocolo de las Mujeres que reconoce el derecho a la autoprotección contra las enfermedades de transmisión sexual y el derecho a recibir información del estado de salud propio, señaló que la discriminación por motivos de sexo, condición de infectada por el VIH y por discapacidad, entre otros, impide el disfrute pleno del derecho a la autoprotección.²⁹¹ La Comisión Africana añadió que la discriminación de una mujer por ser portadora del VIH limita su capacidad para acceder a sus DSSR.²⁹²

La observación general señala que el derecho enunciado en el artículo 14(1) (d) a la autoprotección y a estar protegida contra el VIH está intrínsecamente relacionado con el derecho a la igualdad y a la no discriminación,²⁹³ y obliga a los Estados a garantizar que las mujeres estén “en posición de solicitar y ejercer su derecho a la autoprotección en un marco libre de discriminación, como lo estipula el artículo 2 del Protocolo [de las Mujeres].”²⁹⁴ La observación general establece específicamente que el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva para el VIH debería proporcionarse a todas las mujeres “sin

²⁸⁹ *VC v Slovakia supra* nota 239 en para 112.

²⁹⁰ *Purohit and Moore v The Gambia supra* nota 232 en para 81.

²⁹¹ Observación general del artículo 14 (1) (d) y (e) del Protocolo de las Mujeres *supra* nota 227 en para 4.

²⁹² *Id* en para 5.

²⁹³ *Id* en para 11.

²⁹⁴ *Id* en para 35.

basarse en una evaluación discriminatoria del riesgo.”²⁹⁵ Además solicita a los países que “promulguen leyes y políticas que garanticen el acceso de las mujeres a servicios legales y de salud” y que garanticen que dicho acceso no sea discriminatorio.

En lo que se refiere a las prácticas coercitivas, tales como el aborto y la esterilización forzados, la observación general prohíbe claramente el uso de la prueba de VIH como condición para acceder a otros servicios de salud sexual y reproductiva y, además, subraya que los resultados positivos de VIH no pueden ser utilizados como fundamento para realizar procedimientos específicos coercitivos a las mujeres ni para denegarles los servicios que soliciten.²⁹⁶

Está claro que coaccionar a las mujeres para realizar abortos, esterilizaciones y otros procedimientos médicos violaría el derecho a la salud. Asimismo, denegar o dificultar el acceso de las mujeres a los servicios de salud sexual y reproductiva podría vulnerar ese mismo derecho. Las prácticas en las que se ejerce coerción a mujeres con discapacidad o a MVVIH embarazadas para que consientan la esterilización como requisito para acceder a los cuidados de salud prenatales para embarazos corrientes, no ofrecer el acceso igualitario a los servicios de salud y el trato discriminatorio hacia estas mujeres podría violar el derecho a la salud. Además, los servicios de salud que se ofrecen sin un consentimiento voluntario e informado, tales como las pruebas forzadas de VIH para las mujeres embarazadas y la esterilización forzada o coaccionada realizada a las MVVIH y a las mujeres con discapacidad, podrían vulnerar el derecho a la salud.

4.6 Derecho a la libertad, la seguridad de la persona y la integridad física

Tanto la Carta Africana como el Protocolo de las Mujeres reconocen el derecho a la libertad y la seguridad de la persona (también conocido como el derecho a la integridad física y la autonomía) que puede ser relevante en la resolución de casos relativos a los procedimientos médicos forzados o coaccionados tales como el aborto o la esterilización. A pesar de que existe una interpretación limitada de este derecho en el contexto de las intervenciones médicas coercitivas, cabe destacar la protección del derecho en sí.

El artículo 6 de la Carta Africana establece que “todo individuo tendrá derecho a la libertad y a la seguridad de su persona” y el artículo 4 del Protocolo de las Mujeres protege el derecho a la vida, la integridad y seguridad de la persona. El Protocolo de las Mujeres va más allá y menciona actos específicos prohibidos en el contexto de estos derechos, que incluye la prohibición de cualquier forma de violencia contra las mujeres así como “todo experimento médico o científico realizado a una mujer sin su consentimiento informado.”²⁹⁷

La Comisión Africana tiene todavía que abordar estos derechos específicamente en casos de intervenciones de salud sexual y reproductiva forzadas o bajo coacción.

²⁹⁵ *Id* en para 30.

²⁹⁶ *Id* en para 35.

²⁹⁷ *Id* en para 42.

Derecho regional comparado: la esterilización forzada

En el caso de *Chávez v Peru* de la CIDH, Perú reconoció que la esterilización de una mujer realizada de manera forzada violaba, entre otros, el derecho a la integridad de la persona.²⁹⁸ Del mismo modo, el TEDH encontró que las esterilizaciones a mujeres gitanas fueron llevadas a cabo sin ningún respeto del derecho a la autonomía.²⁹⁹ En el caso de *VC v Slovakia*, el TEDH señaló que “el procedimiento de esterilización interfirió gravemente en la integridad física de la demandante ya que había sido privada de su capacidad reproductiva.”³⁰⁰

Derecho regional comparado: denegación de acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención post aborto

En *Tysiack v Poland*,³⁰¹ el TEDH dictaminó que se había violado el derecho al respeto a la vida privada cuando se denegó a una mujer un aborto terapéutico a pesar de que tenía posibilidades de perder la vista si continuaba con el embarazo, señalando que “la vida privada incluye la integridad física y psicológica de la persona.”³⁰²

En *P and S v Poland*, el TEDH halló que se había violado el derecho a la libertad y la seguridad de la persona ya que el objetivo principal de colocar a la demandante en el albergue juvenil había sido separarla de sus padres y por ende prevenirles de llevar a cabo el aborto.³⁰³

4.7 Derecho a la dignidad y a no ser sometida a tortura, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Forzar a una mujer a someterse a cualquier procedimiento relativo a su salud sexual y reproductiva sin su consentimiento informado o denegarle u obstaculizarle el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva puede infringir su derecho a la dignidad y a estar libre de TPCID, dada la interpretación de estos derechos acordada por la Comisión Africana.

Vínculo entre los TPCID, la dignidad y otros derechos de la persona

Tanto la Carta Africana como el Protocolo de las Mujeres protegen el derecho a la dignidad y a no ser sometida a TPCID.³⁰⁴

La Carta Africana en su artículo 5 establece que “todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas

²⁹⁸ *Chávez v Peru supra* nota 235.

²⁹⁹ Véase *VC v Slovakia supra* nota 239 en para 119, y *NB v Slovakia supra* nota 240 en para 73.

³⁰⁰ *VC v Slovakia supra* nota 239 en para 116.

³⁰¹ Solicitud n° 5410/03 (2007) del TEDH disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-79812> (última consulta 26 agosto de 2013).

³⁰² *Id* en para 107

³⁰³ *P and S v Poland supra* nota 285 en para 148.

³⁰⁴ Artículo 5 de la Carta Africana y artículos 3 y 4 del Protocolo de las Mujeres.

las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos.”

El Protocolo de las Mujeres reconoce el derecho a la dignidad en su artículo 3(1) en el que declara que “toda mujer tiene derecho a la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento y protección de sus Derechos Humanos y legales.” Además en su artículo 4(1) reconoce el derecho a no ser sometida a tortura, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, declarando que: “toda mujer tiene derecho al respeto de su vida y a la integridad y seguridad de su persona. Se prohibirá cualquier forma de explotación, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”

La Comisión Africana dejó claro que el derecho a la dignidad es aplicable a toda persona sin discriminación, y sostuvo que:

“La dignidad humana es un derecho básico inherente al que todo ser humano tiene derecho sin discriminación alguna, independientemente de sus capacidades mentales o de sus discapacidades sea cual sea la situación. Por ello es un derecho inherente que todo ser humano tiene la obligación de respetar por todos los medios posibles y, por otro lado, impone el deber a cada individuo de respetar este derecho.”³⁰⁵

La Comisión Africana ha permitido una interpretación más amplia para los actos que constituyan tortura, trato cruel, inhumano o degradante o que violen la dignidad humana, incluyendo los actos violatorios de “la integridad física y psicológica”,³⁰⁶ que causen un sufrimiento físico o moral así como aquellos que obliguen a una persona a actuar contra su voluntad.³⁰⁷

En *Sudan Human Rights Organisation and COHRE v Sudan*, la Comisión Africana señaló que “exponer a las víctimas a sufrimientos y actos indignos viola el derecho a la dignidad humana” y además declaró que “el sufrimiento personal y el trato indigno puede presentarse bajo cualquier forma.”³⁰⁸

En el caso de *Huri-Laws v Nigeria*, la Comisión Africana declaró que “el término tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” debe ser interpretado de la manera más amplia posible para proteger contra abusos, ya sean físicos o morales.”³⁰⁹ En el caso de *Doebbler v Sudan*,³¹⁰ la Comisión Africana enfatizó que el artículo 5 de la Carta Africana prohíbe no sólo los tratos o penas crueles sino también los inhumanos o degradantes, lo que incluye:

“No solo las acciones que causen daños serios físicos o psicológicos, sino

³⁰⁵ *Purohit and Moore v The Gambia supra* nota 232 en para 57.

