

El derecho a la vida: Más allá del papel.

I. Antecedentes

Women's Link como una organización internacional de derechos humanos que promueve el cambio social en favor de las Mujeres y las niñas a través de la incidencia legal, y en atención a la convocatoria del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se permite presentar al Honorable Comité algunos elementos para la discusión sobre el Art 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, relativo al Derecho a la vida, en el marco del 114avo periodo de sesiones del Comité de Derechos Humanos.

Women's Link Worldwide tiene amplia experiencia en Derechos Humanos con enfoque de género en diferentes países del mundo, participando como expertas ante diferentes organismos judiciales y multilaterales.

Introducción

Dado que nuestro énfasis como organización Internacional son los Derechos Humanos de las mujeres, y derechos sexuales y reproductivos como parte integral de los mismos, centraremos el presente escrito en el derecho a la vida desde la concepción, como mecanismo para proteger la vida de las mujeres gestantes.

Usando los argumentos esgrimidos por distintos instrumentos internacionales, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostendremos que el Derecho a la vida se refuerza en mujeres gestantes y genera obligaciones ampliadas de los Estados.

En el entendido que el Derecho a la vida más allá de la mera existencia biológica y requiere para su concreción de un conjunto de condiciones materiales y legales que doten de dignidad al sujeto/a de derechos, consideramos que debe ser interpretado desde un enfoque diferencial, entendiendo que este no es absoluto y adquiere diferentes matices dependiendo del contexto a analizar.

Precisamente por ello, ponemos de presente ante el Comité la necesidad hacer consideraciones particulares respecto del derecho a la vida de las mujeres gestantes, teniendo en cuenta sus necesidades especiales en material de acceso a salud y otros servicios públicos.

II. Metodología

Para la elaboración de este documento se revisaron:

1. Las sentencias y comunicaciones de los organismos internacionales y regionales de derechos humanos: concretamente de la Corte Interamericana (en adelante CorteIDH, y de los Comités de monitoreo de los tratados, que se refieren o se relacionan con el tema de maternidad segura.
2. Los informes de solución amistosa de la CIDH en casos llevados ante el Sistema Interamericano.
3. Las observaciones generales de los Comités de monitoreo sobre el tema o relacionadas con el mismo.
4. Los informes del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la salud (en adelante el Relator del derecho a la salud)

5. Los informes “Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos” de 2006 y “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos” de 2011, de la CIDH.
6. Jurisprudencia de la India sobre mortalidad materna.
7. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (en adelante Corte Constitucional) sobre el tema en relación con los derechos al trabajo, a la salud, a la educación, y en relación con mujeres pertenecientes a grupos tradicionalmente discriminados.
8. Jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia (en adelante el Consejo de Estado) sobre reparaciones en casos de mortalidad materna, responsabilidad por mala praxis médica en casos de pérdida del no nacido en el útero, muerte del recién nacido, y nacimientos con defectos. Así mismo, la jurisprudencia existente sobre el deber de especial protección de la mujer embarazada

III. Estándares desde el punto de vista internacional y comparado

Desde Women's Link Worldwide consideramos que el Derecho a la vida está íntimamente ligado a la dignidad humana y al acceso a servicios básicos para tener un Proyecto vital en condiciones satisfactorias que garanticen la vida más allá de la mera subsistencia. Traemos a colación algunos argumentos de derecho internacional de los Derechos Humanos y de Derecho comparado, en relación con el derecho a la vida de mujeres gestantes.

A continuación señalamos los estándares mínimos contemplados en el Derecho Internacional para la garantía de derecho a la vida de las mujeres gestantes, desde lo establecido por distintos instrumentos internacionales.

3.1 Asignar recursos humanos, materiales y económicos para eliminar las barreras de acceso a los servicios de salud para las mujeres.

En el informe “Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos” la CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos) establece que para la reducción de la morbilidad y mortalidad materna es necesario que los Estados cumplan con su obligación de identificación y asignación de recursos humanos y materiales para trabajar hacia la eliminación de las barreras en el acceso a los servicios.

Los Estados Partes deberían asignar suficientes recursos presupuestarios, humanos y administrativos para garantizar que se destine a la salud de la mujer una parte del presupuesto total de salud comparable con la de la salud del hombre, teniendo en cuenta sus diferentes necesidades en materia de salud¹.

3.2 Priorizar los esfuerzos y recursos dirigidos a mujeres de poblaciones tradicionalmente discriminadas o en condiciones de mayor vulnerabilidad: indígenas, afros, adolescentes, en situación de pobreza, de zonas rurales, por situación de salud, discapacitadas, refugiadas y desplazadas.

¹ Comité CEDAW, Recomendación General Nº 24 (20º período de sesiones, 1999), Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud, párr. 20. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

women's worldwide

El derecho al disfrute del derecho al más alto nivel posible de salud física y mental sin discriminación comprende el que los Estados prioricen sus recursos y esfuerzos para abordar las necesidades particulares de los grupos de mujeres que están en mayor riesgo de sufrir daños a su integridad².

Debe haber una priorización de esfuerzos y recursos para garantizar el acceso a servicios de salud materna a las mujeres que pueden encontrarse en mayor situación de riesgo por haber sido sujeto de varias formas de discriminación como las mujeres indígenas, afro descendientes y adolescentes, las mujeres en situación de pobreza y las que habitan en zonas rurales.

“Los Estados deben distribuir los fondos y recursos de salud de manera que aseguren la disponibilidad de centros, bienes y servicios de salud de calidad para las poblaciones rurales y remotas, así como el fácil acceso a ellos por dichas poblaciones.”³

En el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay⁴ la Corte IDH, al referirse a la muerte de una mujer indígena embarazada, encontró que la mortalidad y morbilidad maternas se generaban en un contexto de extrema pobreza y de ausencia de una atención médica adecuada para las mujeres embarazadas o las mujeres que recientemente habían dado a luz⁵. La Corte que determinó que el Estado “violó el derecho contemplado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las personas que se mencionan en el presente párrafo [entre ellas la mujer indígena embarazada], por cuanto no adoptó las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida.”⁶

Igualmente en el caso Laxmi Mandal v Deen Harinagar Hospital and Ors⁷, la Alta Corte de Delhi sostuvo que no podían permitirse situaciones en que mujeres embarazadas fueran devueltas de los servicios de salud gubernamentales únicamente con el fundamento de no poder establecerse que la mujer en particular cumplía los criterios de elegibilidad establecidos en planes de salud materna. En situaciones de salud pública, dijo la Corte, a ninguna mujer, todavía más a una embarazada, debería negársele atención médica o acceso a sus instalaciones, con independencia de su nivel social o económico⁸.

3.3 Establecer medidas para reducir las muertes prevenibles derivadas del parto o el embarazo, es decir, reducir la mortalidad materna.

² CIDH, Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos , p.25 párr 87.

³ Relatoría Naciones Unidas para el derecho a la salud, El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental., Doc. de la ONU A/67/302 (2012), párr. 13, 51. Disponible en: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

⁴ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas).

⁵ Ibídem, párr. 233

⁶ Ibídem, párr. 234

⁷ High Court of Delhi at New Delhi, *Laxmi Mandal v Deen Dayal Harinagar Hospital and Ors* (W.P.(C) 8853/2008), Disponible en: <http://lobis.nic.in/dhc/SMD/judgement/04-06-2010/SMD04062010CW88532008.pdf>

⁸ Ibídem, párr. 48

Es deber del Estado, establecer medidas para reducir las muertes prevenibles por causa de embarazo o parto⁹, mediante servicios accesibles de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal de intervenciones técnicas clave, que incluyan el aumento del número de profesionales de la salud y la mejora de sus condiciones de trabajo¹⁰.

En el caso *Alyne vs Brasil*¹¹, el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante Comité CEDAW) determinó que el Estado de Brasil era responsable por e violar el derecho a la maternidad segura y de acceso a servicios obstétricos de emergencia, así como el derecho a la no discriminación por la muerte de Alyne, una mujer afro que no recibió atención obstétrica oportuna. Por lo tanto ordenó al Estado, garantizar el derecho de las mujeres a una maternidad segura y a acceder a cuidados obstétricos asequibles y proveer entrenamiento para los profesionales de la salud, especialmente sobre derechos reproductivos, incluyendo tratamiento médico de calidad durante el embarazo y el parto, así como cuidado obstétrico oportuno.

En el caso *Sandesh Bansal*¹² el Alto Tribunal de Alto Tribunal de Madhya Pradesh en Jabalpur señaló que con base en la protección constitucional del derecho a la vida, el Estado de Madhya Pradesh en India, tenía un deber primario de asegurar la sobrevivencia de todas las mujeres durante el embarazo y el parto¹³.

3.4 Garantizar el acceso eficaz a atención médica antes, durante y después del parto, así como a servicios obstétricos de emergencia como parte integral del Derecho a la Vida de las mujeres gestantes.

Las mujeres tienen derecho a acceder a servicios de salud materna integrales y de calidad, durante el embarazo, el parto y durante un tiempo razonable post-parto¹⁴, incluyendo la atención obstétrica de emergencia¹⁵. La protección del derecho a la integridad personal de las mujeres en el ámbito de la salud materna entraña la obligación de garantizar que tengan acceso en igualdad de condiciones, a los servicios de salud que requieren según sus necesidades particulares relacionadas con el embarazo y el periodo posterior al parto¹⁶.

La obligación de garantizar el acceso a servicios de salud durante el embarazo, parto y post-parto está consagrada de forma explícita en el artículo 12.2 de la Convención para Eliminar todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁷, y sobre el artículo en cuestión en general, el Comité CEDAW ha

⁹ Relatoría Naciones Unidas para el derecho a la salud, El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental., Doc. de la ONU A/67/302 (2012), párr. 13, 17 y 52. Disponible en: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

¹⁰ Comité CEDAW, Recomendación General Nº 24 (20º período de sesiones, 1999), Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud, párr. 31, literal c). Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

¹¹ Comité CEDAW, *Alyne da Silva Pimentel v. Brasil*, Communication No. 17/2008, 10 de agosto de 2011.

¹² Alto Tribunal de Madhya Pradesh at Jabalpur, *Sandesh Bansal v Union of India* (writ petition no. 9061/2008) (06/02/2012). Disponible en: <http://www.womenslinkworldwide.org/wlw/bajarDoc.php?tl=1&per=282>

¹³ *Ibidem*, párr. 22

¹⁴ CIDH, Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, p. 23 párr. 81.

¹⁵ CIDH, Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, p.10, párr. 33

¹⁶ CIDH, Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, p.1-2, párr. 3.

¹⁷ Artículo 12. "1. Los Estados Partes 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.

señalado que su garantía “requiere que los Estados Partes adopten medidas que garanticen la igualdad en materia de servicios de salud”¹⁸.

