

Los derechos sexuales como derechos humanos: una guía de las fuentes y principios autorizados para aplicar los derechos humanos a la sexualidad y la salud sexual

Alice M. Miller ^a, Eszter Kismödi ^b, Jane Cottingham ^c, Sofia Gruskin ^d

- a Codirectora, Global Health Justice Partnership de la Facultad de Derecho de Yale y la Escuela de Salud Pública, Facultad de Derecho de Yale, New Haven, CT, EE.UU. Correspondencia: alice.miller@yale.edu
- b Abogada internacional de Derechos Humanos en Sexualidad, Género y Salud Sexual y Reproductiva y Derechos Humanos, Ginebra, Suiza
- c Consultora Independiente, Ginebra, Suiza
- d Profesora de Medicina Preventiva, Facultad de Medicina de Keck; Profesora de Derecho y Medicina Preventiva, Facultad de Derecho de Gould; Directora del Programa sobre Salud Global y Derechos Humanos, Instituto para la Salud Global, Universidad de Carolina del Sur (USC), Los Ángeles, CA, EE.UU.

Resumen: *Esta guía tiene como objetivo brindar conocimientos y recursos a los actores interesados en la formulación de demandas sobre derechos relacionados con la sexualidad y salud sexual. Después de abordar la controvertida cuestión del alcance de los derechos sexuales, explora las reglas y principios que rigen la manera en que las afirmaciones de derechos humanos son formuladas y aplicadas a la sexualidad y salud sexual, y cómo esa formulación está vinculada con la ley y pasa a ser cuestión de obligación del Estado. Este entendimiento es fundamental para las políticas y programación en salud y derechos sexuales, ya que apoya hacer un llamado a los diversos derechos humanos pertinentes, tales como la privacidad, no discriminación, salud u otros derechos humanos aceptados universalmente, así como exigir que los Estados tomen medidas, de conformidad con sus obligaciones de derecho internacional y nacional para apoyar la salud sexual.* © 2016 edición en español, 2015 edición en inglés, Reproductive Health Matters.

Palabras clave: Derechos Humanos, derecho, derechos sexuales, salud, sexualidad.

Introducción

A pesar de que el término “derechos sexuales” ha sido motivo de encarnizados debates durante las últimas décadas, aún no se ha logrado un consenso político para definirlo¹. La resistencia surge de las concepciones (y de los temores), radicalmente distintos, que los países adjudican a “los derechos sexuales” y, por lo tanto, a las obligaciones que de ellos emanen. Esta guía ha sido desarrollada para ayudar a resolver confusiones, aclarar cómo y por qué los derechos sexuales *son* derechos humanos apoyar los avances políticos en su reconocimiento y, especialmente, aclarar sus sustentos legales.

Los parámetros de los derechos sexuales se definen como la gama total de derechos humanos existentes que se hayan aplicado a los aspectos públicos y privados de la sexualidad y la salud sexual. La guía hace hincapié en que el alcance de los “derechos sexuales” está vinculado con los derechos reproductivos –aunque no es equivalente a ellos– y que la sexualidad, en sus distintas formas y significados incluyendo su relación con la reproducción, requiere atención específica. La guía muestra cómo la legislación sobre los derechos humanos puede ser y ha sido utilizada para apuntalar buenas prácticas en la promoción de la salud sexual. Lo principal de esta es que

se concentra en explicar cómo estos avances se apoyan en las reglas de aplicación e interpretación de la legislación sobre los derechos que son ampliamente aceptadas. La guía está dirigida a quienes se involucran con los Estados y las políticas para cambiar las prácticas y exclusiones, y mejorar la salud y los derechos sexuales, ayudándoles a fundamentar sus esfuerzos en el derecho internacional. Esta guía se divide en tres partes principales: La Sección I: El alcance de los derechos humanos en cuanto se relacionan con la sexualidad y la salud sexual, subrayando el rol que les compete desarrollar a todos los derechos humanos en la salud sexual; Sección II: Las fuentes jurídicas de los derechos humanos, que describen la jerarquía de los derechos como reclamos legalmente vinculantes a nivel nacional e internacional; y la Sección III: Nueve reglas y principios que orientan el desarrollo, interpretación y aplicación de los derechos humanos en las leyes y en las políticas para apoyar la sexualidad y la salud sexual.

El alcance de los derechos humanos pertinentes para la sexualidad y la salud sexual

Durante las últimas dos décadas o más se han visto importantes avances en el campo de los derechos sexuales; esta guía se basa en algunos documentos sumamente importantes que son de uso difundido en el mundo de la elaboración y reformas de políticas y programas. Estos incluyen: i) El compendio de casos y leyes sobre orientación sexual e identidad de género de la Comisión Internacional de Juristas (CIJ), que reúne la jurisprudencia de un subconjunto de derechos sexuales de todo el mundo y a nivel internacional²; ii) La Declaración de los Derechos Sexuales de 2014 de la Asociación Mundial para la Salud Sexual (WAS por sus siglas en inglés), que busca explicar las normas sobre derecho sexual y vincular la sexualidad y la salud sexual con los principios y normas de los derechos humanos³. iii) Los Principios de Yogyakarta de 2007, que han sido elaborados por expertos de las ONG y en derechos humanos como un pronunciamiento normativo sobre la manera en que los principios y obligaciones existentes sobre derechos humanos han sido y pueden ser progresivamente aplicados a reivindicaciones específicas de derechos humanos relacionadas con la orientación sexual

y la identidad de género⁴; iv) –El documento Derechos Sexuales: Una declaración de IPPF, de la Federación Internacional de Planificación Familiar (IPPF por sus siglas en inglés) que es un compendio dedicado a explicar en detalle los principios legales existentes para su mejor comprensión a fin de aplicarlos a la sexualidad, como un atributo de todas las personas, jóvenes y ancianas, independientemente de su género/identidad de género y orientación sexual⁵; y, v) El informe de la OMS sobre salud sexual, derechos humanos y la ley, que se incluye en este número^{6,5}, el cual vincula las normas de los derechos humanos con la información sobre salud pública y jurisprudencia con el fin de demostrar cómo los Estados en distintas partes del mundo pueden y logran apoyar la salud sexual a través de mecanismos legales y de otro tipo, que son consistentes con las normas regionales e internacionales en materia de derechos humanos y sus propios derechos y obligaciones sobre este tema^{6,1}.

Además de estos compendios sobre sexualidad y derechos, en esta guía señalamos que se preste atención a la definición operativa de los derechos sexuales que da la OMS, puesto que esta definición ha sido ampliamente citada en varias publicaciones como punto de referencia de lo que son los derechos sexuales. Según esta definición:

“Los derechos sexuales abarcan algunos derechos humanos que ya han sido reconocidos por tratados internacionales y regionales de derechos humanos, apoyados en documentos consensuados y son parte de las legislaciones nacionales. Los derechos que son fundamentales para la realización de la salud sexual incluyen:

Los derechos a la vida, libertad, autonomía y seguridad personal.

Los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

El derecho de toda persona a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

El derecho a la privacidad.

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (incluyendo la salud sexual) y seguridad social-

El derecho al matrimonio y a formar una familia con el libre y completo consentimiento de

ambos esposos, y a la igualdad dentro del matrimonio y en el momento de disolución de este. El derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener. Los derechos a la información y a la educación. Los derechos a la libertad de opinión y expresión. El derecho a reparaciones efectivas en caso de violaciones a sus derechos fundamentales.

Los derechos sexuales constituyen la aplicación de los derechos humanos existentes a la sexualidad y a la salud sexual. Los derechos sexuales protegen el derecho de todas las personas a satisfacer y expresar su sexualidad y a disfrutar de salud sexual, con el debido respeto a los derechos de los demás, dentro de un marco de protección frente a la discriminación”⁷.

Como mencionamos anteriormente, en la medida en que los diferentes aspectos de la reproducción y la sexualidad están vinculados, ello se refleja tanto en la denominación de algunos derechos reproductivos como en la de los derechos sexuales, y en la aplicación común de ciertos principios de los derechos humanos a esos temas.

