

2. Los derechos reproductivos de las mujeres en América Latina y la jurisdicción constitucional

El sistema internacional de los derechos humanos reconoce como una de las necesidades más apremiantes respecto de los derechos fundamentales de las mujeres en América Latina el respeto a sus derechos reproductivos.⁹ La falta de garantía de ellos genera que en la región diariamente mueran, sufran daños en su salud física o mental y en su dignidad miles de ellas. Desde hace varias décadas la conciencia respecto de esta problemática se ha incrementado, lo que origina la búsqueda constante y compartida de dar respuestas y soluciones a tan lacerantes situaciones, que frecuentemente son provocadas no sólo por causas naturales, carencias económicas o condiciones ambientales, sino por distintas expectativas, intereses y convenciones sociales, que impiden su ejercicio efectivo.

⁹ De acuerdo con el Grupo de Información en Reproducción Elegida, se definen de la siguiente forma: "Los derechos reproductivos se desprenden de los derechos humanos más básicos y abarcan principalmente el derecho a la autodeterminación reproductiva y el derecho a la atención de la salud reproductiva". De conformidad con el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, párrafo en su numeral 7.3, "Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a [decidir] libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia...", en *www.gire.org.mx*.

10 / Alberto Abad Suárez Ávila

Como ya se advirtió, tanto en el nivel regional como en el nacional, el contexto democratizador que vive la región desde los años noventa ha permitido el crecimiento de la importancia del tema en los debates públicos. Diversas características del contexto contemporáneo se combinan para que la jurisdicción constitucional tenga una participación relevante en la interpretación de temas relacionados con los derechos reproductivos de las mujeres. Dentro de ellas se destacan tres: *a)* el derecho internacional como fuente de la jurisdicción ha ganado aceptación en el nivel nacional, por lo que los documentos internacionales de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, así como de política pública, influyen en la forma en la que los jueces deciden los casos que enfrentan; *b)* la sociedad civil organizada en defensa de los derechos de las mujeres ha encontrado diferentes formas de participar en la judicialización de los derechos reproductivos de las mujeres, directa o reactivamente, y *c)* la jurisdicción constitucional nacional ha ganado autonomía institucional frente a los demás órganos de gobierno, por lo que sus decisiones influyen directamente en la definición de los derechos fundamentales. Con la finalidad de exponer claramente el contexto al que se hace referencia en sus tres características, a continuación se desarrollan los contenidos de los mismos.

Una característica contemporánea en la región latinoamericana es la adopción dentro del bloque de constitucionalidad; es decir, de lo que se considera constitucional, del derecho internacional de los derechos humanos. Esto corresponde a un conjunto de instrumentos legales elaborados en el seno de los organismos internacionales que los diversos países han suscrito y adoptado como propios. Mediante diversas regulaciones en sus Constituciones, muchos de los países de la región han establecido disposiciones por las cuales adoptan la legislación internacional de los derechos humanos.¹⁰ De

¹⁰ Por ejemplo, el artículo 93 de la Constitución colombiana señala: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 11

esta forma, el desarrollo que el tema de los derechos fundamentales ha tenido en el contexto internacional consigue impactar en el nivel nacional, generando un contexto de aceptación en el nivel nacional de los diversos documentos que son incorporados a la discusión constitucional sin ser considerados extravagancias del cosmopolitismo constitucional, sino vistos como esfuerzos de cooperación internacional en la construcción de respuestas y proyectos para los importantes pendientes en la materia que tiene la región.

Así entonces, la protección de los derechos fundamentales en gran parte de la región se nutre de la legislación internacional en materia de los derechos fundamentales. Ahora bien, tan importante como la aceptación de los instrumentos de derecho internacional lo es la interpretación que de los mismos se realiza y la elección de utilizarlos o no que hacen los jueces. Es posible hablar de una utilización selectiva, más que obligatoria, de los instrumentos internacionales en gran parte de la región. Como se observará más adelante, esta situación ha provocado en el pasado reciente, que muchas decisiones de los órganos con jurisdicción constitucional latinoamericanos interpreten la protección en el nivel internacional de derechos, como el derecho a la vida, pero tengan mayor dificultad en interpretar otro tipo de derechos.

Existe una importante diversidad de instrumentos internacionales y regionales de defensa de los derechos fundamentales de las mujeres, y en específico de los derechos reproductivos. Respecto de la protección de los derechos fundamentales de las mujeres específicamente, resultan relevantes el Pacto Internacional de Derechos Civiles; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos,

Colombia". O el párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución mexicana, que dice: "Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece".