El Relator del Derecho a la salud, ha reiterado que desde la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité DESC), está claro que la salud materna, la atención anterior y posterior al parto y el acceso a la información son componentes del derecho a la salud¹⁹.

El Comité DESC a su vez ha señalado que la disposición relativa a "la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños" del apartado a) del párrafo 2 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se puede entender en el sentido de que es preciso adoptar medidas para mejorar la salud materna, incluida la atención anterior y posterior al parto, así como los servicios obstétricos de urgencia²⁰. Igualmente, de acuerdo con el Comité deben concederse prestaciones médicas apropiadas a la mujer, incluida la atención en el período prenatal, durante el parto y en el período posnatal, y de ser necesaria la hospitalización²¹.

Esta obligación ha sido reconocida por el Comité CEDAW en el caso *Alyne*²² donde se resaltó el derecho a la maternidad segura y acceder a servicios obstétricos de emergencia, y por la Corte IDH en el caso *Xákmok Kásek*²³.

3.5 Eliminar la discriminación de hecho y de derecho que impide el acceso de las mujeres a los servicios de salud y respetar el derecho a ejercer la maternidad sin discriminación.

La Convención Americana en su artículo 1 establece que cada uno de los Estados partes se comprometen a “respetar los derechos y libertades” consagrados en ella y a “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idiomas, *...+ origen nacional o social, posición económica *...+ o cualquier otra condición social”. Además, la Convención Americana específicamente en su artículo 24 consagra el derecho a la igual protección de la ley y ante la ley.

La igual protección ante la ley implica la obligación de los Estados de eliminar cualquier forma de discriminación directa o indirecta en contra de las mujeres, y particularmente de las mujeres

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes 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.”

¹⁸ Comité CEDAW, Recomendación General Nº 24 (20º período de sesiones, 1999), Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud, párr. 19. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

¹⁹ Relatoría Naciones Unidas sobre el derecho a la salud, El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Doc. De la ONU A/66/254 (2011), párr. 37. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/443/61/PDF/N1144361.pdf?OpenElement>

²⁰ Comité DESC, Observación General No. 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. De la ONU E/C.12/2000/4 (2000). Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

²¹ Comité DESC, Observación General No. 191 El derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. de la ONU E/C.12/GC/19 (2008). Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>, párr. 19

²² Comité CEDAW, Op. Cit. *Alyne da Silva Pimentel v. Brasil*

²³ Corte IDH, Op. Cit. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*

embarazadas; garantizando su derecho a la vida de forma integral. De acuerdo con la CIDH, para asegurar la protección de la integridad personal de las mujeres en el ámbito de la salud materna, los Estados deben garantizar que las mujeres disfruten del derecho al más alto nivel posible de salud física y mental sin discriminación²⁴, y deben priorizar sus recursos y esfuerzos para abordar las necesidades particulares de los grupos de mujeres que están en mayor riesgo de sufrir daños a su integridad²⁵.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece el derecho a la integridad de la persona, y más específicamente el derecho de toda persona a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales y la asistencia médica sin discriminación, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad²⁶. La protección del derecho a la integridad personal de las mujeres en el ámbito de la salud materna entraña la obligación de garantizar que las mujeres tengan acceso en igualdad de condiciones, a los servicios de salud que requieren según sus necesidades particulares relacionadas con el embarazo y el periodo posterior al parto y a otros servicios e información relacionados con la maternidad y la salud reproductiva a lo largo de sus vidas²⁷.

Dado que algunos grupos de mujeres, particularmente las mujeres pobres, las que habitan en zonas rurales, las mujeres indígenas y/o afrodescendientes y las adolescentes, son los grupos que más a menudo ven vulnerado este derecho en el acceso a los servicios de salud materna²⁸ por motivo de múltiples formas de discriminación²⁹, es obligación de los Estados eliminar la discriminación en contra de estos grupos, por ejemplo a través de medidas que permitan ajustar los servicios de salud a las necesidades y culturas de las minorías étnicas³⁰.

De igual manera, en el artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se establece que la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o 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 esfera³¹.

De acuerdo con el Comité CEDAW, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes, y que en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación³². Por lo tanto, cuando un sistema de atención médica carezca de servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de la mujer, las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer no se considerarán apropiadas. La negativa de un Estado Parte

²⁴ Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, p.8 párr 26.

²⁵ Ibid, p.25 párr 87

²⁶ Ibid, p1 párr 2.

²⁷ Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, p.1-2 párr 3.

²⁸ Ibid, p.16 párr 54.

²⁹ Ibid, p.4 párr 12.

³⁰ Ibid, p.28 párr 95.

³¹ Comité de Derechos Civiles y Políticos, Observación General N° 18 No discriminación, 37º período de sesiones (1989) Disponible en:

<http://conf->

dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5bCCPR%5d.html#GEN28, párr. 2.

³² Comité CEDAW, Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal. Disponible en

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria³³.

El Comité de Derechos Civiles y Políticos se ha referido a que el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de cada Estado de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el 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. En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y se garantiza 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 social³⁴.

Los Estados Partes deberán revisar su legislación y sus prácticas y tomar la iniciativa en la aplicación de todas las medidas que sean necesarias para erradicar la discriminación contra la mujer en todas las materias prohibiendo, por ejemplo, la discriminación por particulares en ámbitos tales como el empleo, la educación, la actividad política y el suministro de alojamiento, bienes o servicios. Los Estados Partes deberán informar acerca de estas medidas, así como de los recursos que pueden utilizar las víctimas de discriminación de esa índole³⁵.

Desde el punto de vista de la faceta de accesibilidad del derecho a la salud el Comité DESC ha señalado que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, y deben ser accesibles de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.³⁶

En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud³⁷.

³³ Comité CEDAW, Recomendación General Nº 24 (20º período de sesiones, 1999)*Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud., párr. 11. Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

³⁴ Comité contra la Discriminación Racial, Observación General Nº 18 No discriminación, 37º período de sesiones (1989), párr. 1. Disponible en: http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5bCCPR%5d.html#GEN28

³⁵ Comité de Derechos Civiles y Políticos, Observación General Nº 28 La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3) 68º período de sesiones (2000), párr. 8. Disponible en: http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5bCCPR%5d.html#GEN28

³⁶ Comité DESC, Observación General No. 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. De la ONU E/C.12/2000/4 (2000). Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

³⁷ Ibídem, párr. 18

women's worldwide

La discriminación por sexo se puede basar en la diferencia de trato que se da a la mujer por razones biológicas, como la negativa a contratar mujeres porque pueden quedar embarazadas, o en supuestos estereotípicos como orientar a la mujer hacia empleos de bajo nivel porque se considera que la mujer no está dispuesta a consagrarse a su trabajo como se consagraría un hombre³⁸.

El Comité contra la Discriminación Racial por su parte, ha reconocido que la discriminación racial no siempre afecta a las mujeres y a los hombres en igual medida ni de la misma manera. Existen circunstancias en que afecta únicamente o en primer lugar a las mujeres, o a las mujeres de distinta manera o en distinta medida que a los hombres. A menudo no se detecta si no se reconocen explícitamente las diferentes experiencias de unas u otros en la vida pública y privada³⁹.

La obligación de eliminar la discriminación en contra de las mujeres embarazadas fue uno de los argumentos centrales en los casos *Alyne vs. Brasil* del Comité CEDAW⁴⁰, *Xákmok Kásek vs. Paraguay* de la Corte IDH⁴¹ y *Laxmi de la Alta Corte de Delhi*⁴². Así mismo, es importante el caso *Artavia y otros vs. Costa Rica*, en que se determina que los Estados no pueden tomar medidas desproporcionadas que afecten la decisión de ejercer la maternidad.

3.6 Educar sobre los servicios de salud y proveer información sobre derechos y salud, incluida la de salud sexual y reproductiva; especialmente a grupos en mayor riesgo de mortalidad materna.

El acceso a la información está estrechamente vinculado con la realización de otros derechos humanos⁴³. Desde el punto de vista del derecho a la salud, la falta de información en materia reproductiva opera como una barrera en el acceso a los servicios de salud materna debido a que impide a las mujeres adoptar decisiones libres y fundamentadas sobre su salud, y como consecuencia de ello la falta de comportamientos adecuados para la prevención y promoción de su salud y la de sus hijos⁴⁴. Por esta razón también es inaceptable que los terceros limiten el acceso a la información y los servicios relacionados con la salud⁴⁵.

Para no violar los derechos humanos “Dichos servicios, basados en el concepto de la elección basada en una información correcta, deberían incluir la educación sobre la maternidad sin riesgo, cuidados prenatales coordinados y eficaces, programas de nutrición materna; asistencia adecuada en los partos evitando el recurso excesivo a las operaciones cesáreas y prestando atención obstétrica de emergencia; servicios de remisión de los casos de complicaciones en el embarazo, el parto y el aborto, atención prenatal y planificación de la familia”⁴⁶.

³⁸ Comité DESC, Observación General No. 16 La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. De la ONU E/C.12/2005/4 (2005), párr. 11. Disponible en: <http://daccess-ddsy.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/435/42/PDF/G0543542.pdf?OpenElement>

³⁹ Recomendación general Nº 25 relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, 56º período de sesiones (2000) Disponible en: http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CERD/00_3_obs_grales_CERD.html

⁴⁰ Comité CEDAW, *Alyne da Silva Pimentel v. Brasil*, Communication No. 17/2008, 10 de agosto de 2011.

⁴¹ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas).

⁴² High Court of Delhi at New Delhi, *Laxmi Mandal v Deen Dayal Harinagar Hospital and Ors* (W.P.(C) 8853/2008), Disponible en: <http://lobis.nic.in/dhc/SMD/judgement/04-06-2010/SMD04062010CW88532008.pdf>

⁴³ Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, p.1 párr 1.

⁴⁴ Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, p.11 párr 30.

⁴⁵ *Ibid*, p.12 párr 35.

⁴⁶ *Ibid*, p.30 párr 102.

women's worldwide

La información que se brinde debe ser oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa⁴⁷. Según Rebecca Cook, y reiterado por la CIDH, la información que profesionales de la salud deberían ofrecer comprende: 1) la condición de salud reproductiva actual de la paciente, 2) el acceso razonable a los medios médicos, sociales y de otro tipo que responden a las condiciones e intenciones reproductivas del paciente incluyendo las tasas de éxito predecibles, los efectos colaterales y los riesgos de cada opción, 3) las implicaciones para la salud sexual y reproductiva y para la salud general y, 4) las recomendaciones del proveedor y la justificación que las respalda⁴⁸. Los Estados deben brindar toda la información disponible respecto de los métodos de planificación familiar así como de otros servicios de salud sexual y reproductiva que se brinden en condiciones legales⁴⁹.