Por ejemplo, la decisión de continuar o terminar un embarazo, se puede considerar como un aspecto que compete a las mujeres, por lo que ellas deben tener la capacidad de decidir si vinculan o desvinculan su actividad sexual de la decisión de convertirse en madres. Esta situación involucra el derecho a la salud, a la privacidad y a la no discriminación, entre otros. Por esta razón, en la guía incluimos los medios por los cuales el acceso al aborto se está desarrollando como un derecho humano (lo que es consistente con la definición operativa de la OMS) y cómo se utilizan los principios de los derechos relacionados con la sexualidad.

Además, existe otro punto donde confluyen los derechos sexuales y los derechos vinculados al género. Si bien la identidad y la expresión de género no son en sí mismas determinantes de la sexualidad o la conducta sexual, la manera como se expresa el género puede sentar la base sobre la cual los Estados regulen jurídicamente con quién se puede tener relaciones sexuales legítimamente. Así, las expresiones de género y las normas sobre identidad son importantes para los derechos sexuales y pueden ser incluidas dentro del ámbito de estos.

Los derechos básicos indicados en la definición operativa de la OMS han sido incluidos en códigos –o convertidos en leyes– en tratados regionales e internacionales, y muchos se han incorporado en constituciones y leyes nacionales.

Fuentes de legislación en derechos humanos

Las denuncias en materia de derechos humanos contenidas (“citadas”) en tratados internacionales o leyes nacionales pueden obligar a los Estados a tomar acción. Esta sección brinda una perspectiva general de las “fuentes” de los derechos humanos básicos que subyacen a los derechos sexuales.

Tratados internacionales y regionales, y constituciones y leyes nacionales

Las fuentes de derecho vinculante internacional en derechos humanos más fáciles de reconocer son los tratados, también conocidos como acuerdos, convenciones, estatutos y protocolos^{*}. Hay muchos de estos tratados internacionales como la Convención de los Derechos del Niño o la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer[†].

La legislación internacional la elaboran los Estados o naciones; todos ellos tienen el mismo derecho a participar en el proceso y al ratificar dichos tratados se declaran vinculantes con las obligaciones internacionales que de

^{*} El Derecho Internacional Consuetudinario (DIL) es también una fuente de derecho vinculante para los Estados: es una de las versiones más antiguas de derecho internacional y se fundamenta en deducir reglas sobre la base de lo que los gobiernos en realidad hacen, aunadas a las razones que ellos públicamente declaran para justificar su práctica. No exploramos el DIL en esta guía, aunque hay avances promisorios, particularmente en una rama específica del derecho internacional: el derecho internacional humanitario (en general, la ley del conflicto armado), que ha sido citado como base de la obligación de prevenir violaciones sexuales durante los conflictos. Ver: https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule93.

[†] Véase la página web de La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos para acceder a un listado completo. <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>.

ellos se deriven. Todos los Estados han ratificado uno o varios de los tratados internacionales. Cuando un tratado es ampliamente ratificado nos está indicando que es posible que los Estados, en alguna medida, actuarán en consonancia con dicho Tratado. Cuando la ratificación es numerosa también puede influir en las prácticas de los Estados que no han ratificado dicho tratado. El compromiso amplio de los países con los principios sustantivos de legalidad contenidos en un tratado en particular, puede convertirse en evidencia de una costumbre o algo que se acepta generalmente como lo que debería ser ley para todas las naciones⁵.

Los tratados regionales, tales como el Convenio Europeo de los Derechos Humanos o la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, si bien solo se mencionan como algo secundario en esta guía, funcionan en general del mismo modo, y son la respuesta producida por el grupo de Estados que componen una región geopolítica designada por las Naciones Unidas.

Las constituciones y las leyes nacionales casi siempre contienen elementos de derechos humanos, tales como la no discriminación o el derecho al voto. Los sistemas legales nacionales señalan hasta dónde tiene autoridad cada Estado, cuál es su marco legal y cuáles son los procesos para promover y proteger los derechos humanos. En algunos países, las constituciones nacionales y las leyes son consistentes con las leyes internacionales de derechos humanos en la protección de dichos derechos o, en algunos casos, son incluso más fuertes que estas. Por ejemplo, en Malta, la Ley de Reconocimiento Legal de Género, aprobada en 2015 por el parlamento maltés, tiene principios legales y reglamentos de procedimientos más progresistas que cualquier ley internacional sobre identidad y expresión de género⁸. En otras situaciones, que serán discutidas con más profundidad a continuación, las leyes nacionales pueden contradecir normas internacionales de derechos humanos que amplían más esos derechos, como por ejemplo, cuando una ley nacional requiere la autorización del marido para que la mujer tenga acceso a servicios anticonceptivos⁶.

A nivel internacional y regional, la aplicación de todos estos tratados y leyes de parte

de actores nacionales es supervisada por un conjunto específico de órganos reconocidos y señalados en los tratados. Así, el Comité sobre Derechos Humanos que será discutido más adelante, por ejemplo, supervisa la implementación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Otras fuentes de derechos humanos incluyen: la jurisprudencia de los tribunales internacionales y las decisiones emitidas por los órganos de monitoreo de tratados de derechos humanos de la ONU.

La sección de jurisprudencia que viene a continuación brinda ejemplos de órganos internacionales, regionales y nacionales autorizados que han interpretado y aplicado normas ya existentes basadas en tratados o en derechos constitucionales nacionales, para que se conviertan en una fuente de protección de los derechos relacionados con la sexualidad y la salud sexual. Es importante tener en cuenta que el derecho internacional que se elabora con base en los acuerdos entre los Estados nunca es perfecto, y no siempre refleja las mejores prácticas vigentes. El derecho internacional fue establecido como un conjunto de prácticas y normas en continua evolución, y la legislación sobre derechos humanos no es ajena a esta situación. Las legislaciones sobre la industria del sexo y el matrimonio entre personas del mismo sexo constituyen dos ejemplos en los cuales la legislación en derechos humanos no está determinada o establecida en sistemas internacionales o regionales, pero donde existen aplicaciones innovadoras de estándares de no discriminación, privacidad y de salud..

Declaraciones Políticas

Aunque las declaraciones políticas del Sistema de las Naciones Unidas no son legalmente vinculantes, pueden ser consideradas como contribución a una norma global emergente. En particular, si la misma declaración es emitida repetidamente y, especialmente, si está acompañada por una conducta conforme a los cambios legales, políticas y prácticas. Con relación a los derechos sexuales, se puede decir que ninguna declaración ha sido tan importante como la Plataforma de Acción de Beijing, en 1994. El párrafo 96 declaraba: “Los derechos humanos de las mujeres incluyen su derecho

a decidir libre y responsablemente, sobre todo los asuntos relacionados a su sexualidad, libres de coacción, discriminación y violencia”. Si bien en ese momento se limitó a las mujeres y se concentró en la salud en su aplicación y alcance, esta declaración representa la primera articulación intergubernamental acordada de lo que luego se consideró como derechos sexuales. Más recientemente, el informe intergubernamental de América Latina y el Caribe a 20 años de la implementación del PIDCP por parte de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe llegó a la conclusión de que los Estados deben “promover políticas que permitan a las personas ejercer sus derechos sexuales, los cuales incluyen el derecho a una vida sexual segura y plena, así como el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, orientación sexual e identidad de género, sin coacción, discriminación o violencia, y que garanticen el derecho a la información y los medios necesarios para su salud sexual y reproductiva”⁹.

Jurisprudencia de tribunales regionales e internacionales

La aplicación de las normas internacionales y regionales en materia de derechos humanos con relación a la salud sexual puede encontrarse en la jurisprudencia de varios tribunales internacionales, creados por tratados que tienen el poder de emitir decisiones vinculantes para las partes en disputa y contribuir a las normas internacionales y regionales. La Corte Penal Internacional, creada por el Estatuto de Roma, tiene tantos poderes como los tribunales internacionales *ad hoc* en materia de crímenes de guerra; lo mismo sucede con los tribunales regionales ligados a los sistemas regionales de tratados sobre derechos humanos como, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos y el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. Hasta la fecha no existen tales tribunales ni en Asia ni en el Pacífico.