12 / Alberto Abad Suárez Ávila

así como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida también como Convención de Belém do Pará.¹¹

A nivel de política pública, varios eventos realizados a mediados de la década de los noventa a nivel global representan importantes guías de acción para la región. Los esfuerzos globales por construir instrumentos útiles de derecho y de política pública que permitan mejorar las condiciones de salud reproductiva y el ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres en esta materia posicionan a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en junio de 1993; a la Conferencia Mundial sobre la Población y el Desarrollo de 1994 en El Cairo, Egipto, y a la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing, China, en 1995, como eventos indispensables en la discusión de los derechos reproductivos de las mujeres que impactan en la región latinoamericana a la fecha.¹²

¹¹ Cabal, Luisa *et al.*, *Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*, Temis, 2001.

¹² Al respecto resulta sumamente interesante la siguiente referencia: "En 1968 en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán (Conferencia de Teherán), se reconoció la importancia de los derechos humanos de las mujeres y se acordó tomar medidas para promover los derechos de las mujeres. En esta conferencia también se reconoce por primera vez el derecho humano fundamental de los padres 'a determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos'. Cuatro años después de la Conferencia de Teherán, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció el año 1975 como el Año Internacional de la Mujer. La Asamblea también convocó una conferencia mundial en la ciudad de México dedicada a mejorar la condición de la mujer y estableció la década de 1976-1985 como Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas. Otras dos conferencias mundiales fueron convocadas durante el Decenio de la Mujer: la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas para la Mujer en Copenhague en 1980 y la Conferencia para comprobar y evaluar los resultados del Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas: Igualdad, Desarrollo y Paz, en Nairobi en 1985. Mas recientemente, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos organizada en Viena en junio de 1993, marcó un hito fundamental al declarar que los derechos humanos de la mujer son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos y, por tanto, su participación en condiciones de igualdad en las sociedades y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo y todas las formas de violencia contra la mujer deben ser promocionadas. En 1994 se realizó la Conferencia Mundial sobre

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 13

La promoción de los derechos fundamentales tiene como motor principal la participación activa de la sociedad de forma organizada. En particular, esto es necesario en los procedimientos de toma de decisión ante los sujetos públicos. Con relación al trabajo ante los tribunales, aun cuando en muchos de sus procedimientos la legitimación activa está limitada para los sujetos públicos únicamente, las discusiones en el nivel constitucional dependen de la información que la sociedad civil organizada puede presentar a los jueces constitucionales y la presión que la opinión pública ejerce para generar la legitimidad de los argumentos a favor de los

Población y Desarrollo en El Cairo ('Conferencia de El Cairo'). El Programa de Acción de esta conferencia internacional (Programa de Acción de El Cairo) es el documento que puso más énfasis en los derechos humanos de la mujer que ningún otro documento anterior sobre los temas de población y desarrollo. El Programa de Acción de El Cairo reconoce que los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamentales de todas las personas 'a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo...'. El Programa de Acción establece además que 'la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia'. Hombres, mujeres y adolescentes tienen el derecho de 'obtener información y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables' de su elección para la regulación de la fecundidad, así como 'el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos'. En este mismo contexto, el Programa establece la prioridad que los Estados deben dar a la protección de derechos que están estrechamente ligados al efectivo ejercicio de los derechos reproductivos, como el derecho a la integridad, a estar libre de violencia, a la educación, a la igualdad y a la no discriminación. La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer convocada en Beijing (Conferencia de Beijing) en 1995 tuvo por resultado la aprobación de la Declaración de Beijing y de la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Plataforma de Beijing), que confirman los derechos reproductivos establecidos en el Programa de Acción de El Cairo. Estos documentos son básicos para reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad. De manera específica, los documentos de Beijing resaltan la importancia de asegurar la protección de los derechos de la mujer estrechamente ligados a los derechos reproductivos, incluidos los derechos sexuales, el derecho a la salud, especialmente en la esfera de la salud sexual y reproductiva, el derecho a la integridad, a estar libre de violencia, a la igualdad y la no discriminación, al matrimonio, a la educación y a estar libre de explotación sexual". *Ibidem*, pp. 18-21.

14 / Alberto Abad Suárez Ávila

derechos fundamentales.¹³ En esta dinámica participan una diversidad de actores sociales que defienden intereses diversos, a veces cercanos a la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, pero también otros grupos interesados de la ampliación en la cobertura y garantía del derecho a la vida, lo que en muchas ocasiones ha enfrentado a la sociedad civil cuando estos derechos colisionan entre sí.

Diversas publicaciones dan cuenta de la interdependencia entre la existencia de una jurisdicción constitucional activa en los derechos fundamentales y el crecimiento de una sociedad civil organizada con capacidad de litigio constitucional y con recursos humanos y financieros para hacer frente a este tipo de procedimientos.¹⁴ Al ser la sociedad civil la más interesada en la protección de los derechos fundamentales, su participación dentro de los procesos jurisdiccionales se hace relevante, ya que la presencia de ciertos temas depende prácticamente de la posibilidad que tiene la sociedad civil organizada de judicializar sus fines.