De otra parte, las políticas públicas y programas respecto de salud sexual y reproductiva deben basarse en evidencia científica que proporcione certeza⁵⁰. Así mismo, los Estados están obligados a abstenerse de censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, como métodos de anticoncepción, incluida la educación sexual y la información al respecto⁵¹.

Además la Comisión destaca el derecho de la mujer a ser educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de interioridad o subordinación⁵². Los Estados deben dar información sobre la salud sexual y reproductiva a los grupos de la sociedad que corren el mayor riesgo de sufrir de la mortalidad materna. Entre otros, el riesgo alto de problemas de salud para los embarazos adolescentes significa que los Estados deben brindarles el acceso a información sobre el daño que puede causar los embarazos precoces. Este grupo necesita programas específicos que tienen que ver con sus necesidades particulares, respetando sus derechos a la intimidad y confidencialidad⁵³. También hay que adaptar la información a la lengua de quien la solicite o la requiera para asegurar la protección de los derechos de las mujeres indígenas o de otras minorías lingüísticas⁵⁴.

Más específicamente, en el ámbito de la mortalidad materna, el derecho a la salud materna depende del derecho a la autonomía a través de la provisión de información y educación en la materia para que las mujeres adopten decisiones libres, fundamentadas y responsables en materia de reproducción⁵⁵.

El Comité CEDAW ha señalado que los Estados deberían, en particular, garantizar la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual y genésica, dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal, e introducir programas de educación y de información que ayuden a suprimir prejuicios que obstaculizan el logro de la igualdad de la mujer⁵⁶.

El Comité de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, ha solicitado a los Estados aportar datos respecto de las tasas de natalidad y el presentar informes sobre el derecho a la vida número de casos de muertes de mujeres en relación con el embarazo o el parto, así como información y sobre las medidas que hubiesen adoptado para

⁴⁷ Ibid, p.15 párr 45.

⁴⁸ Ibid, p.15 párr 45.

⁴⁹ Ibid, p.16 párr 48.

⁵⁰ Ibid, p.29 párr 87.

⁵¹ Ibid, p.29 párr 89.

⁵² Ibid, p.22 párr 65.

⁵³ Ibid, p.29 párr 98.

⁵⁴ Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, p.19 párr 57.

⁵⁵ Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, p.26 párr 92.

⁵⁶ Comité CEDAW, Recomendación General Nº 24 (20º período de sesiones, 1999)*Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud, párr. 31. Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

women's worldwide

ayudar a la mujer a prevenir embarazos no deseados y para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida.⁵⁷

El Comité DESC ha señalado que el derecho a la vida es uno de tipo inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva⁵⁸.

El derecho a la salud, incluye entre sus elementos esenciales, el de la accesibilidad, que su vez tiene dentro de sus 4 dimensiones, el acceso a la información. Este acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. El acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad⁵⁹.

Es necesario mejorar el acceso a la información en temas de salud, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información⁶⁰. La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto⁶¹.

La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas exigen que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA, y las que afectan de forma adversa a la salud sexual y genésica, y se promuevan los factores sociales determinantes de la buena salud, como la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género⁶².

La creación de condiciones que aseguren asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, tanto física como mental, incluye el acceso a la educación en materia de salud⁶³. El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman 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 reproductiva⁶⁴. Los Estados deben abstenerse de censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida

⁵⁷ Observación General Nº 28 La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3) 68º período de sesiones (2000), párr. 5. Disponible en: http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5bCCPR%5d.html#GEN28

⁵⁸ Comité DESC, Observación General No. 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. De la ONU E/C.12/2000/4 (2000), párr. 11 Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 12.

⁶⁰ El término prenatal significa existente o presente antes del nacimiento. (En las estadísticas médicas, el período comienza con la terminación de las 28 semanas de gestación y termina, según las distintas definiciones, entre una y cuatro semanas antes del nacimiento); por el contrario, el término neonatal abarca el período correspondiente a las cuatro primeras semanas después del nacimiento; mientras que el término postnatal se refiere a un acontecimiento posterior al nacimiento. En esta observación general se utilizan exclusivamente los términos prenatal y postnatal, que son más genéricos

⁶¹ *Ibidem*, párr. 14

⁶² *Ibidem*, párr. 16

⁶³ *Ibidem*, párr. 17

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 21

la educación sexual y la información al respecto, y velar porque los terceros no limiten el acceso a la información en salud⁶⁵.

Para el Comité entre las obligaciones de prioridad figuran las de impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades⁶⁶.

En relación con las poblaciones indígenas y las minorías raciales, étnicas y lingüísticas, el Comité aseguró que los Estados deben tratar de que estas poblaciones no queden excluidas de los sistemas de seguridad social por discriminación directa o indirecta, en particular debido a la imposición de condiciones de admisión poco razonables, o a la falta de información suficiente⁶⁷. Igualmente que los Estados deberán asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones que les permita obtener por lo menos atención de salud esencial, alojamiento y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentos y las formas más elementales de educación⁶⁸.

Por su parte el Relator del derecho a la salud, ha dicho que la salud materna, la atención anterior y posterior al parto y el acceso a la información son componentes del derecho a la salud⁶⁹. Igualmente ha señalado que la disponibilidad de educación e información exhaustivas en materia de salud sexual y reproductiva es un factor esencial para el ejercicio del derecho a la salud y de otros derechos, como el derecho a la educación y al acceso a la información. Así pues, las leyes penales y de otra índole que restringen el acceso a la educación y la información en materia de salud sexual y reproductiva son incompatibles con el ejercicio pleno del derecho a la salud, y los Estados deben eliminarlas⁷⁰. La obligación de los Estados de garantizar el derecho a la salud conlleva el deber de elaborar estrategias para que todo el mundo tenga acceso a educación e información exhaustivas en materia de salud sexual y reproductiva, especialmente las mujeres y las niñas.⁷¹

Se requiere que los Estados garanticen una información plenamente disponible, aceptable, accesible y de buena calidad, que se transmita y sea comprendida en virtud de medidas de apoyo y protección tales como el asesoramiento y la intervención de redes comunitarias⁷². El consentimiento informado requiere que se den a conocer los beneficios asociados, los riesgos y las alternativas de un procedimiento médico. Al igual que el paciente tiene derecho a recibir información para dar su consentimiento, también tiene derecho a rechazarla antes de dar el consentimiento siempre y cuando se le haya ofrecido debidamente la información⁷³.

Salvaguardar el consentimiento informado a lo largo del proceso continuo de la atención de salud es una obligación de los Estados y de los terceros que deben respetar, promover y cumplir el derecho a la salud y exige que los Estados aseguren que la información en materia de salud: a) esté plenamente disponible y sea

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 34 y 35.

⁶⁶ *Ibidem*, párr. 44

⁶⁷ Comité DESC, Observación General No. 191 El derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. de la ONU E/C.12/GC/19 (2008), párr. 35 Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 59

⁶⁹ Relatoría Naciones Unidas, El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Doc. de la ONU A/66/254 (2011), párr. 37. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/443/61/PDF/N1144361.pdf?OpenElement>

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 56 y 64.

⁷¹ *Ibidem*, párr. 65

⁷² Relatoría Naciones Unidas, Relatoría Naciones Unidas, El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental., Doc. de la ONU A/64/272 (2009). Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/450/90/PDF/N0945090.pdf?OpenElement>

⁷³ *Ibidem*, párr. 15

aceptable, asequible y de buena calidad; y b) se imparta y se comprenda mediante medidas de apoyo y protección como el asesoramiento y la participación de las redes existentes en las comunidades⁷⁴.

El derecho al más alto nivel posible de salud entraña que las mujeres tienen derecho a servicios relacionados con el embarazo y el período posterior al nacimiento y a otros servicios e información sobre la salud sexual y la salud reproductiva.⁷⁵ Se ha indicado que la mortalidad derivada de la maternidad obedece principalmente a retrasos en relación con lo siguiente: decidir pedir ayuda médica apropiada en caso de emergencia obstétrica (por razones de costo, falta de reconocimiento de una emergencia, nivel insuficiente de instrucción, falta de acceso a la información y desigualdad de género); acceder a una instalación apropiada (por razones de distancia, infraestructura y transporte); y recibir atención adecuada cuando accede a la instalación (por ejemplo, porque el personal es insuficiente o porque no se dispone de electricidad, agua o suministros médicos)⁷⁶.

Para el tema de la información, en el componente del consentimiento informado son relevantes el informe de solución amistosa no. 71 del 2003, en el caso María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú, y el informe admisorio no. 40 del 2008, en el caso de una mujer boliviana vs. Bolivia; ambos casos en los que se realizaron esterilizaciones definitivas de las mujeres sin su consentimiento y el primero en que el Estado de Perú, reconoció su responsabilidad a través del acuerdo de solución amistosa. Igualmente es relevante la decisión, sobre acceso a servicios de aborto, del caso P y S vs. Polonia.

3.7 Diseñar e implementar políticas, planes y programas de salud materna.

De acuerdo con la CIDH, una de las obligaciones de prioritario cumplimiento que deben cumplir los Estados, para la reducción de la morbilidad y mortalidad materna por causas previsibles, es el diseño e implementación de políticas, planes y programas de salud materna en forma participativa⁷⁷.

De acuerdo con el Comité CEDAW, dentro de las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer, los Estados deben garantizar la promulgación y aplicación eficaz de leyes y la formulación de políticas, incluidos los protocolos sanitarios y procedimientos hospitalarios para la prestación de los servicios sanitarios apropiados⁷⁸. Igualmente, los Estados deberían incorporar la perspectiva de género en las políticas y los programas que afecten a la salud de la mujer y hacer participar a ésta en la planificación, la ejecución y la vigilancia de dichas políticas y programas y en la prestación de servicios de salud a la mujer⁷⁹.

El Comité DESC considera que para eliminar la discriminación contra la mujer los Estados deben elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida, que debe incorporar 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 reproductiva⁸⁰. A esto agrega el Relator del derecho a la salud, que este derecho exige que las políticas,

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 93

⁷⁵ Relatoría Naciones Unidas, El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental., Doc. de la ONU A/61/338 (2006), párr. 13. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/520/00/PDF/N0652000.pdf?OpenElement>

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 21

⁷⁷ Op. Cit., Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, párr.

⁷⁸ Comité CEDAW, RECOMENDACIÓN GENERAL Nº 24 (20º período de sesiones, 1999)* Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud, párr. 11. Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

⁷⁹ *Ibidem*, párr. 31.

⁸⁰ Comité DESC, Observación General No. 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto

programas y proyectos sanitarios, incluyendo los de salud sexual y reproductiva, sean de carácter participativo⁸¹.