Cada uno de estos tribunales ha emitido fallos interpretativos sobre derechos en casos decisivos relacionados con la sexualidad y la salud sexual. Estos incluyen decisiones que

afirman los derechos relacionados a la anti-concepción, el aborto, la educación sexual y el acceso de los y las adolescentes a servicios de salud sexual y reproductiva; así como la promoción del derecho a vivir libre de violencia sexual. También han abordado la protección de los derechos de libre asociación, de intimidad y de no discriminación a las personas transgénero y lesbianas u homosexuales, además de la protección de sus derechos a la intimidad en relación a su conducta con personas del mismo sexo[‡]. El trabajo de estos tribunales y la forma en la que interpretan y aplican las normas legales internacionales y regionales existentes a nuevos hechos y nuevas realidades son parte del dinamismo y la continua interpretación de las normas internacionales en materia de derechos humanos. Un ejemplo específico es la definición jurídica que se le da al abuso y a las violaciones sexuales. Históricamente, la definición legal penal en tiempos de paz sobre este tema era bastante limitada y reconocía la violación solo en casos de relación sexual que implicaba la penetración vaginal por un pene, realizada por un hombre a una mujer que no fuera su esposa, empleando la fuerza y contra la voluntad de ella. Como resultado de los Tribunales *ad hoc* en Ruanda y la ex-Yugoslavia, en 2010, la Corte Penal Internacional elaboró los elementos del delito de violación y proporcionó una definición más amplia, con elementos que pueden ser aplicados en situaciones de conflicto y de no conflicto. Según el Tribunal, el delito de violación cubre toda invasión o conducta coactiva que resulte en penetración, por más leve que esta sea, en cualquier parte del cuerpo de la víctima con un órgano sexual o con cualquier objeto o cualquier otra parte del cuerpo. Esta definición es lo suficientemente amplia para ser aplicada a todas las personas sin distinción de sexo o

‡ Si bien las autoras apoyan la causa de garantizar los derechos de todas las personas LGBTQI, buscamos especificar con exactitud qué es lo que apoya cada decisión: si el caso que se trataba era sobre personas que tienen relaciones con personas del mismo sexo, no se incluye en la lista que se aplica el principio de no-discriminación a personas ‘trans’. Esta práctica pone en evidencia la naturaleza parcial del desarrollo de algunos derechos sexuales y relacionados al género, revelando que aún hay mucho trabajo por hacer.

género¹⁰. Una revisión actual de los fallos que aplican normas relevantes de tribunales internacionales y regionales de derechos humanos, deja en claro que las leyes derivadas de los tratados que ellos hacen cumplir, reconoce que la violación puede ocurrir dentro del matrimonio y que debe ser tratada como delito. Además, demuestran la evolución de la comprensión jurídica del papel que juega la fuerza, la falta de consentimiento, y el deber del Estado de tomar seriamente las denuncias de violación con relación a los servicios y a la prevención^{11,12}. Dichas decisiones han contribuido a la evolución radical de la definición legal de la violación y estos elementos se están afirmando cada vez más en las leyes nacionales, con lo cual aumenta la protección contra la violencia sexual para todas las personas.

Normas de los órganos internacionales de monitoreo de tratados internacionales sobre derechos humanos

Los órganos de las Naciones Unidas encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados de derechos humanos, están conformados por expertos de las Naciones Unidas para monitorear la implementación de los tratados internacionales de derechos humanos. Si bien todos los órganos que monitorean dichos tratados han abordado temas de sexualidad y salud sexual, algunos, como el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), el Comité sobre los Derechos del Niño (CDN) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) tratan cada vez con mayor frecuencia, asuntos y denuncias en materia de derechos sexuales y salud sexual.

Además, los individuos o grupos de individuos pueden hacer denuncias a estos órganos, creados en virtud de tratados, bajo todos los protocolos facultativos –que deberán ser ratificados por separado por cada uno de los Estados– y son mecanismos adicionales adjuntos a algunos tratados. Las decisiones tomadas por los órganos de monitoreo de los tratados con relación a estas denuncias son interpretaciones autorizadas para el Estado implicado. Así mismo, proporcionan una guía para otros países sobre el significado de las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar un tratado.

Uno de los primeros ejemplos de gran relevancia para los derechos sexuales, fue el fallo de 1994 en el caso *Toonen vs Australia* emitido por el Comité de Derechos Humanos, el órgano de monitoreo del PIDCP. En este caso, en el que un hombre australiano desafió el derecho del estado de Tasmania a penalizar un comportamiento sexual del mismo sexo entre dos hombres, el comité consideró que la protección contra cualquier interferencia discriminatoria a la intimidad incluía la prohibición de penalizar las conductas sexuales íntimas considerándolas una forma de discriminación sexual^{13,14}. Luego de la decisión, el gobierno australiano promulgó la Ley de Derechos Humanos (Ley de Conducta Sexual) en 1994, según la cual los actos sexuales entre personas del mismo sexo ya no serían penalizados¹⁵. El veredicto marcó una mayor evolución de la ley con relación a los actos sexuales entre personas del mismo sexo y, por extensión, a la orientación sexual. Además, se ha utilizado como base para una reforma legislativa sobre conductas entre personas del mismo sexo en otros estados¹⁶, incluyendo a Fiji¹⁷ y Sudáfrica¹⁸.

Han surgido otros casos relacionados a la salud y los derechos sexuales, con relación al aborto y anticoncepción. Por ejemplo, en el 2011, CEDAW emitió una decisión histórica, *L.C. vs Perú*, con relación a una víctima de violación de 13 años, quien al darse cuenta de que estaba embarazada intentó suicidarse lanzándose de un edificio y lesionándose la columna. Se le negó un aborto terapéutico y se postergó la operación de su columna, a causa del embarazo, lo que le generó una seria discapacidad. Al determinar que el Perú había violado los derechos de la víctima, CEDAW puso énfasis particularmente en los derechos a la reparación y a la discriminación que sufrió con base a su edad y sexo (desigualdad de género) afectando el acceso de la niña a servicios de salud¹⁹.

Además de estas decisiones que se basan en casos, los órganos de los tratados también emiten declaraciones de interpretación general conocidas como Observaciones Generales o Recomendaciones, que ofrecen otros medios para que los Estados obtengan una mejor comprensión sobre el alcance de sus obligaciones bajo este tratado específico. Las Observaciones

Generales y las Recomendaciones que son de gran relevancia para la salud sexual incluyen la Recomendación General 24 del CEDAW sobre las mujeres y la salud²⁰. El Comentario General 14 del CDESC²¹ sobre el derecho a la salud²¹, y el Comentario General 15 del CRC sobre el derecho de los niños al disfrute del más alto nivel posible de salud²². El Comentario General 15 del CRC, por ejemplo, indica claramente que los Estados deben trabajar para garantizar que las niñas puedan tomar decisiones autónomas e informadas sobre su salud reproductiva, y que se debe garantizar el acceso a la educación sexual de los niños de acuerdo a su capacidad evolutiva²³. Estas interpretaciones generales son reconocidas como asuntos de derecho internacional a través de las cuales los tratados pueden evolucionar. Si bien estas observaciones no son leyes *per se*, a medida que los estados partes cumplen con estas recomendaciones, las nuevas interpretaciones ganan fuerza como declaraciones autorizadas de las implicancias del tratado²⁴. Por ejemplo, siguiendo la Recomendación General 19 del CEDAW sobre violencia contra las mujeres en 1992²³, los Estados empezaron a informar sobre cómo habían enmendado sus leyes para proteger a las mujeres y niñas de la violencia, incluyendo la violencia sexual, y cómo habían garantizado que los servicios de salud estuvieran en capacidad de lidiar con las consecuencias de dicha violencia.

Luego de que un Estado haya presentado su informe al comité y se haya establecido un “diálogo constructivo” con este, sumadas a las consideraciones presentadas en los “informes sombra” por la sociedad civil, el órgano de monitoreo del tratado emite sus “observaciones finales” al Estado. Este proceso de reporte establecido constituye un mecanismo importante de rendición de cuentas en derechos humanos que permite monitorear cómo los Estados implementan las obligaciones que contraen al firmar un tratado en particular.