³⁰⁶ *Organisations Mondiale Contre La Torture v Rwanda* Comunicaciones n° 27/89, 49/91 y 99/939 (2000) de la Comisión Africana en para 26 *disponible en* <http://www.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-subject/423rwanda-organisation-mondiale-contre-la-torture-and-others-v-rwanda-2000-ahrhr-282-achpr-1996.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

³⁰⁷ Véase también *Doebbler v Sudan supra* nota 215 en paras 36-37.

³⁰⁸ *Sudan Human Rights Organisation & COHRE v Sudan supra* nota 246 en para 158.

³⁰⁹ Comunicación n° 225/98 (2000) de la Comisión Africana en para 40 *disponible en* <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/225-98.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

³¹⁰ *Doebbler v Sudan supra* nota 215.

también que humillen o fuercen a la persona contra su voluntad o conciencia [...] la prohibición de la tortura, el trato cruel, inhumano o degradante será interpretada de la forma más amplia posible para incluir la mayor variedad de abusos físicos y morales.”³¹¹

El Protocolo de las Mujeres declara específicamente en su artículo 4 que el derecho a la vida, la integridad y la seguridad de la persona y la protección contra cualquier forma de explotación, trato cruel, inhumano o degradante, incluye la prohibición de cualquier tipo de experimento científico en las mujeres sin su consentimiento.

La Comisión Africana no ha aplicado aún estos derechos en casos de violaciones de la autodeterminación reproductiva.

Derecho regional comparado: la esterilización forzada

La CIDH reconoció en *Chávez v Perú* que la esterilización forzada de una mujer violaba su derecho al trato humano bajo el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³¹²

Del mismo modo, el TEDH encontró que la esterilización realizada sin el consentimiento informado de una mujer gitana, perteneciente a un grupo marginalizado, violaba su derecho a estar libre de tortura o cualquier trato inhumano y degradante.³¹³

En *VC v Slovakia*, el Tribunal sostuvo que la esterilización como tal no era, según los estándares reconocidos, una intervención médica de emergencia y que dado que la esterilización se llevó a cabo sin el consentimiento informado de un adulto mentalmente competente, era incompatible con el requisito de respeto por la libertad y la dignidad de la persona.³¹⁴ En ese caso, el Tribunal concluyó que aunque no había indicaciones de que el personal médico hubiese actuado con la intención de maltratar a la demandante, habían ignorado gravemente su derecho a la autonomía y a su elección como paciente.³¹⁵ Dicho trato violaba el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que establece que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”³¹⁶

En *IG and Others v Slovakia*, el Tribunal reiteró que “se considera trato degradante cuando se humilla o denigra a una persona, mostrando una falta de respeto o reduciendo su dignidad humana, o despertando sentimientos de miedo, angustia o inferioridad.”³¹⁷ Además, el Tribunal aclaró que basta con que la víctima sea humillada en privado, sin que otras personas la vean.³¹⁸ Reiteró que la esterilización en el contexto de un parto

³¹¹ *Id* en parás 36-37.

³¹² *Chávez v Perú supra* nota 235.

³¹³ *VC v Slovakia supra* nota 239 en parás 120, *NB v Slovakia supra* nota 240 en para 81 y *IG and Others v Slovakia supra* nota 241 en para 124.

³¹⁴ *VC v Slovakia supra* nota 239 en para 106-120.

³¹⁵ *Id* en para 119.

³¹⁶ *Id* en parás 106-120.

³¹⁷ *IG and Others v Slovakia supra* nota 241 en para 121.

³¹⁸ *Id.*

por cesárea no fue una intervención de emergencia.³¹⁹ El Tribunal también encontró que si el consentimiento informado no había sido obtenido antes del procedimiento, el mismo era incompatible con el requisito de respeto a la libertad y dignidad de la persona y podría ser calificado como degradante de acuerdo con el artículo 3.³²⁰

Derecho regional comparado: la denegación del acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención post aborto

En *RR v Poland*,³²¹ el TEDH halló que la demandante había sido objeto de un trato inhumano y degradante debido a la denegación intencionada del doctor de suministrarle el tratamiento médico necesario, en este caso las pruebas prenatales oportunas que le habrían permitido tomar la decisión de seguir o interrumpir su embarazo en el tiempo límite establecido por la ley. El Tribunal señaló que la solicitante se encontraba en una situación de vulnerabilidad absoluta. Estaba totalmente angustiada por la noticia de que el feto podría tener alguna malformación. Como resultado de una postergación de los profesionales de salud, tuvo que soportar seis semanas de dolorosa incertidumbre sobre el estado de salud del feto y sobre su futuro y el de su familia.³²²

Es probable que los procedimientos de salud sexual y reproductiva, especialmente cuando resultan en un sufrimiento psicológico claro, vulneren el derecho a la dignidad y a estar libre de tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes como reconoce el derecho regional. También es posible que se considere como tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes cuando se lleven a cabo procedimientos forzados a un determinado grupo de la población como, por ejemplo, las MVVIH y las mujeres con discapacidad, provocando un sentimiento de humillación o de ataque a su dignidad.

4.8 Derecho a la información

El artículo 9 de la Carta Africana protege el derecho de cada individuo a recibir información.

A pesar de que la Comisión Africana no ha declarado específicamente que el derecho a la información incluye el derecho a la información sobre la salud sexual y reproductiva, señala que está relacionado con la información sobre otros derechos contenidos en la Carta Africana. Declaró que la denegación del acceso a la información sobre Derechos Humanos, particularmente sobre aquellos contenidos en la Carta Africana, constituye una violación “particularmente grave” del derecho a la información y que la información relativa a la protección y promoción de los Derechos Humanos necesita especial protección.³²³

El Protocolo de las Mujeres enuncia específicamente que el derecho de la mujer a la salud

³¹⁹ *Id* en para 122.

³²⁰ *Id* en paras 123-126.

³²¹ Solicitud n° 27617/04 (2011) del TEDH disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104911> (última consulta 26 agosto de 2013).

³²² *Id* en paras 159-162.

³²³ *Law Office of Ghazi Suleiman v Sudan African Commission* Comunicación N° 228/99 (2003) en paras 49 -52 disponible en <http://www.chr.up.ac.za/index.php/browse-by-subject/457-sudan-law-office-of-ghazisuleiman-v-sudan-ii-2003-ahrlr-144-achpr-2003.pdf> (última consulta 26 agosto de 2013).

sexual y reproductiva incluye la obligación de los Estados Partes de facilitar información, educación y comunicación sobre la salud, de acuerdo con el artículo 14(2).

Sin embargo, la Comisión Africana tiene todavía que clarificar la amplitud de los derechos enunciados en el artículo 14(2) o aplicarlo a hechos particulares.

Derecho regional comparado: la denegación del acceso a servicios autorizados de salud.

En el caso de *Open Door and Dublin Well Woman v Ireland*,³²⁴ el TEDH sostuvo que la orden del Tribunal Supremo de Irlanda de impedir a las agencias de asesoramiento que ofrecieran a las mujeres embarazadas información sobre las facilidades del aborto en el extranjero violaba el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la libertad de expresión, incluido el derecho a recibir y dar información. El TEDH encontró que la orden interfería con el derecho de dos organizaciones sin ánimo de lucro a dar información sobre las opciones de planificación familiar y con el de las mujeres a recibir información. El TEDH razonó que a pesar de que Irlanda tiene un interés legítimo en proteger la vida del feto, la orden tenía un impacto desproporcionado, ya que prohibía el asesoramiento independientemente de la edad, el estado de salud, o las circunstancias de la mujer embarazada.³²⁵ El TEDH señaló que la orden suponía un riesgo para la salud de la mujer, quien podría interrumpir el embarazo en fases tardías si no recibía asesoramiento adecuado.³²⁶

4.9 Derecho a la vida

La Carta Africana protege el derecho a la vida bajo el artículo 4, que establece que “los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente.”

El artículo 4(1) del Protocolo de las Mujeres vincula el derecho a la vida, la integridad física, la seguridad y la protección de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

La Comisión Africana tiene todavía que pronunciarse sobre la naturaleza y el alcance del derecho a la vida en el contexto de los derechos de salud sexual y reproductiva. Sin embargo, es posible que se viole el derecho a la vida cuando se deniega o impide el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva a las MVVIH o a las mujeres con discapacidad y que resulte en la pérdida de la vida.

En el caso de la *CIDH de Chávez v Peru*, resuelto por medio de un acuerdo amistoso, el Estado peruano reconoció que la esterilización forzada de una mujer seguida de la denegación a los servicios de seguimiento que resultaron en su muerte violaban, entre

³²⁴ Solicitud n° 14234/88 (1992) del TEDH disponible en <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/e4ca7ef017f8c045c1256849004787f5/afb6cf32a28f977bc1256640004c1988?OpenDocument> (última consulta 26 agosto de 2013). Esta decisión fue sostenida en *Women on Waves v Portugal* Solicitud n° 31276/05 (2009) del TEDH resumen disponible en <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/0/a895393ec0e9077c1257551003239b6?OpenDocument> (última consulta 26 agosto de 2013).

³²⁵ *Id* en paras 73-74.