La construcción de un discurso feminista y de equidad de género en diversos lugares de la región desde hace varias décadas, así como diversos logros en cuestiones legislativas que se han obtenido en la región, han hecho del tema de los derechos de las mujeres una constante en la discusión de los temas de política pública, que involucran derechos de las mujeres. En particular, los relacionados con cuestiones reproductivas son temas que permanecen en la agenda pública de diversos países del continente y sobre los cuales la sociedad civil organizada participa constantemente. Al expandirse el espacio de discusión de la agenda pública hacia las jurisdicciones constitucionales, es posible observar cómo estos temas han sido exitosos en participar también de ese espacio de discusión.

¹³ Epp, Charles R., *The Rights Revolution*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.

¹⁴ Mc Mann, Michael, *Law and Social Movements: International Library of Law and Society*, vol 15, Dartmouth/Ashgate series, 2006; también Rodríguez Garavito, César et al., *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 15

Una característica importante de la jurisdicción constitucional que posibilita la intervención activa de los grupos de la sociedad civil organizada en las discusiones de los derechos fundamentales es la necesidad de los tribunales por crear decisiones legítimas. Para ello precisan que el espacio de discusión de los grandes temas de derechos de la mujer sea un espacio de participación y deliberación en donde se dé acceso a diversas voces con información relevante y representativas de la sociedad. Por lo tanto, los procesos jurisdiccionales tienen una tendencia a ampliar el espacio de discusión para incluir a la sociedad civil organizada, y con ello legitimar sus decisiones, lo cual, ciertamente, no significa que en automático decidan a favor de los argumentos de éstas, pero sí que al incluirlas amplían las voces participantes de los procesos, y con ello legitiman su participación.

La región latinoamericana participa activamente desde hace veinte años de lo que se llama la expansión global de la judicialización de la política, una característica del movimiento democratizador en el mundo. En términos prácticos, la judicialización de la política describe la tendencia a que los países del mundo integren en sus diseños institucionales una amplia jurisdicción constitucional, a través de la creación de tribunales constitucionales, salas constitucionales en sus cortes supremas o nuevas facultades para sus cortes supremas, con la finalidad de que los grandes temas constitucionales de la nación se discutan ante estos organismos, que quedan designados como los máximos intérpretes de las Constituciones nacionales y lo que se ha llamado en algunas regiones el bloque de constitucionalidad. Este incremento de actividad en los años recientes ha permitido una importante diversificación de los casos que son resueltos en estas instancias.¹⁵

¹⁵ Respecto a la expansión global del Poder Judicial, se puede consultar una amplia literatura, que incluye entre otros títulos los siguientes: Tate, Neal y Torbjorn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York, New York University Press, 1995; Ginsburg, Tom, *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; Shapiro, Martin, *Courts, a Comparative and Political Analysis*, Chicago, The University of Chicago Press, 1981.

16 / Alberto Abad Suárez Ávila

Muchos de estos rediseños institucionales nacionales se han acompañado a su vez de la redacción de nuevas Constituciones o de la ampliación de éstas en su parte sustantiva. El rediseño ha seguido una tendencia general de incluir una mayor y más específica diversidad de derechos fundamentales, los cuales, al ser presentados en forma abstracta y amplia, quedan listos para ser interpretados por los órganos con jurisdicción constitucional. La idea de otorgar a los tribunales la interpretación de los derechos fundamentales nace de una visión de la democracia representativa, que parte de dos principios. El primero es que los tribunales constitucionales funcionan como contrapeso de los excesos que pueden cometer las mayorías, en la aprobación de leyes, en contra de los derechos de los grupos minoritarios o subrepresentados; el segundo es que los tribunales constitucionales se encuentran a cargo de la protección del principio de supremacía constitucional; es decir, de vigilar que ninguna ley, autoridad ni persona se encuentre por encima de la Constitución, como forma de garantizar la convivencia pacífica dentro del gran acuerdo nacional de los países.¹⁶

En este sentido, la reforma constitucional en América Latina de las últimas décadas para promover un mayor (y mejor) constitucionalismo ha sido aspiracional, buscando que la intervención de los jueces constitucionales permita mejores condiciones en la vida de nuestras sociedades, con la finalidad de reducir importantes problemas, como la pobreza, la discriminación y la des-

En el ámbito latinoamericano puede revisarse Navia, Patricio y Ríos Figueroa, Julio, "The Constitutional Adjudication Mosaic in Latin America", *Comparative Political Studies*, vol. 38, núm. 2, March 2005, pp. 189-217.