Normas nacionales de derechos humanos

A nivel nacional, las constituciones, las decisiones de tribunales constitucionales y otros tribunales de revisión de alto nivel y legislación nacional (aquí referidos como “normas nacionales de derechos humanos”) pueden ser

relevantes a los derechos sexuales y a la salud sexual. La constitución portuguesa, por ejemplo, garantiza específicamente el derecho a la planificación familiar²⁵, y su Ley de Educación Sexual obliga a escuelas primarias, secundarias y escuelas profesionales, tanto públicas como del sector privado²⁶ a obedecerla. Otro ejemplo es la decisión tomada recientemente por la Corte Suprema de la India, que rompe con la normatividad binaria de género de hombre y mujer en las leyes y prácticas administrativas del país al reconocer la identidad de las personas transgénero y otorgarles los mismos derechos que a las demás personas²⁷. Si bien las leyes y las decisiones de tribunales nacionales son principalmente vinculantes para las personas y entidades que viven en o bajo el control del Estado, también pueden constituir ejemplos importantes, razonamientos persuasivos y guías para los tribunales nacionales e instancias legislativas de otros Estados.

Algunos países cuentan con más de un sistema para asignar derechos y responsabilidades legales, tales como el tener leyes organizadas en torno a doctrinas religiosas específicas y a principios o costumbres y tradiciones que la gente asigna solamente a las mujeres (por razones religiosas) o por elección puramente personal. En algunos países, el matrimonio, las herencias y algunos delitos pueden ser regidos por distintos sistemas. Sin embargo, uno de los principios fundamentales y poderosos del derecho internacional es que los Estados deben trabajar en todos sus niveles a fin de cumplir sus promesas internacionales. Esta regla está resumida en la frase *pacta sunt servanda*, que en latín significa que los acuerdos deben ser cumplidos. Por lo tanto, un gobierno nacional está obligado, por los tratados internacionales de derechos humanos que ha ratificado, a evaluar sus leyes en relación con sus compromisos internacionales en derechos humanos. A los Estados se les da libertad de acción para que ellos decidan cómo abordar los vacíos o violaciones de sus obligaciones internacionales mediante sus sistemas legales paralelos. Sin embargo, no se les permite alegar que sus leyes nacionales no están sujetas a la evaluación legal internacional de derechos humanos. Es importante subrayar que en muchos países con múltiples sistemas legales (aunque no en todos) existen compromisos internacionales de

derechos humanos y constituciones nacionales que pueden brindar una base para evaluar – generalmente bajo leyes contra la discriminación– qué leyes en los sistemas existentes no garantizan los derechos humanos⁶.

Los principios de derechos humanos y su aplicación en el desarrollo de nuevas normas con respecto a los derechos sexuales, la sexualidad y la salud sexual

Esta sección hace énfasis en nueve reglas clave que guían el desarrollo y aplicación de las normas y leyes sobre derechos humanos, y que son a la vez relevantes para las reivindicaciones sobre derechos sexuales.

El carácter universal, inalienable e indivisible de los derechos humanos

Los derechos humanos son universales e inalienables, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí. Son universales porque todas las personas que nacen tienen y poseen los mismos derechos sin importar dónde viven indistintamente de su género, raza, religión, cultura o etnia. Son inalienables porque los derechos humanos no son algo que se le pueda quitar a ningún ser humano. Son indivisibles e interdependientes porque todos los derechos –políticos, civiles, sociales, culturales y económicos– son iguales en importancia y ninguno puede ser completamente ejercido sin los otros. Se aplican a todas las personas por igual. Si a una persona se le niega un derecho, irremediamente se le impide gozar de los otros derechos. Por ejemplo, la discriminación contra personas porque viven con VIH o por la orientación homosexual de otras puede afectar sus derechos al trabajo, a la vivienda, a la educación o su acceso a servicios de salud. Que se cumpla un derecho depende a menudo, completamente o en parte, de que se cumplan los otros. Por ejemplo, el derecho a la salud puede depender de que se cumplan los derechos a la educación o a la información²⁸.

La no discriminación e igualdad: un principio básico de derechos que afianza a todos los otros derechos y al derecho en sí mismo.

La no discriminación constituye tanto un principio subyacente que guía la aplicación de todos los derechos humanos como una obligación específica del Estado para actuar sin

discriminación adversa y tomar ciertas medidas positivas a fin de lograr la igualdad entre todas las personas^{29,30}.

La no discriminación como instrumento para lograr la igualdad y la salud sexual

El principio de no discriminación está asociado en muchos aspectos a la sexualidad, salud sexual y derechos humanos. La desigualdad entre personas y grupos es un fuerte indicador de las cargas que genera la mala salud, incluyendo la mala salud sexual. Las desigualdades se manifiestan a través del acceso diferenciado que tienen las personas a los servicios y recursos, y en la habilidad que tienen para participar de las leyes y políticas que gobiernan sus vidas, así como para buscar reparaciones por los abusos cometidos en su contra³¹. La discriminación opera a través de procesos de desigualdad que rara vez están conectados a una sola característica de la persona, sino que son, más bien, alimentados por varios factores. De hecho, en los tratados internacionales de derechos humanos la discriminación es entendida como “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en cualquier motivo como lo son la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional o social, propiedad, nacimiento o cualquier otra situación y que tenga el propósito o efecto de anular o afectar el reconocimiento, goce o ejercicio de todas las personas a todos los derechos y libertades en igualdad de términos”^{32,33}.

Esta lista y la comprensión de los motivos de discriminación prohibidos no son exhaustivas. Por lo tanto, se interpreta que al hablar de “otras situaciones” se ha incluido la edad, orientación sexual, identidad de género, discapacidad y estado serológico, todas las cuales pueden afectar la salud sexual^{2,30,33-37}.

Distintas formas de discriminación pueden interactuar, a veces se las llama “discriminación interseccional” o “discriminación múltiple”, de modo que los análisis y reparaciones deben prestar atención no solo a un eje discriminatorio, como la discriminación sexual o de género, sino que deben tener en cuenta su conexión con otros estados, tales como raza, edad o nacionalidad, con el fin de entender la dinámica completa del obstáculo, y para que

las reparaciones sirvan efectivamente para lograr una igualdad significativa^{29,30,36}.

La no discriminación es un aspecto de las obligaciones del Estado para actuar de forma que no produzca o perpetúe obstáculos a la igualdad y al disfrute igual de derechos, que incluyan el nivel más alto de salud para todas las personas^{21,22,29,30}.

Las medidas para asegurar la no discriminación, incluyendo la de asegurar que todas las personas sean protegidas de igual manera por la ley, pueden requerir políticas y programas más amplios, incluyendo políticas de distribución de recursos y prioridades en todos los sectores de la sociedad, así como dentro del sistema de salud. Por ejemplo, eliminar la esterilización forzada de personas con discapacidad, de pueblos originarios, de minorías étnicas, y de personas transgénero e intersexuales requiere acciones legales pero también cambios en las políticas y prácticas en la prestación de servicios educativos y de salud, para asegurar que dichas esterilizaciones se realicen solamente cuando la persona en cuestión haya tomado una decisión completa, libre e informada³².

Las leyes como fuente de discriminación

Las leyes, políticas, programas y prácticas, incluyendo los contextos del sistema de salud, pueden ser fuente de discriminación y otras violaciones a los derechos humanos, con un impacto significativo sobre la salud. Las creencias sobre los roles apropiados para mujeres y hombres, por ejemplo, pueden a su vez dictar una conducta sexual esperada que a menudo logran verse reflejadas en la legislación que tiene efectos negativos sobre las vidas y la salud de las mujeres así como de los hombres. Muchas leyes discriminan a las personas que transgreden reglas sociales sobre el comportamiento social femenino o masculino; también a las personas cuya conducta sexual se considera inadecuada, incluyendo las relaciones sexuales sin reproducción y el sexo fuera del matrimonio o a personas cuyo rol de género en la conducta sexual no está de acuerdo con el comportamiento social esperado.