³²⁶ *Id* en para 77.

otros, el derecho a la vida protegido en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³²⁷

4.10 Conclusión

Existen numerosos derechos reconocidos en el derecho regional que pueden verse afectados en casos de violaciones de la autodeterminación sexual y reproductiva, incluidos el derechos a la salud, la libertad y la seguridad de la persona, la igualdad y la no discriminación, la dignidad y la protección contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Los mecanismos regionales africanos tienen aún que abordar enteramente la aplicación de estos derechos, específicamente en los casos de autodeterminación sexual y reproductiva. Sin embargo, las decisiones de la Comisión Africana que detallan el alcance de estos derechos en otros contextos pueden ser útiles en los litigios nacionales.

Las decisiones de otros órganos regionales tales como la CIDH y el TEDH pueden ser también persuasivas.

³²⁷ *Chávez v Peru supra* nota 235.



Derecho comparado relevante

5.1 Introducción

Este capítulo se centra en el derecho comparado relativo a las violaciones de la autodeterminación reproductiva y a la discriminación en el acceso a los servicios de SSR. Analiza cómo los tribunales de los países de África del sur y otras jurisdicciones han tratado los casos relativos a dichas violaciones.

Para más información sobre por qué los tribunales nacionales deberían tener en cuenta el derecho comparado, véase el capítulo 2.

Casos relevantes tratados en este capítulo

- Adan v Davis (Canadá)
- Attorney General V Dow (Botsuana)
- Castell v de Greef (Sudáfrica)
- Christian Lawyers' Association v National Minister of Health and Others (Sudáfrica)
- Esterhuizen v Administrator, Transvaal (Sudáfrica)
- Isaacs v Pandie (Sudáfrica)
- LM and others v Government of the Republic of Namibia (Namibia)
- Mmusi and Others v Ramantele and Another (Botsuana)
- R v Morgentaler (Canadá)
- Roe v Wade (Estados Unidos)
- Stoffberg v Elliott (Sudáfrica)
- Thornburgh v American College of Obstetricians and Gynaecologists (Estados Unidos)

5.2 Procedimientos médicos forzados o coaccionados relativos a la salud sexual y reproductiva

Fundamentos de autonomía en el entorno médico

Las constituciones de muchos países de África del sur reconocen una amplia gama de derechos fundamentales relevantes para la protección de las personas ante procedimientos médicos, así como ante la divulgación de información médica privada llevados a cabo sin un consentimiento informado. Las constituciones de los países de África del sur reconocen derechos tales como el derecho a la seguridad personal, a la privacidad, a la dignidad, a la integridad física y a la protección contra tratos crueles, inhumanos o degradantes. Además, en la mayoría de los países, el derecho común y/o civil reconoce desde hace tiempo el derecho de las personas a la *dignidad* o integridad física y psicológica. Este principio legal protege a los individuos de procedimientos médicos no deseados a menos que se haya proporcionado el consentimiento necesario.³²⁸

La autonomía y la autodeterminación del/de la paciente han sido reconocidas desde hace tiempo en la jurisprudencia médica en esta región. Particularmente en Sudáfrica, se reconoció en 1923 cuando el Tribunal Supremo dejó claro que cualquier interferencia en el cuerpo de una persona - como por ejemplo una operación quirúrgica - llevada a cabo sin el consentimiento del/de la paciente constituye una violación del derecho de esa persona a controlar su propio cuerpo.³²⁹ El principio de consentimiento a los procedimientos médicos se ha reiterado en otros casos tales como el de *Esterhuizen v Administration, Transvaal*.³³⁰

En otras jurisdicciones, el derecho a decidir sobre el propio cuerpo se encuentra en el derecho a la libertad, a la privacidad, a la dignidad y a la autonomía. Por ejemplo, en *Roe v Wade*,³³¹ el Tribunal Supremo de Estados Unidos sostuvo que una mujer tiene el derecho a determinar el destino de su propio embarazo al amparo del derecho a la libertad (ligado al derecho a la privacidad).³³² En un caso posterior, *Thornburgh v American College of Obstetricians and Gynaecologists*,³³³ el Tribunal Supremo de los Estados Unidos concluyó que “pocas decisiones son más personales e íntimas, más privadas o más básicas en relación con la dignidad y la autonomía, que la decisión de una mujer [...] a interrumpir o no su embarazo.”³³⁴

En Canadá, el Tribunal Supremo en *R v Morgentaler*³³⁵ sostuvo que una mujer tiene

³²⁸ El derecho común así como el derecho estatutario permiten a veces excepciones a la necesidad del consentimiento voluntario e informado por parte de un individuo en cuanto a pruebas y tratamientos médicos. En estos casos, las pruebas y tratamientos médicos sin consentimiento se encuentran dentro del marco legal siempre que estos derechos tengan una limitación razonable de los derechos mencionados, en línea con los principios constitucionales.

³²⁹ Véase *Stoffberg v Elliot* 1923 CPD 128.

³³⁰ 1957 (3) SA 710 (T).

³³¹ 410 US 113 (1973) (35 L Ed 2d 147) disponible en http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZO.html (última consulta 26 agosto de 2013).

³³² *Id.*, 152 - 153.

³³³ (1986) 476 US 747 disponible en http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0476_0747_ZS.html (última consulta 26 agosto de 2013).

³³⁴ *Id.* en el párrafo 772.

³³⁵ (2) (1988) 44 DLR (4th) 385, 173-174 disponible en <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/>

derecho a determinar el destino de su propio embarazo bajo el derecho a la seguridad de la persona. En la histórica decisión sudafricana de 1994 en *Castell v de Greef*,³³⁶ el Tribunal Supremo de Apelaciones reconoció los “derechos fundamentales de [...] autonomía y autodeterminación.”³³⁷

Más recientemente, en *Christian Lawyers’ Association v National Minister of Health and Others*,³³⁸ el mismo Tribunal evaluó el derecho de las mujeres a proporcionar su consentimiento informado al aborto, hallando que este derecho era una expresión fundamental del derecho a la autodeterminación del individuo. El Tribunal reiteró que este derecho a la autodeterminación es reconocido en la Constitución sudafricana en varias disposiciones, como en la relativa al derecho a la integridad física y psicológica, que incluye el derecho a tomar decisiones en cuanto a la reproducción, el derecho a la seguridad y el control sobre el propio cuerpo, además del derecho a la dignidad y a la privacidad.³³⁹

El Tribunal Supremo de Sudáfrica en *Isaacs v Pandie*³⁴⁰ determinó que una esterilización obligatoria viola los derechos a la privacidad, dignidad, reputación y seguridad.³⁴¹

El Tribunal Supremo de Apelaciones de Sudáfrica subrayó los elementos del consentimiento informado en *Castell v de Greef*.³⁴² En este caso, una mujer demandó a un médico por negligencia tras las complicaciones surgidas como consecuencia de una intervención quirúrgica para eliminar tejido mamario con el fin de reducir el riesgo de cáncer. La paciente denunció que no había sido advertida del riesgo de complicaciones que tal procedimiento implicaba o de que existiera una alternativa quirúrgica. Al examinar el derecho a un consentimiento informado, el Tribunal precisó la prueba subjetiva e individualizada y mantuvo que un profesional de la salud debe proporcionar toda la información sobre los riesgos implícitos en cualquier procedimiento “cuyo significado pudiera comprender una persona razonable en la posición del paciente.”³⁴³ El Tribunal estimó que el consentimiento informado requiere no solo la información, sino también la comprensión y el consentimiento. Es necesario que el paciente:

- Conozca la naturaleza y el alcance del riesgo o perjuicio que implica el procedimiento.
- Comprenda la naturaleza y el alcance del riesgo o perjuicio.
- Esté de acuerdo con todos los detalles del procedimiento en cuestión.
- Esté de acuerdo con todos los elementos de riesgo o posibles perjuicios.³⁴⁴

en/item/288/index.do (última consulta 26 agosto de 2013).

³³⁶ 1994 (4) SA 408 (C).

³³⁷ *Id.*, 80 – 81.

³³⁸ 2004 (4) SA 31 (T).

³³⁹ *Id.*, 47.

³⁴⁰ 12217/07 [2012] ZAWCHC 47 (16 de Mayo 2012) disponible en <http://www.safii.org/za/cases/ZAWCHC/2012/47.html> (última consulta 26 de agosto de 2013).

³⁴¹ *Id.* en para 87.1.

³⁴² *Castell v de Greef supra* nota 336.

³⁴³ *Id.*, 81.

³⁴⁴ *Id.*, 80.

La postura en *Castell v de Greef* es significativa dado que una prueba subjetiva e individualizada para un consentimiento informado está en concordancia con los derechos fundamentales de autodeterminación y de autonomía individual.

Generalmente, cuando se evalúa si se ha prestado el consentimiento informado, los tribunales examinan:

- La naturaleza y el alcance de la información proporcionada al/a la paciente.
- La manera en la que se proporcionó dicha información.
- Los diferentes factores que puedan haber afectado la comprensión de la información al proporcionar el consentimiento informado, entre otros:
 - La capacidad del individuo de comprender la información proporcionada.
 - El lenguaje en el que se ha proporcionado la información.
 - El tiempo disponible para tomar una decisión fundamentada.
 - El estado psicológico del/de la paciente en el momento de tomar la decisión.