¹⁶ Esta visión de la democracia representativa se encuentra presente en el mismo origen de la revisión judicial en autores clásicos como Alexander Hamilton en *El Federalista*, e incluso las opiniones del juez Marshall en la misma sentencia del caso *Marbury v. Madison* (5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Posteriormente, un sentido similar lo hallamos en Kelsen, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution", *Revue du Droit Public*, vol. 45, núm. 197, 1928 (existe traducción al español Kelsen, Hans, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán). Una crítica al modelo democrático se encuentra en Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 17

igualdad, que aquejan a la región, así como incorporar visiones alternativas a las posiciones hegemónicas que han dominado el ejercicio autoritario del poder en el continente, a través de paradigmas democráticos.¹⁷

No sobra advertir que frente a esta noción general de impulso de la jurisdicción constitucional latinoamericana, diversos sectores de la academia y de la sociedad en general son escépticos de la posibilidad de que los mismos jueces constitucionales participen de las posiciones hegemónicas del ejercicio autoritario del poder, frente al temor de que con su actividad frenen el avance que puede obtenerse con tomas de decisiones más justas por los poderes Legislativo y Ejecutivo, en los niveles locales y nacionales. Se ha denunciado la opción que tienen los jueces de actuar en contra de las tomas de decisión progresistas, bloqueando y suspendiendo los efectos de decisiones que podrían traer a las naciones latinoamericanas, herramientas para construir una vida más justa.¹⁸

Sin hacer un juicio previo respecto al éxito o fracaso que ha tenido la jurisdicción constitucional en América Latina para cumplir con sus aspiraciones, y para lo cual existe una interesante literatura en desarrollo, es posible afirmar que hasta el momento ha resultado exitosa la permanencia de la jurisdicción constitucional dentro del diseño institucional nacional en la región. En general, los nuevos organismos creados en el contexto de la expansión global permanecen ejerciendo sus facultades a lo largo del continente, y, también en general, aunque con diversas excepciones, han ganado autonomía dentro de los contextos políticos en los que participan, por lo que han ido consiguiendo que poco a poco una mayor di-

¹⁷ Es en ese sentido en que se expresa la reforma en Latinoamérica. Se puede consultar Pásara, Luis (ed.), *En busca de una justicia distinta. La reforma judicial en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

¹⁸ En particular, autores como Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Nueva York, Princeton University Press, 1999, y Hirschl, Jan, *Towards Juristocracy: the Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, se expresan abiertamente en contra de la labor de los tribunales constitucionales por su carácter elitista.

18 / Alberto Abad Suárez Ávila

versidad de casos y de derechos constitucionales se discutan en sus salas.¹⁹

Los casos más exitosos de la ganancia de una autonomía temprana por los tribunales constitucionales en la región corresponden al Tribunal Constitucional colombiano y a la Sala Constitucional costarricense. Ambos organismos jurisdiccionales consiguieron, gracias al acuerdo nacional de donde se originaron, una fuerte y relevante participación desde su creación. Otros órganos constitucionales, como la Suprema Corte mexicana, el Tribunal Federal brasileño y el Tribunal Constitucional chileno, han seguido un desarrollo más lento con una tendencia incremental apenas perceptible en la generación de autonomía institucional dentro del sistema político, y viviendo en una lucha intensa, interna y externa, por distanciarse de las figuras presidenciales que históricamente han ejercido el poder de forma autoritaria en nuestras realidades. Y finalmente otro importante grupo de órganos constitucionales ha tenido una vida más irregular con momentos de una tendencia incremental en la generación de autonomía institucional en el sistema político, pero con otros momentos de una violenta reacción por parte de los poderes Ejecutivo o Legislativo nacionales, que los han sometido a la construcción de proyectos gubernamentales más centralizados y con menor apertura a la participación de la jurisdicción constitucional, como lo ha sido el Tribunal peruano en la época de Fujimori y la Corte Suprema argentina en la época de Carlos Menem, y más recientemente el Tribunal Constitucional boliviano bajo el gobierno de Evo Morales y el Tribunal venezolano en el mandato de Hugo Chávez.

Pese a lo anterior, y aun cuando la autonomía institucional se presenta como una cualidad en construcción en la realidad latinoamericana, es posible afirmar que hasta el momento en diferentes

¹⁹ Al respecto se pueden consultar diversas obras, como Gloppen, Siri *et al.*, *Courts and power in Latin America and Africa*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2010; también Gargarella, Roberto *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2006.

Laicidad y derechos reproductivos de las mujeres / 19

lugares de la región los órganos jurisdiccionales constitucionales se encuentren tomando decisiones relevantes respecto de la interpretación constitucional de los derechos fundamentales.²⁰

²⁰ De reciente aparición contiene un importante análisis de la jurisdicción constitucional en América Latina. Ríos, Julio y Helmke, Gretchen, *Courts in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011.