Algunas de las manifestaciones más dronianas de creencias y estereotipos discriminatorios se encuentran en el contenido y aplicación del derecho penal. Por ejemplo,

en muchos países se aplica el derecho penal para prohibir tanto el acceso como la prestación de información y servicios de salud sexual y reproductiva; para castigar la transmisión del VIH, además de una amplia gama de actos sexuales consensuados que ocurren entre personas con discernimiento. La penalización de estos comportamientos y acciones tiene muchas consecuencias para la salud de las personas, incluyendo su salud sexual. Las personas cuyas decisiones sexuales y reproductivas y cuyas conductas sexuales consensuadas son consideradas delitos penales pueden sentir que tienen que ocultar su comportamiento y acciones de los trabajadores de la salud, la policía y otras personas, por temor a ser estigmatizadas, arrestadas y enjuiciadas. Asimismo, son maltratadas con frecuencia por los proveedores de servicios de salud, reduciendo la probabilidad de que busquen estos servicios. Las personas que incurrir, o que otros las imaginan incurriendo en comportamientos que están fuera de la ley, son frecuentemente el blanco de una serie de abusos que incluyen la violencia (sexual o no sexual), extorsión, acoso y otras violaciones tanto de parte de personas o grupos particulares como de la policía, lo que a menudo queda impune⁶.

El uso de leyes penales con relación al acceso y el suministro de información y servicios esenciales para la salud sexual y reproductiva, y su aplicación a la conducta sexual, entra en contradicción con los derechos humanos según organismos internacionales, regionales y nacionales, por lo que muchos Estados han cambiado sus leyes nacionales para corregirlo⁶.

Muchos de ellos han tomado una serie de medidas contra la discriminación, ya sea incluyendo garantías relevantes en sus constituciones nacionales o elaborando leyes que brinden garantías explícitas para la no discriminación en un número de causales tales como sexo, género, orientación sexual y estado de salud. Algunos Estados han definido causales específicas de protección relevante a la salud sexual a través de la jurisprudencia nacional. Estas leyes y marcos constitucionales pueden, a su vez, ayudar a dar forma, diseñar y evaluar los programas de salud estatales y no estatales⁶.

Acciones de los Estados para acabar con la discriminación

La responsabilidad que tienen los Estados de combatir la discriminación se extiende mucho más allá del contenido de las leyes nacionales e incluso de la obligación de tomar medidas significativas para ponerle fin a la discriminación y establecer condiciones para la igualdad. Esta responsabilidad llega a todos los ámbitos de la vida: pública y privada, económica, social, cultural, política y civil. Las medidas que se tomen deberán estar en concordancia con los ámbitos en los cuales se apliquen. Por ejemplo, los Estados pueden reglamentar de forma distinta la vida pública y privada, como en el caso de que la instancia legislativa establezca que las escuelas públicas brinden educación sexual integral mientras que en el sector privado la legislación no tendría que aplicar dichos mandatos legales. A pesar de ello, el Estado tendría la obligación de brindar educación integral a través de otros medios, generalmente más accesibles. La magnitud de la obligación del Estado para acabar con la discriminación implica evaluar y revisar las leyes y prácticas que contienen componentes explícitamente discriminatorios tales como las regulaciones que brindan información y servicios de anticoncepción a mujeres y niñas dependiendo de su estado civil y/o consentimiento del marido (discriminación directa) o leyes que aunque parecen ser neutrales tienen efectos discriminatorios^{32,33}.

De hecho, algunas leyes aparentemente “neutrales respecto al género” pueden constituir discriminación contra las mujeres de todo tipo, incluyendo a las mujeres transgénero; por ejemplo, cuando un Estado fracasa en brindar los servicios requeridos exclusivamente para las mujeres y no solo en el suministro de servicios de salud reproductiva^{20,38}.

La meta de la no discriminación no implica únicamente el objetivo de la igualdad formal, en el cual todos los Estados tratan a todas las personas de igual manera y se concentra en la igualdad de normas, sino que busca la *igualdad sustantiva*, la que pueda requerir que se trate a personas en distintas situaciones de forma diferente³⁵. La prueba de la igualdad sustantiva reside en sus resultados: por ejemplo, si las personas en situaciones diferentes (como en el caso de las personas transgénero

o de personas que viven con una discapacidad) pueden acceder a recursos, participar y tomar decisiones en la vida pública y privada en igualdad, con la misma capacidad para influenciar los resultados y, en general, gozar de todos los derechos disponibles. Cualquiera de las medidas que tomen los Estados para lograr la igualdad sustantiva está sujeta a una evaluación en derechos humanos con la finalidad de asegurar que no sean arbitrarios o discriminatorios y que estén alineados con los principios de autonomía, respeto a la diversidad y sin estereotipos de género o raza. Un ejemplo sería determinar cómo, y en qué circunstancias las mujeres embarazadas son tratadas de forma diferente a las mujeres no embarazadas y a los hombres²⁹. Otro ejemplo es la noción de que el fracaso para adaptarse razonablemente a formas reconocibles de diferencia, tales como discapacidad, podría funcionar en sí misma como una forma de discriminación³⁹.

Las obligaciones de los Estados incluyen no solo evitar acciones discriminatorias sino también realizar acciones afirmativas para eliminar obstáculos y reparar legados históricos de desigualdad. En tales circunstancias, no están prohibidas las “discriminaciones positivas” como medidas especiales temporales. La legislación reparadora o las medidas administrativas llamadas “medidas especiales temporales”, son permitidas en muchos tratados internacionales de derechos humanos y en muchas leyes nacionales. No son solo permitidas como un elemento de igualdad, sino que pueden ser necesarios para asegurar derechos iguales, incluyendo derechos de salud sexual de un grupo históricamente desfavorecido, como lo son las mujeres de un grupo étnico específico o las refugiadas. Las leyes que brindan este tipo de trato no son consideradas discriminatorias, siempre y cuando su relevancia sea continuamente evaluada⁴⁰.

Respetar, proteger, cumplir

Las normas de derechos humanos establecen claramente que los Estados tienen tres tipos de obligaciones: *respetar, proteger y cumplir los derechos*^{20,21,41}. Un ejemplo de la obligación de *respetar* derechos en el contexto de la salud sexual sería adoptar leyes y otras medidas, que aseguren que la policía, como agentes del

Estado no pueda acosar o abusar de individuos que se vistan o comporten de forma que no cumpla con sus mandatos de género. Otro ejemplo sería una ley que elimine la obligación de las mujeres casadas a recibir la autorización de sus maridos para acceder a servicios de planificación familiar.

Bajo la obligación de *proteger*, los Estados deben elaborar leyes y políticas que brinden completa protección contra acciones o prácticas que hacen que algunas personas accedan a menos igualdad que otras. Esto incluye, por ejemplo, reformar las leyes que no logran proteger de igual manera a todas las personas frente a casos de agresión sexual como, por ejemplo, las leyes que no incluyen a las mujeres agredidas dentro del matrimonio o a los hombres como víctimas potenciales de agresiones sexuales o asegurándose que las leyes no determinen que las trabajadoras sexuales son menos dignas de protección frente a violaciones sexuales que el resto de las mujeres. Esto incluye también la promulgación de leyes que eliminen los obstáculos para que las personas accedan a información precisa y diversa sobre la sexualidad en los medios o la promulgación de leyes que no solo clasifiquen la violación sexual de hombres como delito penal procesable, sino que también aseguren que las víctimas accedan a los servicios adecuados. En estos contextos, si bien el derecho penal es parte, no es por sí solo suficiente para dar una respuesta adecuada de la promoción de derechos.

Los ejemplos de *cumplimiento* de derechos con relación a la sexualidad y la salud, incluyen asignar recursos significativos a la mejora de la salud sexual; por ejemplo, financiando campañas públicas de educación sobre el respeto a personas con diversas orientaciones sexuales e identidades y expresiones de género, o creando marcos legales que permitan que la sociedad civil se organice, eduque y proteja a los individuos contra abusos sexuales dentro del ámbito familiar.

Diligencia debida

El concepto de diligencia debida, mediante el cual el Estado es responsable de respetar, proteger y cumplir los derechos, funciona como una norma de revisión para los Estados en su

deber de asegurar el cumplimiento de derechos en general. Dado que los Estados tienen la misión de proteger a las personas, son estos los responsables si fracasan en la prevención de violaciones por parte de actores no estatales bajo condiciones específicas. En el contexto de la salud sexual donde, por ejemplo, la discriminación o la violencia impiden que algunos individuos puedan hacer valer sus derechos sobre una base de igualdad con otros, esto puede ser de importancia vital. De acuerdo al principio de diligencia debida, los Estados deben prevenir, investigar y castigar los actos que afecten cualquiera de los derechos reconocidos bajo la legislación internacional de derechos humanos. Los Estados están obligados a establecer mecanismos nacionales para la aplicación práctica y la supervisión de estas leyes, así como de asegurar la existencia de reparaciones integrales frente a la violación de estos principios.