En 2012, el Tribunal Supremo de Namibia en *LM and Others v Government of the Republic of Namibia*,³⁴⁵ abordó los componentes del consentimiento informado en un caso relativo a la esterilización forzada de tres mujeres seropositivas en hospitales públicos de Namibia. Al llegar a la conclusión de que las tres mujeres fueron sometidas a una esterilización forzada, el Tribunal indicó que el consentimiento informado requiere mucho más que el mero consentimiento escrito. El Tribunal sostuvo que para que tenga lugar un consentimiento informado, se debe proporcionar a la paciente información adecuada en un lenguaje que sea comprensible para ella, dado que la mayoría de los/as pacientes son personas comunes que no están familiarizadas con la terminología médica. En lo que se refiere específicamente a la esterilización, el Tribunal sostuvo que se debe proporcionar a la paciente información acerca no solo del procedimiento sino también de las opciones alternativas, incluyendo las ventajas y desventajas de los métodos alternativos de contracepción.³⁴⁶

Al aplicar los criterios del consentimiento informado en una situación real y concreta en *LM and Others v Government of the Republic of Namibia*, el Tribunal Supremo destacó el testimonio de expertos en el que señalaban la dificultad añadida de los acrónimos médicos en los formularios de consentimiento. También señaló la importancia del asesoramiento en cuanto a los métodos anticonceptivos para asegurar que la persona ha sido bien informada antes de tomar la decisión sobre la esterilización.³⁴⁷

Además, indicó que el consentimiento obtenido durante el parto no cumple los criterios del consentimiento informado, dado que éste no puede obtenerse de forma precipitada.³⁴⁸

De igual modo, el Tribunal Supremo de Sudáfrica en *Isaacs v Pandie* subrayó que para

³⁴⁵ 1603/2008, I 3518/2008, I 3007/2008) [2012] NAHC 211 *disponible en* <http://www.saflii.org.za/na/cases/NAHC/2012/211.html> (última consulta 26 de agosto de 2013).

³⁴⁶ *Id* en para 70.

³⁴⁷ *Id* en para 68.

³⁴⁸ *Id*.

que exista el consentimiento informado, la paciente necesita contar con el tiempo suficiente para considerar y comprender la información.³⁴⁹ En este caso, la demandante, una mujer de unos treinta años que fue objeto de un procedimiento de esterilización no deseado tras el nacimiento de su cuarto hijo, informó repetidamente al médico de que no deseaba la esterilización. Aunque manifestó específicamente por escrito que no daba su consentimiento a la esterilización, ésta fue realizada. El Tribunal sostuvo que antes de que un médico comience cualquier tratamiento debe asegurarse de que el/la paciente ha contado con el tiempo y la información suficientes. Además, para que tenga lugar un consentimiento informado, el/la paciente debe haber comprendido la información recibida.³⁵⁰

En ambos casos, *LM and Others v Government of the Republic of Namibia e Isaacs v Pandie*, los tribunales alegaron que el médico tiene la obligación de obtener un consentimiento informado de la paciente. En *Isaacs v Pandie*, el Tribunal Supremo hizo referencia a las directrices de la profesión sanitaria en Sudáfrica, las cuales “establecen expresamente [] que es responsabilidad del médico que proporciona el tratamiento obtener el consentimiento de su paciente” y que el médico es responsable de asegurarse de que, antes de comenzar cualquier tratamiento, se le ha proporcionado al/a la paciente tiempo y información suficientes para tomar una decisión fundamentada así como asegurarse de que ha prestado su consentimiento a la investigación o procedimiento.³⁵¹

Finalmente, en *Christian Lawyers’ Association v National Minister of Health and Others*, el Tribunal Supremo de Apelaciones de Sudáfrica examinó varios aspectos del derecho a proporcionar un consentimiento informado a un aborto, incluida la cuestión de la capacidad de consentimiento. Sus hallazgos en cuanto a la capacidad de consentimiento son especialmente relevantes para el caso de mujeres con discapacidad. El Tribunal concluyó que las disposiciones de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo de 1996, que permiten a las mujeres embarazadas menores de 18 años que presten su consentimiento informado para interrumpir su embarazo durante las primeras 12 semanas de gestación sin tener que consultar u obtener el consentimiento de sus padres o tutores, recibir asesoramiento y esperar un periodo de prescripción, eran constitucionales.³⁵² El Tribunal sostuvo que la línea divisoria en la Ley de Elección entre las mujeres embarazadas que podrían elegir la opción de interrumpir su embarazo sin asistencia y aquellas que necesitan asistencia se basa en la capacidad real de una mujer embarazada en concreto para prestar un consentimiento informado, según se determine, caso por caso, por el médico, dependiendo de la madurez emocional e intelectual de la persona implicada.³⁵³

En los tres casos citados anteriormente, el Tribunal tomó nota del daño concreto que las mujeres sufrieron debido a la violación de su autodeterminación sexual y reproductiva. En *Isaacs v Pandie*, por ejemplo, el Tribunal tuvo en cuenta el estado mental y emocional, el dolor, el sufrimiento y la pérdida de ilusión por la vida en la indemnización por

³⁴⁹ *Isaacs v Pandie supra* nota 340 en paras 57 y 87.3.

³⁵⁰ *Id* en para 87.3.

³⁵¹ *Id* en para 68.

³⁵² *Christian Lawyers’ Association v National Minister of Health and Others supra* nota 338, 49.

³⁵³ *Id*, 37.

daños y perjuicios.³⁵⁴ En el caso canadiense *Adan v Davis*,³⁵⁵ dirimido por el Tribunal de Justicia de Ontario, Departamento General, el Tribunal declaró que un consentimiento informado debía comprender dos consideraciones: la primera se refiere a la capacidad de la paciente para comunicarse con su médico y entenderlo/a; la segunda se refiere al deber de información, que abarca varios aspectos: por un lado, lo que el médico conoce o debe conocer y que considere que es pertinente para el/la paciente en su toma de decisión y por otro, lo que un/a posible demandante en circunstancias similares querría saber antes de decidirse por un tratamiento o una intervención quirúrgica.³⁵⁶ La demandante era una mujer somalí a la que sometieron a un procedimiento de esterilización sin su conocimiento ni consentimiento. La demandante no hablaba inglés en el momento del procedimiento y la cita con el facultativo se llevó a cabo mediante un/a intérprete. Aunque el facultativo que la trató declaró que había recibido una petición de esterilización de Adan, la demandante creía que solo se la trataría de una infección. El Tribunal determinó que incluso si el médico había recibido una petición de esterilización por parte de Adan, no se cumplieron los requisitos del consentimiento informado.

En el caso anterior, el Tribunal concluyó que el consentimiento informado estándar (el deber de información) no se había cumplido, ya que el médico no se aseguró de que Adan comprendiera el significado del procedimiento, algo que tenía una importancia relevante debido a que ella no hablaba inglés, además de que el médico no le notificó que existían otras opciones de contracepción. Durante la evaluación de los daños, el Tribunal tuvo en cuenta que la capacidad de la demandante de tener hijos era “fundamental para su estatus en su sociedad”, que tenía un enorme significado para su cultura y que el procedimiento violó sus creencias religiosas.³⁵⁷

5.3 Discriminación en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva

En la región existe una jurisprudencia limitada sobre los derechos de la mujer en cuanto a la igualdad y no discriminación en el contexto específico de los servicios de salud sexual y reproductiva. Sin embargo, existe una jurisprudencia importante sobre los derechos a la igualdad y no discriminación en general, así como sobre el derecho a la no discriminación de las personas viviendo con VIH/SIDA y de las personas con discapacidad. En este apartado, hemos considerado principalmente los casos relativos a los derechos de igualdad de las mujeres. Para obtener información detallada sobre jurisprudencia comparada relativa a la discriminación contra las personas viviendo con VIH, por favor, véase el manual de litigios de SALC *Equal Rights for All: litigating Cases of HIV-Related Discrimination*.³⁵⁸

Los tribunales de toda la región han confirmado la importancia de garantizar a las mujeres la igualdad de derechos y apoyan el fin de la discriminación contra las mismas. En *Attorney General v Dow*, el Tribunal de Apelación de Botsuana sostuvo que aunque la sección 15

³⁵⁴ *Isaacs v Pandie supra* nota 340 en para 88.

³⁵⁵ CarswellOnt 3039 (Can. Ont. Gen. Div.) (WL).

³⁵⁶ *Id* en para 40- 42.

³⁵⁷ *Id* en para 34.