Esta obligación fue reiterada por el Comité CEDAW en el caso *Alyne vs. Brasil*, en el que hizo énfasis en que las políticas adoptadas en materia de maternidad segura, deben estar orientadas a acciones y resultados, así como deben tener adecuada financiación. Igualmente, en el caso *Xákmok Kásek*, la Corte IDH señaló que los Estados debían diseñar políticas públicas en salud adecuadas que permitan la provisión de asistencia médica por personal entrenado para atender partos, así como políticas para prevenir la mortalidad materna con atención prenatal y post parto idónea.

3.8 Garantizar el acceso a recursos judiciales efectivos para proteger los derechos de las mujeres gestantes o que han tenido gestaciones.

La garantía de acceso a recursos judiciales efectivos es otra de las obligaciones que la CIDH considera prioritarias⁸². El Comité de Derechos Civiles y Políticos ha indicado que los Estados deben informar sobre las medidas para erradicar la discriminación contra la mujer, y de los recursos que pueden utilizar las víctimas de discriminación de esa índole⁸³. Igualmente, el Relator del derecho a la salud, ha señalado que frente a toda violación del derecho a la salud y a la seguridad social, el Estado debe garantizar la existencia de un recurso judicial⁸⁴.

El acceso a recursos judiciales eficaces y rápidos tiene incidencia en el Derecho a la vida de las mujeres gestantes dado que mediante estas se puede proteger a las gestantes/lactantes de denegación de servicios en salud. La obligación de los Estados de garantizar la existencia de recursos adecuados fue retomada en el caso *Alyne* por el Comité CEDAW, y en el caso *Xákmok Kásek* de la Corte IDH, en donde esta Corte indicó que debido a que las mujeres embarazadas requieren medidas especiales de protección, el Estado establecer instrumentos legales y administrativos para las políticas de salud, que permitan documentar adecuadamente los casos de mortalidad materna.

3.9 Garantizar especial protección a la mujer antes, durante y después (durante un lapso razonable) del parto.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. De la ONU E/C.12/2000/4 (2000), párr. 21. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

⁸¹ Relatoría Naciones Unidas, LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Doc. de la ONU E/CN.4/2004/49 (2004), párr. 48. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/109/36/PDF/G0410936.pdf?OpenElement>

⁸² Op. Cit., Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, párr.

⁸³ <http://conf->

dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5bCCPR%5d.html#GEN28

⁸⁴ Comité DESC, Observación General No. 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. De la ONU E/C.12/2000/4 (2000), párr. 59.. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

Comité DESC, Observación General No. 191 El derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. de la ONU E/C.12/GC/19 (2008), párr. 77. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

La CIDH hace énfasis en la protección especial que se debe brindar a las mujeres antes, durante y después de su embarazo, sobre la base de la protección a los derechos a la vida, la integridad personal y a la salud. La función reproductiva de la mujer significa que los Estados están obligados de brindar protección especial a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto⁸⁵ para evitar posibles situaciones

Según la Comisión, la protección del derecho a la integridad personal de las mujeres en el ámbito de la salud materna entraña la obligación de garantizar que las mujeres tengan acceso en igualdad de condiciones, a los servicios de salud que requieren según sus necesidades particulares relacionados con el embarazo y el periodo posterior al parto y a otros servicios e información relacionados con la maternidad y en materia reproductiva a lo largo de sus vidas⁸⁶.

El artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que se deberá conceder especial protección a las madres. De acuerdo con el Comité DESC, es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia y la atención anterior y posterior al parto⁸⁷. Deben concederse prestaciones médicas apropiadas a la mujer y al niño, incluida la atención en el período prenatal, durante el parto y en el período posnatal, y de ser necesaria la hospitalización⁸⁸

Esta obligación de especial protección a las mujeres embarazadas es utilizada en el caso Sandesh Bansal vs. Union of India. Aunque la Corte no se refiere de forma explícita a esta obligación, si concluye que existe una obligación, bajo sus cláusulas constitucionales, de asegurar la supervivencia de todas las mujeres durante el embarazo y el parto.

3.10 Establecer servicios gratuitos cuando se hace necesario

Según la CIDH, los Estados deben proporcionar los servicios de salud materna en condiciones adecuadas y seguras, éstos deben ser gratuitos cuando sea necesario para preservar la vida de las mujeres gestantes⁸⁹. Esto en concordancia con el artículo 12.2 de la Convención CEDAW, que señala que se deben garantizar a la mujer “servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario”.

3.11 Asegurar la nutrición adecuada de la mujer durante el embarazo y la lactancia. Establecer programas de nutrición materna.

Los Estados deben proporcionar servicios que aseguren a la mujer una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia⁹⁰. El artículo 12.2 de la Convención CEDAW señala que los Estados “asegurarán una nutrición

⁸⁵ Op. Cit., Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, p23, párr 81.

⁸⁶ Ibídem, p.1-2 párr 3.

⁸⁷ Comité DESC, Observación General No. 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. De la ONU E/C.12/2000/4 (2000), párr. 14. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

⁸⁸ Comité DESC, Observación General No. 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. De la ONU E/C.12/2000/4 (2000), párr. 14. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

⁸⁹ Op. Cit., Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, Ibid, p.24 párr 85

⁹⁰ Ibid, p.24 párr 85

adecuada durante el embarazo y la lactancia". De acuerdo con la CIDH, para no violar los derechos humanos los servicios de salud deben incorporar programas de nutrición materna⁹¹.

El Comité DESC, considera que el derecho a la salud, es inclusivo, y no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva⁹².

3.12 Establecer servicios eficaces de remisión para atender complicaciones durante el embarazo, parto y las derivadas de un aborto; incluyendo servicios de ambulancias adecuados.

De acuerdo con la CIDH, que sigue los parámetros establecidos por el Comité DESC en relación con el derecho a la salud, los Estados tienen la obligación de establecer servicios de remisión de los casos de complicaciones en el embarazo, el parto y el aborto, atención prenatal y planificación de la familia⁹³.

En el caso Laxmi Mandal, la Alta Corte de Nueva Delhi indicó que no era posible mantener un estado de cosas en el que las mujeres embarazadas fueran devueltas por servicios de salud público, únicamente porque no se podía establecer la elegibilidad de la mujer para los esquemas diseñados para afrontar la mortalidad materna.

3.13 Vigilar el sistema de salud, incluyendo la prestación del servicio de salud por particulares.

El Estado tiene la obligación de lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y la integridad personal en los servicios de salud, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado⁹⁴.

De acuerdo con el Comité CEDAW, los Estados deberían supervisar la prestación de servicios de salud a la mujer por las organizaciones públicas, no gubernamentales y privadas para garantizar la igualdad del acceso y la calidad de la atención⁹⁵. Obligación que fue reiterada por el Comité en el caso Alyne, al señalar que el Estado es directamente responsable por la conducta de las instituciones privadas de salud cuando delega la prestación del servicio, y aún más, el Estado siempre mantiene el deber de regular y monitorear las instituciones privadas de salud.

3.14 Eliminar los estereotipos y prejuicios sobre la maternidad y las mujeres.

El Comité CEDAW ha señalado la obligación de los Estados de hacer frente a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer, y que la afectan no sólo a través de actos individuales, sino también se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales⁹⁶.

⁹¹ Ibid, p.30 párr 102.

⁹² Comité DESC, Observación General No. 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. De la ONU E/C.12/2000/4 (2000), párr. 11. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

⁹³ Op. Cit., Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, p.30, párr 102.

⁹⁴ Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos, p.8 párr 24.

⁹⁵ RECOMENDACIÓN GENERAL Nº 24 (20° período de sesiones, 1999)*Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud, párr. 31. Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>.

⁹⁶ Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las

Por su parte el Comité DESC, ha considerado que “desde la aprobación del Pacto, el concepto de "sexo" como causa prohibida ha evolucionado considerablemente para abarcar no solo las características fisiológicas sino también la creación social de estereotipos, prejuicios y funciones basadas en el género”⁹⁷; estos estereotipos, afectan el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en igualdad de condiciones y con frecuencia hacen que la persona no tenga acceso a educación y atención de salud de la misma calidad que los demás.

3.15 Velar porque las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten el acceso a la atención anterior y posterior al parto.

El Comité CEDAW ha indicado que el artículo 12 de la Convención CEDAW requiere que los Estados adopten medidas que garanticen la igualdad en materia de servicios de salud, y ha constatado que en algunos Estados existen prácticas perpetuadas por la cultura y la tradición que son perjudiciales para la salud de las mujeres como las restricciones dietéticas para las mujeres embarazadas, la preferencia por los hijos varones y la circuncisión femenina o mutilación genital⁹⁸.

En relación con el derecho de la mujer a la salud, el Comité DESC ha establecido que los Estados tienen la obligación de suprimir las barreras de acceso a los servicios de salud, educación e información para la mujer, y en esa medida 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 sexuales y reproductivos⁹⁹.

El Comité DESC también ha sido enfático en que los Estados también tienen la obligación de velar por que las prácticas tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención durante el embarazo y post – parto, así como de impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos¹⁰⁰. En este sentido, el Estado tiene también la obligación de difundir información apropiada acerca de las prácticas tradicionales nocivas¹⁰¹.

3.16 Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas.

De acuerdo con el Comité DESC, el artículo 12, párrafo 2, apartado c, exige que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA, y las que afectan de

formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal. Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

⁹⁷ Comité DESC, Observación General No. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) Doc. De la ONU E/C.12/GC/20 (2000), párr. 20. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

⁹⁸ RECOMENDACIÓN GENERAL Nº 19 (11º período de sesiones, 1992), La violencia contra la mujer, párr. 19 y 20. Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

⁹⁹ Comité DESC, Observación General No. 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. De la ONU E/C.12/2000/4 (2000), párr. 21. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

¹⁰⁰ Comité DESC, Observación General No. 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. De la ONU E/C.12/2000/4 (2000), párr. 35. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

¹⁰¹ *Ibidem*, párr. 37. 1. Ver también, Relatoría del derecho a la salud de las Naciones Unidas, El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Doc. de la ONU E/CN.4/2004/49 (2004), párr. 44. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/109/36/PDF/G0410936.pdf?OpenElement>

forma adversa a la salud sexual y genésica, así com medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas¹⁰².

3.17 Garantizar el entrenamiento del personal sanitario en los mejores estándares de atención materna.

En la resolución el caso Alyne el Comité CEDAW, recomendó al Estado de Brasil, proveer entrenamiento para los profesionales de la salud, especialmente sobre derechos reproductivos, incluyendo tratamiento médico de calidad durante el embarazo y el parto, así como cuidado obstétrico oportuno.

3.18 Licencia de maternidad

De acuerdo con el Comité DESC, el artículo 3 en concordancia con el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obliga a los Estados a garantizar individualmente el derecho a la licencia de paternidad o maternidad y la licencia compartida por ambos¹⁰³.