El principio de diligencia debida ha sido explícitamente incorporado a los principios de las Naciones Unidas, tales como la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, que proclama que los Estados deben “ejercer la diligencia debida para prevenir, investigar y, de acuerdo a la legislación nacional, castigar los actos de violencia contra la mujer, ya sea que dichos actos sean perpetrados por el Estado o por personas particulares”^{22,44}.

Los organismos de derechos humanos están utilizando el concepto de diligencia debida cada vez con mayor frecuencia, como medida para evaluar la inacción del Estado cuando enfrenta la discriminación, la exclusión y la violencia ejercida por actores privados. Se está aplicando gradualmente el principio de diligencia debida de forma más generalizada a la violencia sexual y de género, a la violencia doméstica y a las violaciones sexuales dentro de la comunidad⁴³⁻⁴⁷. Esto incluye no solo al derecho penal, sino también a las acciones preventivas positivas, tales como ponerle fin a los estereotipos de género en su conjunto y en el contexto de la prestación de servicios de salud a poblaciones marginadas¹⁹.

La realización progresiva de los derechos

El principio de la realización progresiva reconoce que ningún Estado estará en posición

de cumplir todos los derechos de inmediato y por completo. Por ejemplo, las cuestiones financieras, técnicas y logísticas que deben ser abordadas para tener un sistema de salud que funcione satisfactoriamente y, por lo tanto, cumpla con el derecho a la salud, evolucionan constantemente y siempre pueden mejorarse. Esta regla dictamina que las medidas para la realización completa de esos derechos, incluyendo los derechos relacionados a la sexualidad y la salud sexual, deberán ser deliberadas, concretas y con objetivos marcados lo más claramente posible, para que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de derechos humanos, “en la medida que se lo permitan sus recursos disponibles”^{21,48}. Por lo tanto, requiere que todos los países evidencien esfuerzos concretos para avanzar hacia la realización total de los derechos en función de sus posibilidades y sin retrocesos deliberados. El principio de “no regresión” complementa al principio de realización progresiva. La regresión implica retroceder sobre decisiones y compromisos acordados, lo que no está permitido bajo ninguna circunstancia, intencional o no intencional. El principio de realización progresiva incluye la adopción de medidas legislativas y la provisión de reparaciones judiciales, así como medidas administrativas, financieras, educativas y sociales^{21,43}.

En este contexto, la comunidad internacional distingue entre la incapacidad y la falta de voluntad de un Estado para cumplir con sus obligaciones. Inclusive si se encuentran en una situación de incapacidad material o estructural, los Estados deben avanzar en forma sostenida hacia el logro de los hitos y objetivos pactados. Sin embargo, un número limitado de derechos son de efecto inmediato, tal como lo es el derecho a que se garantice adecuadamente que las leyes no sean discriminatorias. Por ejemplo, no se le puede negar a nadie la protección legal frente a la violencia o a la discriminación por razones de su sexualidad, independientemente de su estatus de ciudadanía. Ello implica que las/los solicitantes de asilo, refugiados/as, trabajadores/as migrantes y otras personas, que puedan encontrarse en el territorio o estar sujetas a la jurisdicción del Estado, deben estar protegidas. Por otro lado, las obligaciones de brindar vivienda o servicios de salud, están sujetas a la realización

progresiva, siempre y cuando el Estado tome medidas concretas y no discriminatorias para llegar a todas las personas que se encuentran dentro de sus fronteras^{21,30}.

La norma de “recursos disponibles” que se aplica cuando se evalúa si un Estado ha cumplido con su deber de realización progresiva también incluye lo que se ha recibido a través de la asistencia y cooperación internacionales. Por lo tanto, el deber del Estado de cumplir los derechos bajo el principio de realización progresiva se evalúa en el contexto de todo el financiamiento disponible, ya sea que este provenga de ayuda multilateral y bilateral o de financistas privados, y se aplica también a los países más ricos con relación a la ayuda que brindan más allá de sus fronteras^{21,49}.

Participación

Según la legislación internacional en materia de derechos humanos y, en concordancia con los acuerdos consensuados, los Estados tienen la obligación de asegurar la participación activa e informada de los individuos en la toma de decisiones que los afectan, incluyendo las cuestiones relacionadas a su salud^{21,50-52}. La participación de las poblaciones afectadas en todas las etapas de la toma de decisiones, y la implementación de políticas y programas, ha sido reconocida como un pre-requisito del desarrollo sostenible⁵³⁻⁵⁵; existe una sólida evidencia que demuestra la asociación entre la participación de las poblaciones afectadas y los resultados positivos en materia de salud^{56,57}. Cuando las poblaciones afectadas forman parte del desarrollo de programas y políticas, sus necesidades de salud y derechos humanos se abordan de mejor manera⁵⁸.

La participación de las comunidades puede ser variada, desde casos en que estas se unen para planear estrategias frente a las prioridades locales hasta la presentación de propuestas de las comunidades para la salud sexual y reproductiva, o de los movimientos sociales para abogar por un cambio en la política nacional. La participación también incluye que las personas, comunidades u organizaciones comunitarias se involucren en el diseño, implementación, manejo o evaluación de sus sistemas o servicios de salud comunitarios, inclusive con relación a la salud sexual y reproductiva⁵⁹. Las

diferenciaciones de poder basadas en el alfabetismo, idioma, clase social u otros factores que podrían excluir a los más afectados por las decisiones tomadas, tales como mujeres y niñas, han sido corregidas generalmente al promoverse significativamente la activa participación de estas.

La incapacidad de las poblaciones afectadas –tales como las trabajadoras sexuales y las víctimas de violencia– para participar en la elaboración y evaluación de leyes que afectan su salud sexual es en igual medida causa y consecuencia de discriminaciones continuas y de una constante o creciente exposición a la violencia y enfermedad. Por ejemplo, algunos países impiden legalmente que las asociaciones o grupos de trabajadores que se identifican como transgénero, lesbianas u homosexuales o trabajadoras sexuales se registren; otros promulgan leyes que penalizan su discurso. Todas estas medidas afectan la capacidad que tienen esas personas para trabajar contra la violencia o de prevenir el VIH y otros temas de gran importancia para la salud sexual. Tanto a nivel internacional como regional, los tribunales y organismos de derechos humanos han declarado que este tipo de leyes restrictivas son una violación a los derechos fundamentales de expresión, asociación y protección frente a la discriminación. En estas decisiones se afirma el principio básico de asegurar los derechos de participación en la sociedad⁶⁰⁻⁶³. Por ejemplo, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que se le debe permitir a las organizaciones LGBT marchar y hacer manifestaciones, se estaban defendiendo los principios subyacentes de participación cívica para todas las personas a través de las disposiciones de la Convención Europea para la asociación, así como para la no discriminación⁶⁴.

Límites permisibles a los derechos

Desde que se adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, se ha entendido que, en lo que respecta al ejercicio de sus derechos y al disfrute de sus libertades, “toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del

orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”⁶⁵. La cuestión crítica es siempre cómo evaluar si un estado ha logrado el equilibrio adecuado entre derechos e intereses cuando promulga normas que limitan alguna acción, declarando que su objetivo es proteger los derechos de los demás.

Algunos derechos, tales como la protección contra la tortura, el derecho a ser libres de esclavitud, y la libertad de la privación arbitraria de la vida, no pueden nunca verse restringidos por el Estado, bajo ninguna justificación⁶⁶.