³⁵⁸ “Equal Rights for All: litigating Cases of HIV Testing and Confidentiality of Status” *supra* nota 93.

de la Constitución del país que reconoce el derecho a la no discriminación, no establece explícitamente que el sexo sea un motivo prohibido de discriminación, el acto de denegar la ciudadanía a los niños cuya madre sea nacional de Botsuana pero no el padre, viola el derecho constitucional de no discriminación, así como el derecho a la igualdad con arreglo al artículo 3, en el que se prohíbe explícitamente el trato desigual por motivos de sexo.³⁵⁹

Más recientemente, el Tribunal Supremo de Botsuana respaldó la sentencia del Tribunal de Apelación en *Dow* al anular una norma del derecho consuetudinario que denegaba a las mujeres el derecho a heredar la residencia familiar. En *Ratantele v Mmusi and Another*³⁶⁰, el Tribunal dictaminó que la sección 15(4) (d) de la Constitución de Botsuana, que exime todas las cuestiones relativas al derecho de las personas, incluida la herencia, de la prohibición general contra la discriminación está, en sí misma, sujeta a dos limitaciones:

1. Que la discriminación al amparo del derecho de las personas sea en interés público,
2. Que dicha discriminación no perjudique los derechos y libertades de terceros.³⁶¹

Del mismo modo, en *Prinsloo v Van der Linde and Another*,³⁶² el Tribunal Constitucional sudafricano, al determinar si la discriminación implica un impacto injusto en las personas, examinó si las personas discriminadas eran miembros de grupos que habían sido víctimas en el pasado de patrones de discriminación.³⁶³

En el caso namibio de *Myburgh v Commercial Bank of Namibia*,³⁶⁴ el Tribunal Supremo dictaminó, del mismo modo, que las mujeres pueden declarar haber pertenecido anteriormente a un grupo desfavorecido, con necesidades especiales de protección contra la discriminación.³⁶⁵

En el caso sudafricano de *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others*,³⁶⁶ el Tribunal Constitucional de Sudáfrica consideró, entre otras cuestiones, la accesibilidad a la nevirapina – un medicamento usado para prevenir la transmisión del VIH de madre a hijo -. En ese momento, Sudáfrica solo administraba la nevirapina en dos centros de investigación y formación por provincia. El medicamento también estaba disponible en el sistema privado de salud. Se alegó una violación de la sección 9 de la Constitución de Sudáfrica en la que se garantiza el derecho a la igualdad basándose en que la política del gobierno discriminaba a las mujeres sin recursos al permitir que la nevirapina estuviera disponible en el sistema sanitario privado y no en el público. El Tribunal no se refirió concretamente a este aspecto, pero mostró su preocupación por

³⁵⁹ *Attorney General v Dow supra* nota 44.

³⁶⁰ CACGB-104-12 *disponible en* <http://www.southernafricalitigationcentre.org/1/wp-content/uploads/2013/07/Mmusi-Court-of-Appeal-Judgment.pdf> (última consulta 5 septiembre de 2013).

³⁶¹ *Id* en los paras 66-72.

³⁶² 1997 (3) SA 1012 (18 de abril de 1997) *disponible en* <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/5.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

³⁶³ *Id*.

³⁶⁴ SA 2/00 [2000] NASC *disponible en* <http://www.saflii.org.za/na/cases/NASC/2000/3.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

³⁶⁵ *Id*, 18.

³⁶⁶ (No 2) (CCT8/02) [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721; 2002 (10) BCLR 1033 (5 de julio de 2002) *disponible en* <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/15.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

el hecho de que la falta de accesibilidad afectaría principalmente a aquellas personas sin recursos del siguiente modo:

“Al tratar estas cuestiones debe tenerse en cuenta que este caso concierne especialmente a aquellas personas que no pueden permitirse pagar los servicios médicos. En la medida en que el gobierno limita el suministro de nevirapina a sus centros de investigación, son las personas sin recursos que están fuera de sus áreas de influencia las que sufrirán. Existe una diferencia en la posición de aquellos que pueden permitirse pagar los servicios y aquellos que no. Las políticas de Estado deben tener en cuenta esas diferencias.”³⁶⁷

Brotherton v Electoral Commission of Zambia es uno de los pocos casos en la región que trata sobre la discriminación basada en la discapacidad.³⁶⁸ En este caso, el Tribunal Supremo de Zambia halló que los colegios electorales en Zambia no eran accesibles a las personas con discapacidad y que esto constituía una discriminación en base a la discapacidad.³⁶⁹ Se observó que las personas *sin* discapacidades podían acceder fácilmente al proceso de registro, mientras que las personas *con* discapacidad tenían dificultades; dado que las personas con discapacidad recibían un trato menos favorable que aquellas sin discapacidad, el Tribunal concluyó que existía discriminación.³⁷⁰

Los tribunales de los países de África del sur deben aún evaluar si la discriminación contra la posibilidad de las mujeres de acceder a los servicios de salud sexual y reproductiva viola los derechos de igualdad y no discriminación. Sin embargo, queda claro que la prohibición de la discriminación contra las mujeres, las MVVIH y las mujeres con discapacidad, podría aplicarse de igual manera a las leyes, políticas y prácticas que impiden a las mujeres acceder a los servicios de salud sexual y reproductiva.

5.4 Conclusión

Los tribunales de todo el mundo han concluido que el derecho a un consentimiento informado es de vital importancia para la autodeterminación sexual y reproductiva. El derecho se encuentra imbuido en el derecho común y en un amplio número de derechos constitucionales fundamentales, incluyendo el derecho a la libertad, a la privacidad, a la dignidad y a la autonomía, entre otros. Como componente primordial del consentimiento informado, los tribunales han concluido que el médico tiene el deber de asegurarse de que el paciente recibe la información adecuada y apropiada en un lenguaje comprensible para ella. Finalmente los tribunales, de modo uniforme, han derogado leyes y prácticas que discriminan a la mujer y, aunque no han abordado expresamente la discriminación sobre la posibilidad de la mujer de acceder a los servicios de salud sexual y reproductiva, es posible que se prohíban aquellas leyes, políticas y prácticas que impiden el acceso a la mujer a tales servicios.

³⁶⁷ *Id* en párrafo 70.

³⁶⁸ 2011 HP/0818 disponible en <http://www.zambialii.org/zm/judgment/high-court/2011/32> (última consulta 26 de agosto de 2013).

³⁶⁹ *Id*, J17.

³⁷⁰ *Id*.



Justificaciones de violaciones del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva y de la discriminación

6.1 Introducción

En los casos de violación de la autodeterminación sexual y reproductiva y de discriminación en el acceso a los servicios de SSR, el Tribunal deberá investigar si la violación está justificada y, por tanto, es legítima o si, de hecho, es ilegítima. Este capítulo se centra en los argumentos más comunes utilizados para justificar tales leyes, políticas y prácticas, en cómo pueden contrarrestarse dichos argumentos y cómo los tribunales han evaluado dichas justificaciones.

Casos relevantes tratados en este capítulo:

- Isaacs v Pandie
- LM and Others vs Government of the Republic of Namibia
- VC v Slovakia
- NB v Slovakia
- Odafe and Others v Attorney General and Others

El presente capítulo se divide en tres apartados:

- Información científica y médica relativa a la salud sexual y reproductiva de la mujer
- Argumentos para justificar las vulneraciones del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva
- Argumentos para justificar la discriminación en el acceso a la información, bienes y servicios de salud sexual y reproductiva.

6.2 Información médica y científica relativa a la salud sexual y reproductiva

El informe científico y médico es un componente vital en un litigio relacionado con la salud sexual y reproductiva de la mujer. Dichos informes pueden proporcionar al Tribunal información primordial sobre el estado de salud de una demandante en particular, el impacto del embarazo en el estado de salud de una mujer, incluidas las MVVIH o las mujeres con discapacidad, así como los riesgos, beneficios y alternativas a procedimientos médicos, tales como el aborto y la esterilización en el caso de mujeres embarazadas.

El hecho de no presentar un informe científico puede dificultar un resultado satisfactorio en un litigio, como se puso de manifiesto en *Odafe and Others v Attorney General and Others*, donde el Tribunal Supremo de Nigeria acordó que la falta de un informe científico relativo al efecto del tratamiento para el VIH implicaba que era imposible juzgar la violación del derecho a la vida dadas las circunstancias. Se declaró que “[e]s tarea de un experto en el área médica pertinente explicar al Tribunal y no se me ha presentado tal informe especializado.”³⁷¹

Uso del informe especializado

Es aconsejable preparar siempre un informe especializado para abordar los asuntos específicos del caso relativos a la salud sexual y reproductiva.

Existe un amplio abanico de posibles informes especializados que pueden ser utilizados en este tipo de litigios, dependiendo de las cuestiones de hecho y de derecho implicadas y de las justificaciones utilizadas en la defensa. En los casos relativos a la esterilización o el aborto forzados o coaccionados, o de discriminación en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, se puede recurrir a los siguientes expertos para la realización de informes:

- Un médico que proporcione informes médicos relativos a varias cuestiones, tales como los riesgos, beneficios y alternativas a la esterilización como opción contraceptiva para las mujeres; los riesgos, beneficios y alternativas al aborto como medio para prevenir la transmisión del VIH de madre a hijo, el impacto del dolor del parto en la capacidad de una mujer para proporcionar un consentimiento informado; informes relativos a una persona con VIH o con un historial médico de discapacidad y a su estado de salud, incluyendo la salud física y mental.
- Un psicólogo para elaborar informes relativos al impacto de un aborto o esterilización no deseados en la salud mental y el bienestar de la mujer.
- Un experto en salud pública para proporcionar informes sobre los sistemas y procesos necesarios para obtener y documentar un consentimiento informado en los centros de salud pública.
- Un experto en Derechos Humanos para elaborar informes sobre la naturaleza y alcance de la discriminación contra grupos de población específicos tales como mujeres, MVVIH, y/o mujeres con discapacidad.

³⁷¹ *Odafe and Others v Attorney General and Others supra* nota 53 en para 37.