Así mismo, de acuerdo con el artículo 10 del Pacto "a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social", por lo que la licencia de maternidad debe concederse a todas las mujeres, incluidas las que realizan trabajos atípicos¹⁰⁴.

IV. Derecho comparado- Obligaciones en la jurisprudencia nacional de Colombia.

4.1 Derecho a la maternidad

En la sentencia T – 961 de 2002, la Corte se refirió a que el derecho a la maternidad es producto de una fundamentación constitucional compleja e involucra diversas normas constitucionales: el mandato de la protección a la mujer embarazada en general (artículo 43), el mandato de protección especial de la mujer frente a cualquier clase de discriminación (artículo 43), el mandato de protección especial a la mujer en el ámbito laboral (artículo 53). De igual modo, las normas sobre la protección de los derechos de los niños (artículo 44 constitucional), la protección del derecho a la vida desde la concepción (artículo 4.1 CADH), la protección al libre desarrollo de la personalidad (Artículo 16), el mínimo vital (ligado al principio de dignidad, artículo 1) y a la seguridad social (artículo 48)¹⁰⁵.

¹⁰² <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

¹⁰³ Comité DESC, Observación General No. 16 La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. De la ONU E/C.12/2005/4 (2005), párr. 26. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/435/42/PDF/G0543542.pdf?OpenElement>; Comité DESC, Observación General No. 191 El derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. de la ONU E/C.12/GC/19 (2008), párr. 32. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

¹⁰⁴ Comité DESC, Observación General No. 191 El derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. de la ONU E/C.12/GC/19 (2008), párr. 19. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf>

¹⁰⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T- 961 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet

women's worldwide

En la sentencia 1104 de 2000, la Corte indicó que desde el punto de vista nacional, la maternidad es un derecho de la mujer cuya garantía exige una acción positiva del Estado que va por encima de la obligación del simple respeto pasivo (artículo 43). Como la protección que se da a través de la estabilidad reforzada. El hecho de la maternidad es en sí mismo un objeto de la atención estatal tanto por el derecho a la existencia y perpetuación de la especie como por el respeto que merece la dignidad de la mujer y “la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños (artículo 44)”

Desde la perspectiva externa, se resaltó la función hermenéutica que cumplen los tratados internacionales respecto de la interpretación de los derechos y deberes constitucionales (artículo 93) y se afirmó que del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se deriva la obligación prestacional de hacer lo que esté a su alcance para brindar a sus asociados una salud integral conforme a las posibilidades socioeconómicas de cada uno de dichos Estados (artículo 12.1). De igual modo, partiendo del artículo primero de la CEDAW, se afirmó que la atención médica relativa a la planificación familiar, embarazo, parto y postparto es un deber a cargo del Estado siempre y cuando la mujer sea susceptible de ser sujeta por alguna de estas situaciones. En particular respecto del estado de embarazo, esta garantía de protección opera siempre que la función de procrear sea naturalmente posible puesto que la obligación del Estado no va más allá de cumplir con su deber de abstención en el desarrollo de actividades que puedan afectar, obstruir o limitar el derecho de la mujer a procrear con prácticas como restricciones dietarias para mujeres embarazadas o la preferencia por niños varones¹⁰⁶

Aún si en gracia de discusión “se admitiera que la maternidad es un estado esencial para la realización personal de la mujer” y por tanto, el Estado tuviera que hacer lo posible para garantizar su derecho a la procrear, el Estado podría satisfacer el derecho mencionado mediante la maternidad adoptiva, previo el cumplimiento de los debidos requisitos legales. Esto último en el entendido de que el ordenamiento jurídico equipara los derechos y deberes inherentes a la relación padre/madre – hijo bien sea ésta biológica o adoptiva. Según la Corte, sería distinto el caso en que la vida de la paciente dependa de la realización del tratamiento de fertilidad¹⁰⁷

Esta decisión es reiterada en la sentencia T – 226 de 2010, en la que se señala que el derecho a la maternidad en la Constitución implica un deber de abstención del Estado de intervenir en las decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, que no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación. Sin embargo es posible que proceda el amparo “(1) cuando el tratamiento de fertilidad, una vez iniciado, es suspendido sin que medien razones científicas que justifiquen dicho proceder (en estos casos se ha ordenado continuar con el tratamiento iniciado); (2) cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad (en estos casos se ha ordenado la práctica del examen diagnóstico no el tratamiento de fertilidad). La (3) tercera circunstancia en la que se inaplica la regla general de improcedencia de tratamientos de fertilidad mediante acción de tutela, es cuando la infertilidad es en realidad un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer.”¹⁰⁸

¹⁰⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-1104 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Ver también, Sentencia T – 999 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-1104 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰⁸ MP Mauricio Gonzales Cuervo.

Adicionalmente en la sentencia T – 636 de 2007¹⁰⁹ la Corte amparó el derecho al diagnóstico en salud y los derechos sexuales y reproductivos de una mujer que había tenido varios abortos espontáneos sin que hubiera podido determinarse la causa de los mismos, ante la negativa de la EPS de realizarle unos exámenes para determinar la causa de esta circunstancia.

4.2 Obligación de no discriminación en razón del ejercicio de la maternidad

“todo acto del empleador orientado a sancionar o impedir el embarazo de la empleada, o a investigar si él existe para que de allí dependa el acceso, la permanencia, o la promoción de la mujer en el trabajo, se revela como ilegítimo e inconstitucional y puede ser objeto de tutela”. Lo anterior aplica a las pruebas de embarazo por parte de una empresa, las cuales tengan el propósito de condicionar el ingreso o la estabilidad de la trabajadora en la nómina. Hacer pruebas de embarazo es una conducta reprochable que implica vulneración del derecho a la intimidad de la empleada y de su familia, y que lesiona también el libre desarrollo de su personalidad y su derecho al trabajo¹¹⁰.

4.3 Obligación de especial protección a la mujer durante el embarazo y luego del parto

Bajo la Constitución de 1991 se confiere una especial protección a la mujer durante el embarazo y luego del parto. Esta protección se deriva especialmente de los artículos 13, 43 y 53 de la Carta. Se destaca particularmente el artículo 43 donde además de la igualdad entre hombres y mujeres, se proscribiera cualquier suerte de discriminación en contra de las mujeres y se resalta que las mujeres gozan de una especial asistencia y protección estatal durante el embarazo y luego del parto. Del artículo 13, la Corte resalta la protección especial a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta. Por lo tanto, en el ordenamiento colombiano hay “un conjunto de instituciones dirigidas a amparar a la mujer trabajadora durante el embarazo y a procurar su recuperación luego del parto así como a obtener el bienestar de la o del recién nacido”¹¹¹

La Corte resaltó cómo si la protección especial a la mujer embarazada muchas mujeres no podrían optar libremente por la maternidad, dadas las circunstancias adversas que tal decisión podría tener sobre la situación social, económica y laboral que deben afrontar muchas de ellas¹¹².

La maternidad ha sido objeto de análisis en diversos pronunciamientos de la Corte, en donde ha sido señalado que la protección especial se presenta a partir del reconocimiento de las condiciones de discriminación a la que se ve sometida la mujer gestante y cabeza de familia, así como al incremento del número de mujeres que asumen, en condiciones precarias y sin apoyo, las responsabilidades del hogar. También en la jurisprudencia ha sido reiterada la protección a la maternidad como una forma de impedir que dicha situación se convierta en un factor de discriminación femenina y procurando salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana y la protección de la familia

¹⁰⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T – 636 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto

¹¹⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T – 1002 de 1999, M.P.: José Gregorio Hernández.

¹¹¹ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T – 095 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto

¹¹² COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T – 1038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

como núcleo fundamental.

Ahora bien el derecho al mínimo vital de las mujeres varía “según estén éstas en estado de gravidez o no, o según la protección de la maternidad implique el cuidado de su embarazo solamente y del menor por nacer, o de su condición post-parto y del menor recién nacido.” “las necesidades de una mujer son distintas mientras no se esté en estado de embarazo, y así, los recursos requeridos para satisfacer su mínimo vital. Otro tanto sucede si se trata de una mujer gestante, pues los cuidados especiales propios de dicha condición, modifican no sólo las exigencias médicas, sino cuestiones básicas de su subsistencia como por ejemplo su alimentación. Incluso, el mínimo vital de la mujer en estado de gravidez difiere de aquel que se configura cuando ésta ha dado a luz recientemente. En el último caso, las necesidades mínimas se incrementan e involucran las garantías concernientes a la protección del menor recién nacido”¹¹³

Dicha protección en el campo laboral es lo que se ha llamado fuero de maternidad, el cual comprende “esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever a favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y una estabilidad laboral reforzada”¹¹⁴.

Además de esta protección especial, la Corte ha tenido en cuenta que algunas mujeres pueden encontrarse en situaciones de debilidad manifiesta, no por el embarazo, sino por las condiciones económicas y sociales en que se da el embarazo¹¹⁵.

De igual manera los artículos 43 y 50 de la Carta consagran una protección especial al menor y a la madre cabeza de familia. Una vez superado el embarazo, el constituyente no quiso dejar desamparada a la madre ni a su hijo; es por eso que estableció protección especial al menor, cuyo derecho a la seguridad social ha sido catalogado como fundamental, y a la madre en el momento posterior al parto, más aún siendo esta cabeza de familia¹¹⁶.

En la sentencia T – 760 de 2008, sobre el sistema de salud, la Corte recordó que se reconocido la protección especial de las mujeres embarazadas. La Corte reiteró su jurisprudencia al citar ciertas decisiones judiciales donde se hace desarrollo del artículo 43 constitucional tales como las sentencias T-730 de 999 (MP Alejandro Martínez Caballero), T-807 de 1999 (MP Carlos Gaviria Díaz), T-477 de 2000 (MP Álvaro Tafur Galvis), T-960 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett) T-530 de 2005 y T-838 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

La Corte retomó el pronunciamiento de los Comités internacionales para recordar las obligaciones del

Estado en relación con la mujer embarazada. Principalmente lo dicho por el Comité de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Sociales en la Observación General N°14 del año 2000. Así bien, la

¹¹³ Ibidem

¹¹⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T – 095 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹¹⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T – 095 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹¹⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T- 1038 de 2006, M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte hace referencia a la obligación que tienen los Estados de respetar el derecho a la salud, suponiendo, el abstenerse de denegar o limitar el acceso igual a todas las personas, abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado y en especial abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con las necesidades de la mujer. De allí que los Estados deban abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos y otros medios de mantener la salud sexual y genésica. De igual modo censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual¹¹⁷.