Sin embargo, algunos tratados de derechos humanos tienen disposiciones que permiten que una pequeña lista de derechos sea suspendida temporalmente en caso de emergencias que amenacen la vida de una nación, pero aun la suspensión (“derogación”) de estos derechos no puede darse de manera discriminatoria⁶⁶. Además, hay algunos derechos que tienen cláusulas generales limitantes en los textos de los tratados: por ejemplo, algunos derechos a la libre asociación podrían suspenderse para proteger la salud de la población en general, pero la evolución de la jurisprudencia ha dejado en claro que esta excepción será analizada detalladamente, pues deberá probarse que la restricción se basa en evidencias de salud pública y que no discrimina innecesariamente a algunos grupos poblacionales. Un caso importante, que fue juzgado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha sido el derecho a la libertad de movimiento de un hombre seropositivo que había sido restringido, sosteniendo que las medidas obligatorias (aislamiento forzado) al que lo sometieron no se podían justificar con el argumento de la preocupación del Estado sobre las futuras prácticas sexuales del hombre⁶⁷.

Es un principio general que la mayoría de derechos pueden ser expresados solo hasta el punto en que su expresión impida que alguien más goce de un derecho^{68,69}. Por ejemplo, los derechos al lenguaje sexual podrán estar sujetos a restricciones de momento, lugar y forma apropiados⁷⁰. Las fundamentaciones de “salud” y “moral” han sido invocadas con regularidad por los Estados para justificar la imposición de leyes que limitan a los individuos, generando impactos serios en su salud sexual. Estas leyes incluyen aquellas que limitan la expresión y asociación de algunos grupos poblacionales,

tales como el de las trabajadoras sexuales o las de personas transgénero; leyes que penalizan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo u otros actos sexuales consentidos y leyes que prohíben algunos tipos de información sobre salud sexual y reproductiva. Sin embargo, hay principios humanos claves que demuestran que si se evoca la “moral” o la “salud” con el fin de limitar el disfrute de derechos humanos, estos deben darse en situaciones estrictamente necesarias y no pueden ser aplicadas de forma arbitraria o discriminatoria. La decisión *Toonen* de 1994, mencionada anteriormente, fue un caso precedente que puso en evidencia que ningún alegato sobre moral o “salud” (para la prevención del VIH) presentado por un Estado podía ser por sí solo suficiente para proteger las acciones del Estado de una evaluación sobre discriminación en el marco del PIDCP. Hay casos antiguos y recientes que han dejado en claro que desaprobar la homosexualidad o percibir que la información sobre identidad sexual es “obscena” no son fundamentos suficientes para la censura o negación de derechos de expresión y asociación^{60,71,72}.

El derecho a la reparación y compensación

La legislación internacional en materia de derechos humanos y muchas leyes constitucionales señalan que una de las obligaciones básicas de los Estados es brindar reparaciones efectivas frente a las violaciones de los derechos humanos, sin importar que el perpetrador sea un actor estatal o no^{73,29}. No hay una regla general para determinar qué es una reparación efectiva, pero deberá incluir un debido proceso y ser proporcional, lo que significa que el castigo y la compensación deberían ser iguales y no mayores a la naturaleza y la gravedad del daño. Además, para que sea significativo, el Estado deberá mostrar que ha tomado medidas para asegurar que la misma violación no vuelva a ocurrir. Esta acción, llamada “garantías de no repetición”, es también un aspecto crítico para las futuras reparaciones^{65,66,74-80}. Las garantías deberán ser tales que se pueda ver un verdadero cambio en las prácticas del Estado que conlleve efectivamente a prevenir las violaciones.

En el contexto de la sexualidad y la salud sexual, el derecho a una reparación efectiva

incluye una solución que responda a los aspectos sexuales y de género del daño ocasionado⁴². Por ejemplo, si a las mujeres solteras se les niega legalmente el acceso a la planificación familiar, una reparación efectiva debería incluir cambios en la ley que garanticen el acceso a información y servicios de planificación familiar, independientemente del estado civil.

Derechos legales específicos para menores de 18 años

De acuerdo a la legislación internacional en materia de derechos humanos, las personas menores de 18 años tienen derecho a todo el conjunto de derechos humanos; sin embargo, las obligaciones legales específicas de los Estados para con los jóvenes cambian cuando estos cumplen 18 años. A esta edad, todas las personas pueden hacer valer sus derechos de acuerdo a los derechos humanos fundamentales, tratados, constituciones y leyes nacionales. Es importante destacar las diferencias entre el régimen legal que rige los derechos de los menores de 18 años y las categorías de salud pública/programática, que incluyen a adolescentes y jóvenes entre las edades de 15 y 24.

Las distinciones que se hacen con base en la edad y que tienen que ver con apoyar los derechos de las personas menores de 18 años no son consideradas como discriminación. Existen normas específicas de derechos humanos que brindan orientación sobre cómo las personas menores de 18 años pueden acceder significativamente a sus derechos y gozar de ellos, incluyendo las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño con relación a la salud de los y las adolescentes^{22,76,81,82}. La aplicación de los principios de los derechos humanos a la infancia se basa en la noción de que la capacidad de pensar y actuar por uno mismo es un proceso evolutivo: a medida que niñas y niños crecen aumenta su capacidad de ejercer sus derechos. El sistema de los derechos humanos reconoce esto al equilibrar el poder de los padres, tutores y del Estado, por encima de los derechos del niño, aumentando los poderes del niño o la niña a medida que crece y disminuyendo el poder y las responsabilidades del Estado y de los padres con el correr del tiempo^{22,76,81,82}.

La clara línea que marca los 18 años para la mayoría de edad no significa que todas las personas menores de 18 años sean tratadas de igual manera. El artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño enfatiza que la capacidad evolutiva de los niños y niñas debería ser el principio rector para ayudarles a que ejerzan sus derechos. Significa que se da por entendido que los y las adolescentes mayores tienen más autonomía que los niños más pequeños. Este concepto equilibra el reconocimiento de que niños y niñas son sujetos activos de sus propias vidas, y sujetos de derecho con una autonomía creciente. A la vez, tienen derecho a la protección según su vulnerabilidad. Con relación a la salud sexual, es fundamental que niños y niñas estén protegidos del abuso y de la explotación sexual. Empero, los menores de 18 años también tienen derechos específicos de acceso a la información y servicios con relación a la sexualidad y la salud sexual sin necesitar la autorización de terceros, además del derecho a expresarse y actuar para contribuir a su propio desarrollo²².

La jurisprudencia del Reino Unido sobre este tema ha recibido atención y relevancia regional y global. La Cámara de los Lores del Reino Unido estableció que es legal que los doctores brinden orientación sobre anticoncepción y tratamientos a menores sin necesidad de contar con la autorización de sus padres, siempre que se cumpla con algunos criterios⁸³. Los criterios mencionados por el juez –que ahora se conocen como las Directrices de Fraser– se usan como principios orientadores para la prestación de servicios a adolescentes en el Reino Unido y en otros foros nacionales, regionales y globales. De acuerdo a estas directrices, es legal proporcionar anticonceptivos y otros tratamientos sin autorización de los padres, si el/la profesional de salud está convencido/a de que el/la joven entenderá sus consejos profesionales. No se le debe persuadir de informar a sus padres y sí, que por su mayor interés que se le proporcione tanto información como tratamiento anticonceptivo, sin necesidad del consentimiento de sus padres⁸⁴.

La legislación en materia de derechos humanos también exige que la ley no haga distinciones sobre la base de los estereotipos de género entre niñas y niños o que los establezcan de tal manera que impidan la expresión

de la diversidad de género o las decisiones sobre orientación sexual de las personas jóvenes. Los estereotipos de género no deben ser la base para determinar los derechos relacionados a la sexualidad: la edad mínima para casarse, por ejemplo, debería ser la misma (18 años); y aunque la edad del consentimiento sexual pueda ser menor que la edad para casarse, debe ser la misma en chicos y chicas, tanto para relaciones heterosexuales como para relaciones entre personas del mismo sexo. La no discriminación con relación a las expresiones de género, de sexo, de identidad de género y orientación sexual también son aplicables a los sujetos cuyos derechos están en evolución; es decir, los menores de 18 años^{22,30}.