- Un economista para proporcionar informes sobre los costes y beneficios de dar acceso a determinados servicios de SSR.

Cuando se usan informes especializados, es importante que cualquier documento relevante de las autoridades internacionales o nacionales de salud, relacionados con el caso, sean incorporados al sumario haciendo referencia a ellos en las declaraciones juradas de los expertos y adjuntándolos como anexos de dichas declaraciones juradas.

Existen muchas maneras por las que los abogados pueden incluir informes médicos y científicos relativos a la salud sexual y reproductiva, VIH y discapacidad en casos particulares. Los detalles específicos del procedimiento variarán de una jurisdicción a otra. Sin embargo, existen dos métodos principales en las jurisdicciones de derecho común en la región de África del sur que pueden usarse para introducir un informe especializado; mediante la declaración jurada de un experto o citando decisiones judiciales anteriores, que hayan creado conclusiones específicas relativas a los aspectos médicos y científicos sobre la salud sexual y reproductiva, el VIH y la discapacidad.

En el caso de *LM and Others v Government of the Republic of Namibia*, un experto médico proporcionó un testimonio sobre, entre otras cosas, los riesgos, beneficios y alternativas de la esterilización como opción contraceptiva para las mujeres.³⁷² Su informe incluía los siguientes elementos relativos a la esterilización que, según su opinión, deberían formar parte del proceso del consentimiento informado:

- La esterilización mediante ligadura de trompas no es el mejor método de contracepción para una mujer soltera, que nunca ha tenido hijos o que aún desea tener más hijos.
- La esterilización mediante ligadura de trompas es cara cuando se intenta revertir.
- Las mujeres de 30 años o menos en el momento de la operación tienen más probabilidades que las mayores de 30 años de cambiar de opinión y desear una reversión, generalmente debido a un cambio en sus circunstancias en el hogar.
- Existe un gran número de métodos de contracepción aceptables que pueden llevarse a cabo sin ningún problema a la vez que se practica una cesárea, tales como los dispositivos intrauterinos.
- La esterilización podría llevarse a cabo cuando la mujer vuelve tras el parto para la revisión de las seis semanas, a través de una laparoscopia, siendo este un procedimiento que se realiza en el mismo día.

Además, el médico evaluó a cada demandante proporcionando al Tribunal un informe detallado sobre sus historiales médicos y el impacto de la esterilización.

En el caso sudafricano de *Isaacs v Pandie*, un psicólogo clínico declaró sobre el impacto que un procedimiento de esterilización forzada tuvo sobre la demandante en cuestión.³⁷³ Testificó sobre el importante sentido de pérdida que la demandante sentía como resultado del procedimiento de esterilización.

Del mismo modo, en el caso del TEDH de *VC v Slovakia*, el Tribunal analizó el informe

³⁷² *Id* en párrafo 31.

³⁷³ *Isaacs v Pandie supra* nota 340 en paras 19 – 22.

sobre los serios efectos secundarios, tanto médicos como psicológicos, de la esterilización forzada, incluyendo que la mujer había sido tratada por un psiquiatra durante varios años desde su esterilización.³⁷⁴

6.3 Justificaciones de las violaciones del derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva

Este apartado examina tres justificaciones comunes usadas para llevar a cabo intervenciones forzadas o bajo coerción de salud sexual y reproductiva:

- Se prestó el consentimiento para realizar la intervención.
- La necesidad de proteger al/a la paciente (actuando en el mejor interés para el/la paciente).
- La necesidad de proteger la salud de terceros (velando por el interés de la salud pública).

Consentimiento

El primer argumento alegado en numerosos casos de intervenciones médicas llevadas a cabo sin consentimiento voluntario informado es que el consentimiento fue prestado. En el caso de *LM and Others v Government of the Republic of Namibia*, el Tribunal Supremo consideró que la determinación de si el consentimiento informado existía o no era una cuestión fáctica y no jurídica.³⁷⁵ Esta diferencia fáctica requiere que el Tribunal examine la presencia o ausencia de varios elementos del consentimiento legal, incluyendo, entre otros:

- La capacidad de la persona para prestar el consentimiento.
- La naturaleza y el alcance de la información proporcionada (y/u omitida) al/a la paciente.
- La manera y las circunstancias en la que se proporciona la información, incluyendo la capacidad del/de la paciente para comprender la información y para dar su consentimiento en las circunstancias concretas así como la voluntariedad del consentimiento.

Capacidad para prestar el consentimiento

La capacidad de un individuo para dar el consentimiento informado es imprescindible para establecer un consentimiento válido en cada circunstancia. Cuando se alegue la justificación del consentimiento, es importante que el Tribunal establezca, en primer lugar, si el/la paciente en cuestión tenía capacidad para proporcionar su consentimiento.

En el caso sudafricano de *Christian Lawyers' Association v National Minister of Health and Others*, el Tribunal Supremo de Apelaciones examinó la capacidad de consentimiento en la interrupción de un embarazo. Se pidió al Tribunal que examinara la constitucionalidad

³⁷⁴ *Id* en párrafo 19.

³⁷⁵ *Id* en párrafo 28.

de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo que otorga a menores el derecho independiente de consentir en la interrupción del embarazo. La Christian Lawyers' Association -Asociación de Abogados Cristianos- alegó que una menor no es capaz de proporcionar un consentimiento informado dada su falta de capacidad para hacerlo.

El Tribunal sostuvo que “un consentimiento válido solo puede ser prestado por alguien con la capacidad intelectual y emocional que requiere tal conocimiento, apreciación y consentimiento.” Dado que el consentimiento es la manifestación “de una capacidad de voluntad para consentir y depende de la capacidad de formar una voluntariedad inteligente en base a una apreciación de la naturaleza y consecuencias del acto que se consiente.”³⁷⁶ En caso de que un médico no esté convencido de que una menor embarazada (o una adulta) posea la capacidad de prestar el consentimiento informado, él/ella no debería llevar a cabo una interrupción del embarazo dado que “él/ella estará llevándolo a cabo sin el consentimiento informado de su paciente, y su conducta no estará de acuerdo con la Ley [de Interrupción Voluntaria del Embarazo] y por ello será ilegal.”³⁷⁷

En *Re R.B. (un paciente con discapacidad mental)*,³⁷⁸ el Tribunal de Apelaciones de Inglaterra (División Civil) instruyó un caso en el que tenía que decidir sobre cuándo puede llevarse a cabo un procedimiento de esterilización en alguien que no puede proporcionar legalmente su consentimiento. El Tribunal declaró que la prueba para tal determinación se realizaría velando por el interés superior de la persona sujeta al procedimiento. Finalmente resolvió que no se aplicaba el principio de interés superior en el caso de un hombre de 28 años con síndrome de Down al someterlo a un procedimiento de esterilización a petición de su madre que estaba preocupada porque el hombre pudiera concebir un hijo del que no podría hacerse cargo. Al concluir que el procedimiento no iba en beneficio de esta persona, el Tribunal consideró que el mismo no le permitiría disfrutar de la vida más libremente dado que seguiría enfrentándose a una estrecha supervisión por parte de su madre o de terceros independientemente de que pudiera o no engendrar hijos. El Tribunal señaló que el estar esterilizado no lo protegería de los trastornos emocionales de una relación sexual. Si bien es cierto que la petición de esterilización en nombre de un hombre no es equivalente a la petición en el caso de una mujer, el Tribunal citó una serie de casos que confirmaban que el principio de interés superior era aplicable, pero siempre teniendo en cuenta los elementos de cada caso.³⁷⁹

Naturaleza y alcance de la información

El acceso, la comprensión y la amplia naturaleza de la información concerniente al procedimiento médico es un elemento primordial del consentimiento informado y los tribunales suelen dedicar un tiempo considerable para determinar en cada caso si se cumplen los estándares.

En *VC v Slovakia*, el TEDH investigó si una mujer gitana había sido esterilizada contra su voluntad. Al llegar a la conclusión de que había sido sometida a una esterilización forzada

³⁷⁶ *Christian Lawyers' Association v National Minister of Health and Others supra* nota 338, 37.

³⁷⁷ *Id.*, 38.

³⁷⁸ [2000] 1 F.L.R. 549 (Eng.) disponible en http://www.cirp.org/library/legal/Re_A2000/ (última consulta 26 agosto de 2013).