“En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha establecido que la maternidad, es decir la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana, es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (C.P., artículo 16) y que, por ende, no pueden ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno. En este sentido, se consideran contrarias a los postulados constitucionales todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital.

“Así, la protección que el Estatuto Superior depara a la maternidad es de tal intensidad que ni siquiera aquellos centros educativos cuyo proyecto de educación se encuentre fundado en una determinada visión ética o religiosa del mundo - protegida por la libertad de conciencia (C.P., artículo 18) - pueden utilizar tal visión para estigmatizar, apartar o discriminar a una estudiante en estado de embarazo de los beneficios derivados del derecho a la educación. En otras palabras, ante la tensión que puede existir entre la autonomía de los centros de educación y el derecho de la futura madre a no ser discriminada por razón de su embarazo, prima, sin duda, este último¹¹⁸”

4.4 Prohibición de despido de la mujer embarazada en razón o por causa de su estado

La legislación laboral colombiana elevó a la categoría de presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia, aquel que tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, cuando no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde del respectivo municipio, ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos¹¹⁹. La vulneración de la estabilidad laboral reforzada, derecho de rango constitucional, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución, y legal, pone en riesgo “la seguridad material y emocional de la madre y del que está por nacer”¹²⁰

Para hacer efectiva la protección del fuero de maternidad es necesario que el juez constatare la concurrencia de los siguientes supuestos fácticos: (1) que el despido tiene lugar durante el embarazo o los tres meses siguientes al parto; (2) que el empleador conoce el estado de gravidez de la trabajadora¹²¹; (3) que el despido se da por razón o motivo del embarazo; (4) que no media autorización del inspector de trabajo o resolución motivada y que (5) “con el despido se amenaza el mínimo vital de la gestante y de quien está por nacer.”

¹¹⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T- 760 de 20068, M.P. Manuel José Cepeda

¹¹⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T- 551 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda

¹¹⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T – 894 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹²⁰ Ibidem

¹²¹ En este punto el término para avisar, depende del tipo de contrato que tiene la mujer. Para efectos de conocer a profundidad estas reglas se puede consultar el Memo sobre Estabilidad Laboral Reforzada y Maternidad Segura.

El requisito consistente en el conocimiento del empleador del estado de embarazo, no debe interpretarse de forma rígida, por lo que aún ante el retardo de la mujer en dar la noticia al empleador, e incluso ante la ausencia de tal comunicación, prevalece el amparo constitucional a la mujer embarazada y al que está por nacer.

El periodo de gestación, desde un punto de vista biológico, sólo puede atribuirse a la mujer, por lo que existe una protección constitucional reforzada para el disfrute pleno de la maternidad. Cualquier discriminación causada por el estado de embarazo, es una violación al derecho a la igualdad por razón de género¹²². Aunque en esta sentencia se relaciona el artículo 44 sobre derechos de los niños con la protección de la vida del no nacido, es relevante señalar que de acuerdo con esta decisión, “una de las manifestaciones de la protección a este derecho [la vida] es la estabilidad laboral de la mujer, quien debe contar con los medios suficientes para sufragar necesidades y las de su hijo por nacer”¹²³

La Corte ha señalado que la calidad de vida de muchas mujeres trabajadoras en estado de gravidez depende de su estabilidad en el puesto de trabajo y privarlas de dicha estabilidad las pone en una situación de vulnerabilidad y de peligro pues se arrebató a la mujer la posibilidad de gozar de los servicios médico asistenciales del sistema de seguridad social, del salario (ingreso económico ordinario) y de la licencia remunerada (ingreso económico derivado de la maternidad)¹²⁴

Al despedir a las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se incurre en una conducta pluriofensiva ya que su actuación se traduce en la vulneración de más de un derecho: “i) frente al caso de la relación laboral: el derecho a la estabilidad laboral reforzada, el derecho a las prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo asociadas a la maternidad (licencia de maternidad, permisos de lactancia) y el derecho al mínimo vital; ii) frente al caso de la permanencia en el sistema de seguridad social, puede llegar a vulnerar: el derecho a la vida y a la salud de la mujer durante y después del embarazo, así como la protección del nasciturus y el derecho a la vida y a la salud del recién nacido; y iii) frente al caso del proceso biológico y psicológico del embarazo, los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la no discriminación y a la maternidad.”¹²⁵

“El derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada o lactante se ha reconocido por la Corte como fundamental, conforme lo dispuesto en el derecho positivo, que obra como un mecanismo de defensa ante la afectación pluriofensiva que puede representar en ella y en los suyos un despido ilegítimo. Con su ejercicio se ampara la dignidad, la igualdad y el libre desarrollo de la mujer, garantizándole el poder escoger libremente ser madre sin miedo a imposición de condiciones adversas en su situación laboral y social. Se protegen asimismo los derechos de los niños (art. 44 CP), al brindarle a la madre las condiciones para su bienestar, para que cuente con los recursos para atender sus necesidades y las de su prole (art. 43 CP). En fin, con su aplicación se fomenta el cuidado a la familia dentro del orden constitucional, como bien que está llamado a cuidar tanto el Estado como los particulares (arts. 5º y 42 CP)”¹²⁶.

4.5 Prestación de servicio de salud a la mujer durante el embarazo y parto

¹²² COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T – 120 de 2011. Jorge Pretelt Chaljub.

¹²³ Ibidem

¹²⁴ Op. Cit., T – 095 de 2008.

¹²⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional, T – 1061 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet

¹²⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional, T – 629 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Mostramos como ejemplo de algunos de los estándares que pueden ser incorporados a la Observación General que prepara el Honorable Comité, medidas para la protección laboral de las mujeres embarazadas desde el punto de vista de la estabilidad reforzada que puede servir para garantizar el Derecho a la vida de las gestantes, en el sentido de proteger su mínimo vital.

La Corte reiteró que a partir de las garantías constitucionales previstas para la maternidad es posible proteger tanto a la madre como a la criatura que está por nacer “dada la inescindible relación entre la mujer y su hija o hijo durante el período de gestación y en el momento del alumbramiento, la atención en salud que reciba la madre afectará necesariamente al bebé”¹²⁷.

Estas disposiciones son congruentes con la normatividad internacional como el Protocolo de San Salvador y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Queda claro en esta última que “la atención a la salud de la mujer en estado de gravidez permite brindar protección a los derechos de la niñez”. En esta Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas apropiadas para asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres¹²⁸.

La mujer embarazada tiene prioridad en su atención dentro de los programas del sistema. La Corte reiteró su jurisprudencia al decir que el derecho a la seguridad social adquiere el alcance de un derecho fundamental cuando quien pretende hacerlo valer es una persona que requiere una especial protección por parte del Estado, como es el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres cabeza de familia entre otras. Por ejemplo, el artículo 157 de la Ley 100 establece que dentro de la población pobre y vulnerable beneficiaria del régimen subsidiado, tienen particular importancia las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año. De igual manera, en los niveles 1 y 2 del SISBEN se priorizan los afiliados de la siguiente manera- según el artículo 9° del Acuerdo No. 77 de 1997: “1) mujeres en estado de embarazo y niños menores de cinco años; 2) población con limitaciones físicas, síquicas y sensoriales; 3) población de la tercera edad; 4) mujeres cabeza de familia; y 5) demás población pobre y vulnerable”¹²⁹.

La Corte reiteró su jurisprudencia al afirmar que cuando los aportes no se efectúan o cuando lo descontado al trabajador no se traslada de inmediato a la entidad de seguridad social, el empleador asume en forma directa e íntegra los costos de la atención de salud que demanden sus empleados, y las familias de éstos¹³⁰.

La Corte recordó que el POS incluye los servicios de salud en control prenatal, la atención del parto, el control postparto y la atención a las afecciones relacionadas directamente con la lactancia (artículo 166 Ley 100 de 1993)¹³¹.

La prestación del servicio de salud debe hacerse garantizando la continuidad del servicio, independiente de si la paciente es cotizante o beneficiaria. La Corte reiteró los requisitos para la aplicación de la garantía de continuación en el servicio, derivada del principio de eficiencia: (1) las prestaciones en salud

¹²⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T – 1038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T- 1038 de 2006, M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹³⁰ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T – 999 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹³¹ COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T – 706 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y con calidad (2) las entidades que tiene a su cargo la prestación de esos servicios deben abstenerse de realizar actuaciones u omitir obligaciones que impliquen la interrupción injustificada de los tratamientos, y (3) los conflictos contractuales o administrativos no constituyen justa causa para impedir el acceso de los afiliados a la continuidad y finalización optima de los procedimientos ya iniciados.

Si bien el principio no es absoluto, la Corte afirmó que si aplicaba en este caso ya que la accionante requiere de una oportuna, continua y especializada atención para el buen desarrollo de su proceso de gestación. Así mismo, estimó que la continuidad en la atención en salud reclamada se encamina tanto a garantizar el buen estado de salud de la mujer “como a la consecuente protección de los derechos de quien está por nacer.”¹³².

4.6 Prohibición de desafiliación del sistema de salud

Para proteger el Derecho a la vida de las mujeres gestantes, es imprescindible que se garantice para ellas el Derecho a la Salud, como medio que permite protegerles sus demás derechos. Desafiliar a las mujeres del sistema de Salud cuando están en proceso de gestación pone en riesgo su vida al denegar el acceso a servicios fundamentales para la preservación de la vida de la gestante.

La Corte reiteró la jurisprudencia según la cual existe una prohibición de desafiliación cuando se interrumpen tratamientos o se desamparan personas de especial protección constitucional. Ello se deriva de los principios en la prestación del servicio público esencial de seguridad social consagrados en la Ley 100 de 1993: la eficiencia, la universalidad, la solidaridad, la integralidad, unidad y participación.

De los principios de universalidad y progresividad que inspiran el sistema de seguridad en Colombia se desprende el derecho a estar afiliado al sistema de seguridad social en salud, con el consecuente acceso efectivo a las prestaciones que el derecho a la salud garantiza. De igual forma, de dichos principios debe inferirse el derecho a la continuación de la prestación del servicio, pues “constituye una regresión del derecho a la salud la expulsión de una persona que se encuentra vinculada a la seguridad social, cuando sin atender los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y progresividad y sin tener en cuenta condiciones especiales de protección constitucional reforzada (tercera edad, situaciones de debilidad manifiesta, grave riesgo a la vida, garantía de una vida digna), se acude a una interpretación restrictiva (no incluyente o positiva) de los criterios que permiten la vinculación y permanencia de las personas en el sistema de salud”.¹³³.

4.7 Obligación de diagnóstico e información

La Constitución establece que la mujer será objeto de especial atención durante el embarazo (artículo 43). Ello implica que “a la mujer embarazada se le debe rodear de las condiciones necesarias, sean materiales o psicológicas, para poder gestar en las mejor situación posible.” El desconocimiento de la situación del feto es una causa de angustia, en especial cuando existe la posibilidad de que el feto nazca con alguna anomalía sea congénita o no. “El embarazo, en condiciones de incertidumbre, sumado a los cambios propios de dicho estado, se convierte en una enorme carga que limita las posibilidades de acción de la madre, pues sus condiciones psicológicas se ven seriamente afectadas.” Por lo anterior, no es

¹³² COLOMBIA. Corte Constitucional, T- 996 de 2008, M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo

¹³³ COLOMBIA. Corte Constitucional, T- 088 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

admisible que la mujer permanezca desinformada, ello implica una clara violación al deber de protección de la mujer embarazada y una violación al derecho fundamental de la información mínima vital.

La Corte consideró que en este caso no debía llevarse a cabo el examen solicitado, ya que si bien la madre tiene el derecho a ser informada, la práctica del examen diagnóstico entraña un riesgo considerable para la madre y para el feto por lo que el derecho a la información vital debe ceder ante el riesgo que el examen conlleva y su imposibilidad de mejorar las condiciones del feto.

Ello no debe significar que la madre quedará en situación de desamparo, pues la entidad ha de ofrecer la información que ella y el padre de la menor requieran para enfrentar la posibilidad de la enfermedad de su hija, así como información suplementaria que se pueda obtener sobre la condición de la menor por medios distintos.

La Corte ordenó que se suministre la asistencia terapéutica necesaria para que los padres puedan enfrentar el mal de la menor, por cuanto la asistencia a la mujer no culmina con el parto sino que ha de prolongarse por un tiempo razonable. Ello es necesario para que los padres puedan brindar la atención y cuidado que la menor requiere (artículo 44). La entidad también deberá suministrar los medicamentos que requiera la menor en caso de sufrir el síndrome.¹³⁴

4.8 Obligación de vigilar la prestación de servicios de salud por terceros

La Corte también retoma la obligación que tiene el Estado de proteger a los ciudadanos de las interferencias de terceros en el ejercicio de su derecho a la salud, lo cual implica la adopción de leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención en salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología¹³⁵.

4.9 Reconocimiento de las prestaciones sociales de la trabajadora embarazada

Licencia de maternidad y permisos de lactancia

artículo 207 de la Ley 100 de 1993 según el cual el régimen contributivo reconocerá y pagará a los afiliados la licencia por maternidad

“la licencia por maternidad permite garantizar la recuperación de la mujer en el período posparto e igualmente, el sostenimiento de la madre y del bebé así como la atención que éste necesita. En consecuencia, la protección a la maternidad conlleva, entre otros, la garantía de derechos tales como la vida digna, el mínimo vital y la salud.”¹³⁶

¹³⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T- 231 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

¹³⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T – 760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

¹³⁶ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T – 1038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto

La Corte reiteró su línea jurisprudencial sobre la licencia por maternidad, reconociendo su pago como una prestación económica que se encuentra en conexidad con los derechos a la vida en condiciones dignas “y al mínimo vital de la madre y del menor”. Esto especialmente si dicha licencia es el único sustento de aquellos durante el período del postparto¹³⁷.

Según el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 y el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, la licencia de maternidad es otorgada a la mujer trabajadora cuando cumple con los siguientes requisitos: (i) que aquella haya cotizado durante todo el período de su gestación (ii) que haya cancelado en forma completa el aporte durante el año anterior a la fecha de solicitud (iii) que haya cancelado en forma oportuna al menos cuatro aportes durante los seis meses anteriores al momento en el que se causa el derecho (iv) que no se encuentre en mora en dicho momento.

Las Entidades Prestadoras de Salud del Régimen Contributivo deben verificar que la trabajadora afiliada cumpla los requisitos aludidos, pero de manera excepcional es posible otorgar la licencia por maternidad aun cuando algunas de estas exigencias no han sido satisfechas. Por ejemplo, la EPS no podrá eximirse del pago de la licencia de maternidad cuando observa mora en el pago de las cotizaciones si ha admitido el pago extemporáneo por el empleador, pues la mora no es imputable a la trabajadora. De igual modo, la jurisprudencia ha afirmado de manera reiterada que la existencia de lapsos no cotizados no autoriza a la EPS a eludir el pago de la prestación económica referida. La ausencia de cotizaciones ante el Sistema de Seguridad Social durante el período de gestación no constituye una autorización para rehusar el pago de la prestación referida.¹³⁸

La Corte concluye que en casos en los que esté de por medio la vulneración de los derechos fundamentales de la mujer gestante debe ponderarse el tiempo cotizado con el tiempo faltante, y si el último es razonablemente poco respecto del primero, “entonces el cumplimiento estricto del requisito no puede tener más peso que los derechos fundamentales de la mujer y del menor recién nacido”¹³⁹.

4.10 Mujer embarazada privada de la libertad

Desde Women's Link World Wide consideramos que las mujeres privadas de la libertad tienen derecho a una protección reforzada de su Derecho a la vida. Diversos pronunciamientos de organismos multilaterales y Cortes Internacionales han manifestado que el Estado es responsable de la garantía de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad al tenerlos bajo su custodia. El único derecho que se pierde en el marco de la aplicación de medidas jurisdiccionales es la libertad, y algunos políticos; quedando vigentes todos los demás derechos consagrados en tratados internacionales.

Para ilustrar nuestro punto, podemos mostrar el caso de Ana Campos, mujer capturada cuando contaba con cinco meses y medio de embarazo al ser acusada de pretender atentar contra la vida de unos soldados y hurtarles sus armas de dotación. Debido a que le fue impuesta medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva, se solicitó en las fechas cercanas al parto que se le diera detención domiciliaria. La petición no fue contestada a tiempo, por lo que se interpuso una acción de tutela que fue denegada en primera instancia bajo el argumento de que debía proceder una detención hospitalaria.

¹³⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T – 1038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹³⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional, T – 1038 de 2006, M.P. Humberto Sierra Porto

¹³⁹ Ibidem

La Corte afirmó que el Estado es responsable de garantizar a las personas el ejercicio y goce de todos aquellos derechos y libertades que no hubieren sido restringidos o limitados jurídicamente, con mayor razón de los derechos y garantías de quienes han sido privados de su libertad (Artículo 90 de la Constitución / Artículo 3 y 408 del Código Penal /Decreto 2700 de 1991).

Recuerda la Corte que el Estado que priva de su libertad a un ciudadano ha de responder patrimonialmente por las necesidades de subsistencia y conservación de la salud del ciudadano recluso en alguno de los centros carcelarios del país (artículo 49 de la Constitución) y que las instituciones hospitalarias pueden ser obligadas a abrigar a una mujer que se encuentre en las condiciones de la accionante. Para terminar, establece que la hija de la actora estaba protegida bajo el artículo 50 de la Constitución, donde se establece que todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o seguridad social tiene derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado¹⁴⁰.

4.11 Mujer embarazada o lactante víctima de desplazamiento forzado

La vida de mujeres gestantes/lactantes víctimas de desplazamiento forzado debe ser protegida de manera especial conforme a lo manifestado en los principios DENG, orientativos para la atención de víctimas de este crimen. Usaremos el contexto colombiano para ilustrar el punto relativo a la protección de la vida de las mujeres gestantes en contextos de conflicto social, político y armado.

En el ámbito de la atención a las mujeres víctimas del desplazamiento forzado y de la protección de sus derechos, la Corte Constitucional ha identificado dieciocho (18) facetas de género del desplazamiento forzado, es decir, aspectos del desplazamiento que impactan de manera diferencial, específica y agudizada a las mujeres, por causa de su condición femenina en el marco del conflicto armado colombiano. Estas dieciocho facetas de género del desplazamiento incluyen **patrones de violencia y discriminación de género de índole estructural** en la sociedad colombiana, **preexistentes al desplazamiento pero que se ven potenciados y degenerados por el mismo**, impactando en forma más aguda a las mujeres desplazadas, como: **(iii) el desconocimiento y vulneración de su derecho a la salud y especialmente de sus derechos sexuales y reproductivos a todo nivel, con particular gravedad en el caso de las niñas y adolescentes pero también de las mujeres gestantes y lactantes; (iv) la asunción del rol de jefatura de hogar femenina sin las condiciones de subsistencia material mínimas requeridas por el principio de dignidad humana, con especiales complicaciones en casos de mujeres con niños pequeños, mujeres con problemas de salud, mujeres con discapacidad o adultas mayores; (v) obstáculos agravados en el acceso al sistema educativo; (vi) obstáculos agravados en la inserción al sistema económico y en el acceso a oportunidades laborales y productivas; (ix) los cuadros de discriminación social aguda de las mujeres indígenas y afrodescendientes desplazadas.** Igualmente, existen **problemas específicos de las mujeres desplazadas**, producto de la conjunción de los factores de vulnerabilidad que soportan, y que no afectan ni a las mujeres no desplazadas, ni a los hombres desplazados como **(xiii) Los especiales requerimientos de atención y acompañamiento psicosocial de las mujeres desplazadas**, que se han visto gravemente insatisfechos; **(xiv) problemas específicos de las mujeres ante el sistema oficial de registro** de la población desplazada, así como ante el proceso de caracterización; **(xv) problemas de accesibilidad de las mujeres al sistema de atención a la población desplazada;** **(xvi) una alta frecuencia de funcionarios no capacitados para atender a las mujeres desplazadas, o abiertamente hostiles e insensibles a su situación; (xvii) el enfoque a menudo “familista” del sistema de atención a la población desplazada, que descuida la atención de un altísimo número de mujeres desplazadas que no son cabezas de familia;** y **(xviii) la reticencia estructural del sistema de atención a otorgar la prórroga de la Atención Humanitaria de Emergencia a las mujeres que llenan las condiciones para recibirla.**

¹⁴⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T- 437 de 1993.

En atención a tan grave estado de cosas, la Corte Constitucional constata que **el Estado colombiano está actualmente obligado a dar cumplimiento, con el mayor grado de diligencia, a sus diversas obligaciones constitucionales e internacionales atinentes al respeto, protección, restablecimiento y promoción de los derechos de las mujeres, niñas, jóvenes y adultas mayores desplazadas por el conflicto armado interno, así como a sus obligaciones de prevenir el desplazamiento forzado de la población, y específicamente de prevenir su impacto desproporcionado sobre las mujeres.**

Una vez se ha causado el desplazamiento, las necesidades sanitarias ordinarias específicas de las mujeres, así como las necesidades de salud sexual y reproductiva y de atención a las mujeres gestantes y lactantes, deben ser atendidas con particular cuidado, ya que su desatención potencia graves violaciones de sus derechos constitucionales que no se presentan en grados igualmente intensos en la población femenina no desplazada.