³⁷⁹ *Id.*, 9 – 10.

el Tribunal examinó, entre otras cosas, la información proporcionada a la mujer y concluyó que el personal médico le había comunicado que un futuro embarazo podría matarla, aunque no le habían informado de "la esterilización propuesta y/o de sus alternativas."³⁸⁰

En *LM and Others v Government of the Republic of Namibia*, el Tribunal Supremo de Namibia examinó varios tipos de pruebas presentadas ante el Tribunal, incluyendo informes especializados, declaraciones de testigos y los formularios de consentimiento informado, con la intención de determinar la naturaleza y alcance de la información y los consejos proporcionados a la mujer para obtener su supuesto consentimiento informado para ser esterilizada. En concreto, el Tribunal examinó la información dada a la mujer relativa a la esterilización y sus opciones alternativas así como las recomendaciones proporcionadas a la mujer. El Tribunal destacó la necesidad de asegurar de que los/as pacientes comprendan la información que se les ofrece, por lo que los acrónimos médicos deben ser eliminados del formulario de consentimiento.³⁸¹

El Tribunal sostuvo que "[...] uno de los factores que debería tenerse en cuenta para obtener un consentimiento informado es que el/la paciente sea consciente y capaz de evaluar las alternativas disponibles tras haberle informado debidamente de tales alternativas. En cuanto a esta cuestión, me parece que dado que la esterilización como uno de los métodos de contracepción se considera una opción, el/la paciente debe ser informado con antelación de las ventajas e inconvenientes de los métodos alternativos de contracepción."³⁸²

En el caso de *Isaacs v Pandie* del Tribunal Supremo de Sudáfrica, la demandante alegó que el acusado, el Dr. Pandie, la había esterilizado sin su consentimiento. Aunque el Dr. Pandie declaró que la demandante había consentido a la esterilización en una consulta anterior, no había ningún formulario de consentimiento para la esterilización de la paciente en los registros del hospital. El Tribunal dictaminó que el Dr. Pandie cometió una negligencia al no haber comprobado el formulario de consentimiento antes de comenzar el procedimiento de esterilización y que el procedimiento no se llevó a cabo según las directrices [Sudafricanas de los Profesionales de la Salud] que establecen claramente que el médico también debe comprobar el formulario de consentimiento de la paciente.³⁸³

Modo y circunstancias en las que se proporcionó la información

Los tribunales también examinan las circunstancias en las que se dio la información a la hora de determinar la forma en la se proporcionó la información y la capacidad de la paciente para comprenderla.

En *LM and Others v Government of the Republic of Namibia*, el Tribunal Supremo de Namibia consideró las circunstancias en las que se prestó el consentimiento informado, incluyendo: la forma apresurada en la que se llevó a cabo el proceso de consentimiento informado, el hecho de que en muchos casos a las mujeres se les hablara en un idioma diferente a su lengua materna, y el hecho de que estaban de parto. El Tribunal consideró los informes

³⁸⁰ *VC v Slovakia supra* nota 239 en para 112-113.

³⁸¹ *LM and Others v Government of the Republic of Namibia supra* nota 345 en para 68.

³⁸² *Id* en para 70.

³⁸³ *Isaacs v Pandie supra* nota 340 en para 87.

especializados en cuanto al dolor y a la "pérdida de realidad" que experimentan las mujeres durante el parto y cómo éste impacta en su capacidad para proporcionar un consentimiento informado.³⁸⁴ También señaló en el caso de una demandante en concreto que:

“El médico hablaba inglés. Una estudiante de enfermería ejercía de intérprete. El médico no le mencionó nada sobre la esterilización. La demandante testificó que antes de que pudieran llevarla al quirófano, llegó una enfermera a la sala de partos y le dijo que iba a ser esterilizada ya que las mujeres con VIH positivo deben someterse a ese procedimiento. Luego, la enfermera le trajo unos documentos para que los firmara. Ella no sabía si los documentos tenían relación con su consentimiento para llevar a cabo la operación o si eran para dar su consentimiento a la esterilización. Le proporcionaron los documentos cuando estaba en la camilla justo antes de pasar al quirófano. La enfermera no le explicó nada sobre el procedimiento al que iba a someterse. Es bien sabido que ella solo firmó un documento donde consintió en "c/s due to CPD and BTL -sección cesárea debido a una desproporción cefalopélvica y ligadura de trompas-". Ella no sabía lo que era ni una sección cesárea ni el resto de los acrónimos reflejados en el formulario de consentimiento. Testificó que la forma en la que la enfermera le proporcionó la información le sonó amenazante, y que era "algo obligatorio." Afirmó que sufría fuertes dolores y que el personal del hospital no le explicó ninguna alternativa al procedimiento. Ella no hizo ninguna pregunta a la enfermera dado que parecería que la enfermera la estuviera forzando. Más tarde descubrió que la habían esterilizado.”³⁸⁵

El Tribunal dictaminó además que “el conocimiento de la naturaleza y el alcance del daño y del riesgo sumados a una apreciación no es necesariamente lo mismo que un consentimiento.”³⁸⁶

Del mismo modo, en *VC v Slovakia*, el TEDH también examinó las circunstancias en las que una mujer prestó su consentimiento para ser esterilizada para ver si había sido o no un consentimiento informado. El Tribunal concluyó que VC fue presionada para que proporcionara un consentimiento inmediato, y lo hizo en unas circunstancias donde la voluntariedad para su consentimiento se vio comprometida por el hecho de que estaba de parto y temía por su salud y su vida. El Tribunal dictaminó que se le pidió que firmara un registro mecanografiado después de haber estado de parto y recostada durante varias horas. Además, se le indujo a firmar el documento después de que el personal médico le dijera que si tenía un hijo más, ella o el niño morirían.³⁸⁷ El Tribunal también dictaminó que el trazo de su firma no era firme y que su nombre de soltera había sido dividido en dos palabras.³⁸⁸ Por lo tanto, el Tribunal concluyó que la información, el momento y las circunstancias no fueron las adecuadas para que ella proporcionara un consentimiento informado para el procedimiento.

En *NB v Slovakia*, se pidió a la demandante que firmara un formulario de consentimiento mientras se encontraba bajo los efectos de una medicación sedante. Además, uno de

³⁸⁴ *LM and Others v Government of the Republic of Namibia supra* nota 345 en para 24.

³⁸⁵ *Id* en párrafo 33.

³⁸⁶ *Id* en párrafo 69.

³⁸⁷ *Isaacs v Pandie supra* nota 239 en párrafo 117.

³⁸⁸ *Id* en párrafo 14.

los médicos presentes le dijo que debería firmar el formulario dado que su vida estaba en peligro. El TEDH sostuvo que “al eliminar una de las capacidades importantes de la demandante y hacer que estuviera de acuerdo formalmente a someterse a un procedimiento médico tan serio mientras estaba de parto, cuando sus capacidades cognitivas se veían afectadas por la medicación, y más tarde se le indicara erróneamente que el procedimiento era indispensable para preservar su vida, violaron la integridad física de la demandante, además de ser extremadamente irrespetuosos con su dignidad humana.”³⁸⁹

Protección de los derechos del paciente

Otra justificación que podría alegarse en cuanto a las intervenciones forzadas o coaccionadas es que se realizan en interés del paciente y que protege los derechos de salud del mismo: por ejemplo, cuando se informa de que continuar con el embarazo o un embarazo posterior podría dañar la salud física y/o mental de la mujer; esta defensa suele usarse para justificar la esterilización de mujeres y niñas discapacitadas. El Comité para los Derechos del Niño ha identificado la esterilización forzada de niñas con discapacidad como una forma de violencia³⁹⁰ y explicó que el principio del “interés superior del niño” no puede usarse para justificar prácticas que entran en conflicto con la dignidad humana del niño/a y con el derecho a la integridad física.³⁹¹

El TEDH ha rechazado la justificación del derecho a la protección de un/a paciente en el caso de esterilización forzada o bajo coerción. En el caso de *VC v Slovakia*, el gobierno trató de justificar la esterilización forzada en base a que estaba encaminada a prevenir un posible deterioro, con peligro para su vida, de la salud de la mujer en el caso de un futuro embarazo. El Tribunal rechazó este argumento, alegando que:

“Según el Gobierno, la esterilización de la demandante estaba encaminada a prevenir un posible deterioro, con peligro para su vida, de la salud de la mujer. Tal amenaza no era inminente ya que podía materializarse solo en el caso de un futuro embarazo. Podría haberse prevenido mediante métodos alternativos y menos intrusivos. En aquellas circunstancias, el consentimiento informado de la demandante no podía darse por supuesto en base a una asunción por parte del personal del hospital de que ella actuaría de manera irresponsable en cuanto a su salud futura.”³⁹²

Aunque existe una jurisprudencia limitada que refleje esta justificación en la región, la misma justificación ha sido expuesta en casos relativos a las pruebas obligatorias de VIH, donde se argumentaba que dichas pruebas se realizaban con la intención de determinar el estado del VIH en una persona en interés superior del/de la paciente y que ayudaban a proteger sus intereses de salud. El enfoque del Tribunal en relación a las pruebas de VIH ayuda a obtener algunas indicaciones sobre cómo los tribunales podrían tratar el asunto.

En el caso de las pruebas de VIH con la intención de proteger los derechos del/de la paciente, los tribunales aún no han aceptado esta justificación dada la capacidad del/de la

³⁸⁹ *NB v Slovakia supra* nota 240 en párrafo 77.

³⁹⁰ Comité para los Derechos del Niño: Observación general n°13 sobre el derecho del niño/a a no ser objeto de ninguna forma de violencia UN Doc CRC/C/GC/13 (2011) en para 23(a) *disponible en* http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_en.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

³⁹¹ *Id* en para 61.