Como resultado de este marco constitucional de protección reforzada del derecho a la salud de las mujeres desplazadas, éstas tienen derecho a recibir atención diferenciada, que proteja su integridad física y mental durante todas las fases del desplazamiento, y en todos los diversos aspectos de su salud como mujeres, niñas o adolescentes, incluidas sus necesidades especiales en términos sanitarios, su salud sexual y reproductiva, y demás necesidades especiales de salud propias de su género y afectadas por su situación de desplazamiento. En el caso de las niñas y adolescentes desplazadas, se trata de un derecho prevaleciente y de inmediata aplicación que debe sujetarse a lo establecido en los artículos 44 y 50 de la Constitución.

El objetivo de este programa, creado para la promoción de la salud de las mujeres desplazadas, deberá ser el de garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, así como los derechos fundamentales conexos a él. Adicionalmente, resalta la Sala que el diseño e implementación de este Programa deberán necesariamente incorporar un enfoque sub-diferencial complementario de etnia, edad y discapacidad dentro del enfoque diferencial de género; es decir, el Programa deberá ser sensible a las significativas diferencias que existen entre las mujeres desplazadas afectadas en su salud dependiendo de su edad, de su pertenencia a una comunidad indígena o afrodescendiente, o de la presencia de una discapacidad¹⁴¹

4.11 Mujeres indígenas y afrodescendientes en embarazo

Usamos nuevamente el contexto colombiano, en donde las mujeres Afrodescendientes y de origen étnico diverso son ampliamente discriminadas, para ilustrar a necesidad de ampliar los pronunciamientos del Sistema Universal de Derechos Humanos sobre la necesidad de proteger a las mujeres Afro e indígenas en proceso de gestación. Muchas de ellas viven en zonas alejadas sin acceso a servicios de salud, justicia, entre otros. Es importante que el Honorable Comité en su observación general haga un pronunciamiento específico al respecto, conminando a los Estado que tengan población étnicamente diversa a tomar medidas para garantizar el derecho a la vida de estas mujeres. El cuidado de las mujeres gestantes de origen étnico diverso es importante por cuanto está íntimamente relacionado con la supervivencia de grupos étnicos. En la medida en que a las mujeres de estos grupos se les garantice la vida durante la gestación, se promueve la existencia de este grupo . El conflicto armado opera como una de las causas de la eliminación, desplazamiento y desintegración de los pueblos indígenas, entre otra razones por las condiciones de salud deteriorada que se agravan por el conflicto armado; en particular, mortalidad infantil alta, y altas tasas de enfermedades prevenibles

Parte importante del problema es la invisibilidad de esta condición de discriminación reforzada. No existen medidas oficiales para visibilizar estos cuadros agudos de vulnerabilidad, ni para comprender el rol femenino

¹⁴¹ COLOMBIA. Corte Constitucional, Auto 092 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

específico que cumplen las mujeres indígenas o afrodescendientes en su respectiva comunidad, y los impactos que surte el desplazamiento forzado sobre el ejercicio del mismo.

Hay asimismo una situación de afectación en la salud de este pueblo, por la amenaza y el asesinato de promotores o auxiliares de salud y brigadas médicas; por el saqueo de puestos de salud; y por restricciones al paso de medicamentos y enfermos que no pueden ser remitidos a los hospitales.

Por su deber de garantizar los derechos fundamentales de la población (arts. 1 y 5, C.P.) y por el mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural del país (art. 7, C.P.), es claro para la Corte que el Estado colombiano está en la obligación doble de prevenir las causas del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas, y atender a la población indígena desplazada con el enfoque diferencial que para ello se requiere.¹⁴²

Las mujeres indígenas y afrodescendientes desplazadas enfrentan un factor de discriminación adicional derivado de su pertenencia étnica, que en la práctica agrava las discriminaciones, riesgos e inequidades que soportan por sus condiciones de género y desplazamiento. En otras palabras, tanto los riesgos de género presentes en el conflicto armado como las facetas de género del desplazamiento interno se acentúan, exacerbando y profundizando en el caso de las mujeres que pertenecen a estos grupos étnicos. Ello se deriva tanto de la exclusión y marginación que viven los grupos étnicos del país, como de las estructuras socioeconómicas discriminatorias y racistas prevaletentes, y de la desintegración de sus redes sociales, comunitarias y culturales de apoyo con motivo del desplazamiento[1]; todo ello redundando en que las mujeres indígenas y afrocolombianas desplazadas sufren un triple proceso de discriminación por ser mujeres, por haber sido desplazadas, y por pertenecer a grupos étnicos.

Parte importante del problema es la invisibilidad de esta condición de discriminación reforzada. No existen medidas oficiales para visibilizar estos cuadros agudos de vulnerabilidad, ni para comprender el rol femenino específico que cumplen las mujeres indígenas o afrodescendientes en su respectiva comunidad, y los impactos que surte el desplazamiento forzado sobre el ejercicio del mismo.

5. Cifras

Presentamos algunas cifras a Honorable Comité, con el fin de ilustrar las dimensiones de la problemática de la mortalidad materna. Usamos nuevamente a Colombia como ejemplo, para ser consecuentes con lo expresado en el resto del documento.

		NUMERO DE MUERTES				RMM (X 100 mil nv)	
		INSTITUTO NACIONAL DE SALUD		MINISTERIO DE SALUD		MINISTERIO DE SALUD	
2000	Departamento	No. Casos	Departamento	No. Casos	Departamento	RMM	
	Bogotá	41	Bogotá	47	Guainía	351,49	
	Antioquia	41	Antioquia	42	Amazonas	285,31	

¹⁴² <http://www.unfpa.org.co/portal/uploadUNFPA/file/Informe%20de%20Estado%20de%20la%20Poblaci%C3%B3n%20Mundial%202012.pdf>

8	Córdoba	29	Bolívar	32	Chocó	233, 48
	Valle	25	Atlántico	30	Guaviare	125, 63
	Nariño	23	Tolima	30	Magdalena	120, 85
INSTITUTO NACIONAL DE SALUD		MINISTERIO DE SALUD		BOLETÍN DEL OBSERVATORIO EN SALUD		
2009	Departamento	No. Casos	Departamento	No. Casos	Departamento	RMM
	Bogotá	74	Bogotá	63	Guainía	350
	Antioquia	46	Antioquia	53	Amazonas	280
	Valle	29	Valle	34	Chocó	240
	Nariño	25	Atlántico	32	Guaviare	125
	Córdoba	22	Bolívar	31	Cauca	120
	INSTITUTO NACIONAL DE SALUD http://www.ins.gov.co/boletin-epidemiologico/Boletn%20Epidemiologico/2010%20Boletin%20epidemiologico_Semana%2052_.pdf		SEGUIMIENTO AL SECTOR SALUD COLOMBIA http://www.asivamosensalud.org/media/santafe/grafica/c97764d91037271cb7e0570c2850890e.pdf http://www.asivamosensalud.org/indicadores/estado-de-salud/grafica.ver/9		SEGUIMIENTO AL SECTOR SALUD COLOMBIA http://www.asivamosensalud.org/media/santafe/grafica/c97764d91037271cb7e0570c2850890e.pdf http://www.asivamosensalud.org/indicadores/estado-de-salud/grafica.ver/9	
Departamento	No. Casos	Departamento	No. Casos	Departamento	RMM	
Bogotá	44	Bogotá	44	Putumayo	242,19	
Córdoba	36	Antioquia	41	Chocó	196,53	
Antioquia	33	Córdoba	35	Caquetá	194,34	
Valle	31	Valle	33	Guajira	154,95	
Norte de S.	18	Atlántico	28	Córdoba	151,16	

Tasa de mortalidad materna, por cada 100.000 nacidos vivos 2010: 92

Partos atendidos por personal de salud cualificado, %, 2000/2010: 95

Tasa de natalidad en la adolescencia, por cada 1.000 mujeres de 15 a 19 años, 1991/2010: 85

Tasa de mortalidad de menores de 5 años, por cada 1.000 nacidos vivos, 2010/2015: 23

Tasa de prevalencia del uso de anticonceptivos, mujeres de 15 a 49 años, cualquier método, 1990/2011: 79

Tasa de prevalencia del uso de anticonceptivos, mujeres de 15 a 49 años, métodos modernos, 1990/2011: 73

Necesidad insatisfecha de planificación de la familia, 1988/2011: 8

Conclusiones

El Derecho a la vida tiene un margen de interpretación amplio, pero adecuadamente enmarcado por instrumentos internacionales, documentos producidos por organismos multilaterales y jurisprudencia de Cortes trasnacionales. En pocos de ellos se habla de la obligación reforzada de garantizar la vida de las mujeres gestantes como parte integral del Derecho a la vida consagrado en todos los tratados de Derechos Humanos existentes.

Teniendo en cuenta que muchos de esos tratados e instrumentos internacionales protegen la vida desde la concepción, queremos instar al Comité a que en su observación general sobre el Art 6 del Pacto de Derechos Civiles y políticos incluya la protección a la vida de mujeres gestantes como parte integral y prioritaria del Derecho a la vida, incluyendo los estándares mencionados en el presente documento sobre prevención de la mortalidad de mujeres gestantes y atención en salud para este grupo poblacional.

Consideramos importante que el Comité haga observaciones correspondientes a la necesidad de entender que la protección del derecho a la vida desde la concepción no implica la prohibición absoluta de la interrupción de embarazos, sobre todo en aquellos casos en donde hay riesgo para la vida y la salud de la gestante. Es importante que la observación producto de este periodo de sesiones deje en claro que el aborto terapéutico es el estándar mínimo de protección a la vida de mujeres que lo requieran para evitar perjuicios irremediables.

La vida desde la concepción solo se puede proteger mediante la garantía del Derecho a la salud y la vida de las mujeres gestantes. Existen múltiples fallas de los Estados en este sentido, en particular en Latinoamérica y el Caribe como se mostró en la información estadística incluida en este documento; por lo que se hace necesario que el Comité inste a los Estados en su observación General sobre el Art 6, a interpretar el Derecho a la vida de manera tal que se le dé prioridad a las mujeres gestantes y evitar la mortalidad materna.

El Derecho a la vida en el caso de las mujeres gestantes requiere la concurrencia de todas las entidades del Estado encargadas de prestar servicios, y que a su vez se hagan esfuerzos eficazmente dirigidos a garantizar que las mujeres tengan embarazos seguros, voluntarios y atendidos debidamente por el Sistema de Salud.

Rogamos al Comité que tenga en consideración los argumentos esgrimidos en este documento para la elaboración de su observación general, e incluya en ella aspectos específicos relacionados con la atención pre-natal que hagan parte del corpus juris que ilumine la interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.