³⁹² *VC v Slovakia supra* nota 239 en para 113.

paciente a tomar esa decisión por sí misma. En Zambia, el Tribunal Supremo discrepó con un médico que decidió que dos demandantes en *Kingaipe and Another v Attorney General*³⁹³ debían hacerse la prueba de VIH y acordó realizar las pruebas sin su consentimiento informado. El Tribunal Supremo dictaminó que el derecho del/de la paciente a rechazar la prueba de VIH, incluso si la prueba es en interés superior, debe ser respetado.³⁹⁴ El Tribunal de Zambia citó a la Cámara de los Lores del Reino Unido en *Airedale NHS Trust v Bland*, donde se sostuvo que:

“Si el/la paciente es capaz de tomar una decisión en cuanto a si accede o no al tratamiento y decide no hacerlo, es su elección y ha de respetarse, incluso si objetivamente es contrario al interés superior. Un médico no tiene derecho a continuar un procedimiento frente a una objeción, incluso si las consecuencias adversas que esa decisión conllevaría y que incluso podrían provocar su muerte, son obvias para todo el mundo, incluido el/la paciente.”³⁹⁵

El Tribunal concluyó que los demandantes estaban en condiciones de tomar sus propias decisiones en cuanto a la prueba de VIH y como resultado, la pregunta sobre lo que podría decirse que era en su interés superior era legalmente irrelevante.³⁹⁶

Para un análisis más profundo sobre más casos comparados sobre las pruebas de VIH, véase *Protecting Rights: litigating Cases of HIV Testing and Confidentiality of Status*.³⁹⁷

Protección de los derechos de terceros

Una justificación final proporcionada para la violación de la autodeterminación sexual y reproductiva del individuo es que esta vulneración se realice necesariamente con la intención de proteger los derechos de salud de terceros. Por ejemplo, que la intervención se realice para proteger al nonato (en el caso de prevenir la transmisión al niño) o por el bien de la salud pública en su conjunto (por ejemplo con el propósito de una correcta planificación familiar o de la prevención del VIH). Este argumento puede exponerse como justificación para denegar a las MVVIH o a las mujeres con discapacidad el derecho a tener hijos a través del aborto o la esterilización forzada. Se han tomado dos argumentos principales en casos relativos a mujeres con discapacidad: el primero establece que éstas tienen más probabilidad de tener hijos con defectos genéticos; el segundo apunta a que no serían capaces de cuidar a sus hijos y por lo tanto usarían de modo injusto los recursos del Estado y la comunidad. Un argumento relacionado es la carga añadida que la gestión menstrual y contraceptiva supone para las familias y cuidadores.³⁹⁸

El argumento de que las personas con discapacidad pudieran engendrar hijos con defectos genéticos fue rechazada por el Tribunal Canadiense de Queen’s Bench of Alberta en

³⁹³ (2010) 2009/HL/86 disponible en https://www.rocketsite.co.za/old_uploads/ZAF%20High%20Court%20judgment.pdf (última consulta 26 agosto de 2013).

³⁹⁴ *Id.*, J43.

³⁹⁵ *Id.*

³⁹⁶ *Id.*

³⁹⁷ “Protecting Rights: litigating Cases of HIV Testing and Confidentiality of Status” *supra* nota 24.

³⁹⁸ “The Sterilisation of Girls and Young Women in Australia: Issues and Progress” Brady et al disponible en <http://www.wvda.org.au/brady2.htm> (última consulta 26 agosto de 2013).

Muir v Alberta.³⁹⁹ Es ese caso, una mujer calificada como deficiente mental fue sometida a varios procedimientos médicos sin su consentimiento informado cuando siendo niña la matricularon en una escuela especial para niños con discapacidad mental. Una de las pruebas incluía un procedimiento de esterilización realizado en base a que Muir podría transmitir un defecto genético a sus hijos. Más tarde, siendo adulta, Muir interpuso una demanda en la que el Estado acordó pagarle los daños y perjuicios debidos a la esterilización indebida.

Aunque existe una limitada jurisprudencia sobre estas justificaciones, las consideraciones importantes para los tribunales a la hora de determinar si existe una limitación justificable de los derechos de la mujer pueden incluir, entre otros:

- Un examen de la naturaleza y alcance de los derechos clave, incluidos los derechos de la mujer a la autodeterminación reproductiva, que garantizan a la mujer el derecho a decidir por sí misma si quiere o no tener hijos y el derecho a la igualdad y a la no discriminación, entre otros.
- Un examen del impacto de la esterilización o el aborto forzados o coaccionados en una mujer.
- Un análisis de si el aborto o la esterilización forzados ayudó realmente a proteger los derechos de terceros.
- La consideración de otros métodos menos restrictivos que permitan alcanzar los mismos objetivos de protección de los derechos de terceros.

6.4 Justificaciones para la discriminación en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva

La vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación en la salud sexual y reproductiva se justifica frecuentemente en base a que no son actos de discriminación en ese caso concreto o que son actos justificables de discriminación por razones tales como las mencionadas anteriormente (esto es, la discriminación es necesaria en aras de proteger los derechos de las propias mujeres, o los derechos de terceros).

Puede ser un reto probar que prácticas tales como abortos y esterilizaciones forzados o coaccionados de un grupo concreto de mujeres discriminan a una población específica, cuando son prácticas no escritas frente a leyes y políticas escritas. En ausencia de evidencias por escrito o declaraciones de testigos, puede que el/la abogado/a necesite presentar pruebas para mostrar un patrón de discriminación contra una población específica en el acceso a los servicios de cuidados sanitarios sexuales y reproductivos.

Por desgracia, el Tribunal Supremo de Namibia en *LM and Others v Government of the Republic of Namibia* y el TEDH en tres casos de esterilización forzada no han resuelto que la conducta en cuestión constituía una violación del derecho a la no discriminación.⁴⁰⁰ En todos los casos, se argumentó que la violación ocurrió sobre la base de un motivo prohibido de

³⁹⁹ (1996) 179 A.R. 321 (Can. Alta. Q.B.) disponible en <http://canlii.org/eliisa/highlight.do?language=en&searchTitle=Search+all+CanLII+Databases&path=/en/ab/abqb/doc/1996/1996canlii7287/1996canlii7287.html> (última consulta 26 agosto de 2013).

⁴⁰⁰ *LM and Others v Government of the Republic of Namibia* supra nota 353 at para 82.

no discriminación. En Namibia, las demandantes argumentaron que fueron esterilizadas sin su consentimiento porque eran seropositivas; en *VC v Slovakia*, ante el TEDH, la demandante declaró que fue esterilizada de manera forzada por ser gitana.

En *LM and Others v Government of the Republic of Namibia*, las demandantes fueron incapaces de corroborar sus testimonios relativos a las razones que los profesionales sanitarios les proporcionaron para su esterilización en base a su Estado de VIH. De igual modo, en *VC v Slovakia*, el TEDH sostuvo que era imposible concluir, a la vista de las pruebas presentadas, que la esterilización forzada reflejara un patrón de discriminación en contra de las mujeres gitanas. El Tribunal rechazó los argumentos del Gobierno relativos a la necesidad de proteger los intereses de salud de la demandante como resultado de su presunto incumplimiento de someterse a revisiones regulares y a su dejadez en cuanto a su salud durante el embarazo, pero fracasó en cuanto a calificar los argumentos como discriminatorios.⁴⁰¹

6.5 Conclusión

Tribunales de todo el mundo han investigado las justificaciones de la violación de los derechos de la salud sexual y reproductiva de las mujeres. En muchos casos, han rechazado esas justificaciones basándose en informes especializados científicos, médicos y otros. Por lo tanto, es imprescindible para los abogados asegurarse de que aportan información al Tribunal mediante informes especializados relevantes y de que presentan varios tipos de informes sobre la presencia o ausencia de los elementos del consentimiento. Puede resultar útil para los/as abogados/as usar decisiones de otros tribunales que hayan investigado previamente la justificación específica en cuestión para apoyar su alegación.

⁴⁰¹ *VC v Slovakia supra* nota 247 en el párrafo 113.



Información útil online

Normas internacionales sobre Derechos Humanos

- ▶ Tratados internacionales de la ONU sobre Derechos Humanos y sus órganos de supervisión <http://www.ohchr.org>
- ▶ Base de datos de las decisiones de los órganos internacionales de supervisión de los tratados: índice de los Derechos Humanos Universales <http://www.universalhumanrightsindex.org>

Legislación regional africana sobre Derechos Humanos

- ▶ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (incluye textos de los principales tratados africanos sobre Derechos Humanos) <http://www.achpr.org>
- ▶ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos <http://www.african-court.org/en/>
- ▶ Jurisprudencia africana sobre los Derechos Humanos y base de datos de documentos <http://www.chr.up.ac.za>
- ▶ Unión Africana <http://www.au.int/en/>

Documentos de la SADC

- ▶ Documentos regionales de la SADC <http://www.sadc.int>

Jurisprudencia comparada

- ▶ Decisiones de tribunales de toda África: Instituto Africano de Información Legal <http://www.africanlii.org>
- ▶ Decisiones de los tribunales de los países de África del sur: Instituto de Información Legal de África del sur <http://www.saflii.org>
- ▶ Decisiones de los tribunales de todo el mundo: Instituto Mundial de Información Legal <http://www.worldlii.org>



**SOUTHERN AFRICA
LITIGATION CENTRE**

Second Floor
President Place, 1 Hood Avenue, Rosebank,
Johannesburg, South Africa, 2196

T: +27 (0) 11 587 5065

F: +27 (0) 11 587 5099

www.southernafricalitigationcentre.org