Conclusión

La legislación en materia de derechos humanos no es ni estática ni una ley de la selva: evoluciona de acuerdo a reglas muy específicas que guían el desarrollo de todo el derecho internacional y no solo la legislación de derechos humanos. Las nueve reglas de aplicación e interpretación discutidas anteriormente han tenido un papel fundamental en el desarrollo de la estructura actual del derecho nacional e internacional relacionado con los derechos humanos, que apoyan los derechos sexuales y la salud sexual. Se puede decir que esto va mucho más allá que lo que cualquiera de los que elaboraron los tratados en los años 60, 70 y 80 pudieron imaginarse. Así es como debe de ser: la imaginación de quienes elaboraron los tratados no tiene que ser el límite del alcance de la ley. La participación de nuevos denunciantes; nuevas ideas sobre las personas; la interacción de los Estados en los regímenes globales de comercio, conflicto, salud y desarrollo, crean nuevos contextos y aliados en la evolución del entendimiento: ya sea acerca del matrimonio o de la capacidad de las personas jóvenes. Es aquí donde esta guía presenta algunas de las “reglas de tránsito” que pueden ser usadas para alentar a la evolución continua del régimen internacional de derechos humanos con el fin de fomentar la salud y la diversidad sexual.

El régimen actual no es perfecto, se encuentra precisamente en la intersección entre lo posible y lo ideal, con ideas conflictivas de cómo opera el ideal de los derechos humanos.

Muchos Estados y otros actores se resisten a la aplicación de estos principios al dinamismo de los derechos y proclaman que los derechos humanos constituyen un catálogo fijo de derechos o que este catálogo no puede ser usado para cambiar sus prácticas nacionales a causa de costumbres ancestrales, o que la sexualidad en particular está exonerada de una evaluación internacional. Como mencionamos en nuestro *Comentario** los derechos sexuales

no están exentos de estos cuestionamientos, ni tampoco lo está el proceso que desarrolla derechos sin prejuicios, estereotipos y juegos de poder. Por más que aceptemos los argumentos más conservadores sobre cómo se desarrolla la ley, está claro que *se desarrolla* y que los principios explorados en esta guía han sido parte de este desarrollo. Los derechos sexuales, como componente en evolución de los derechos humanos, son parte de esta evolución de derechos globales: están limitados pero también son libres de moverse en formas medidas que aseguren que todos podamos gozar de nuestros derechos con libertad y dignidad.

* pp. 34 - 44 de este número.

Referencias

- Hawkes S, Buse K. Sights set on sexual rights in global culture wars: implications for health. *The Lancet Global Health Blog*, 21 Sept 2015At: <http://globalhealth.thelancet.com/2015/09/21/sights-set-sexual-rights-global-culture-wars-implications-health>.
- International Commission of Jurists. Sexual orientation, gender identity and justice: a comparative law casebook. Geneva: ICJ, 2011.
- World Association for Sexual Health. Declaration of sexual rights. <http://www.worldsexology.org/resources/declaration-of-sexual-rights/>. 2014Retrieved 30 June 2015.
- Yogyakarta Principles. <http://www.yogyakartaprinciples.org/>. 2006Retrieved 30 June 2015.
- International Planned Parenthood Federation. Sexual rights: an IPPF declaration. London: IPPF, 2006.
- WHO. Sexual health, human rights and the law. Geneva: World Health Organization, 2015.
- WHO. Developing sexual health programmes: a framework for action. Geneva: WHO, 2010.
- Gender Expression, Gender Identity and Sex Characteristics Act. Malta, 2015.
- United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean [UNECLAC]. Montevideo: United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean, August 15 2013.
- International Criminal Court Assembly of States Parties. Elements of crimes. The Hague, International Criminal Court, 2011, 2010. (Official Records ICC-PIDS-LT-03-002/11_Eng).
- European Court of Human Rights. C.R. v. the United Kingdom (para. 42). Application nos 20166/92 and 20190/92, decided 22 November 1995. Strasbourg: European Court of Human Rights, 1995.
- European Court of Human Rights. M.C. v Bulgaria. Application nos 39272/98, decided 4 December 2003. Strasbourg: European Court of Human Rights, 2003.
- HRC. Views on Communication No. 488/1992: Toonen v. Australia. Geneva: United Nations Human Rights Committee, 1994. (UN Doc CCPR/C/50/D/488/1992).
- Kismödi E, Cottingham J, Gruskin S, Miller AM. Advancing sexual health through human rights: the role of the law. *Global Public Health*, 2015;10(2):252-267.
- Commonwealth of Australia. Human rights (sexual conduct) Act, No. 179, 1994. An Act to implement Australia's international obligations under Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Canberra: Australian Government, 1994.
- United Nations. Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity. In: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights. New York: United Nations, 2011 (UN Doc. A/HRC/19/41).
- Republic of Fiji High Court. Nadan and McCoskar v State. [2005] FJHC 500. Suva: Republic of Fiji, 2005. Decided on 26 August 2005.
- Republic of South Africa. Constitutional Court. National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others. Case CCT 11/98, 1998. Decided 9 October 1998.
- CEDAW. L.C. v. Peru. New York: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 2011. CEDAW/C/50/D/22/2009.

20. CEDAW. General Recommendation No. 24: Women and health. New York: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 1999. (UN Doc A/54/38).
21. CESCR. General Comment No.14: The right to the highest attainable standard of health. New York: United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 2000. (UN Doc E/C.12/2000/4).
22. CRC. General Comment No. 15: The rights of the child to the highest attainable standard of health. New York: United Nations Committee on the Rights of the Child, 2013. (UN Doc CRC/C/GC/15).
23. Roseman M, Miller A. Normalizing sex and its discontents: establishing sexual rights in international law. *Harvard Journal of Law & Gender*, 2011;34:2.
24. CEDAW. General Recommendation No. 19: Violence against women. New York: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 1992. (Contained in UN Doc A/47/38).
25. Constituica Da Republica Portuguesa Constitution of the Portuguese Republic. Article 67 s. 2, 1976. (in Portuguese).
26. Portugal. Lei n.º 3/84, de 24 de Março, Educação sexual e planeamento familiar (Law 3/84 on sexual education and family planning). 1984; and Lei n.º 60/2009 de 6 de Agosto, Estabelece o regime de aplicação da educação sexual em meio escolar (Law 60/2009 on sexuality education), 2009.
27. Supreme Court of India. National Legal Services Authority v. Union of India & Ors. 2012. [Writ Petition (Civil) No. 400 of 2012 ('NALSA')].
28. UNFPA. Human rights principles. UNFPA website: <http://www.unfpa.org/fr/node/9206#sthash.kvmP-DzH7.dpuf> Retrieved 3 July 2015.
29. CEDAW. General recommendation No. 28: Core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. New York: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, 2010. (UN Doc CEDAW/C/GC/28).
30. CESCR. General comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights. New York: United Nations, 2009. (UN Doc E/C.12/GC/20).
31. WHO. Closing the Gap in a generation. Health equity through action on the social determinants of health. Geneva: World Health Organization, 2008.
32. WHO. Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement, OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF and WHO. Geneva: World Health Organization, 2014.
33. HRC. General Comment No. 18: Non-discrimination. New York: United Nations Human Rights Committee, 1989.
34. OAS. General Assembly Resolution: Human rights, sexual orientation and gender identity. Washington DC: Organization of American States, June 3 2008. (OAS Doc AG/RES.2435 (XXXVIII-O/08)).
35. OAS. General Assembly Resolution: Human rights, sexual orientation and gender identity. Washington DC: Organization of American States, 4 June 2009. (OAS Doc. AG/RES.2504(XXXIX-O/09)).
36. OAS. Human rights, sexual orientation and gender identity. Resolution AG/RES. 2653 (XLI-O/11). Washington DC: Organization of American States, 2013.
37. Council of Europe. Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. (ETS NO. 177) Strasbourg: Council of Europe, 2000.
38. CESCR. General Comment No. 16: The equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights. New York: United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 2005. (UN Doc. E/C. 12/2005/4).
39. United Nations. Convention on the Rights of Persons with Disabilities. New York: United Nations, 2006. Adopted 13 December 2006, entered into force 3 May 2008 (UN Doc A/RES/61/106, 2515 UNTS 3).
40. CEDAW. General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures. New York: United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 2004.
41. Commission on Human Rights. Report of the United Nations Special Rapporteur on the right to food, Jean Ziegler. Geneva: United Nations Commission on Human Rights, 2006. (UN Doc. E/CN.4/2006/44).
42. United Nations. Declaration on the Elimination of Violence against Women. New York: United Nations, 1993. (UN Doc A/RES/48/104).
43. European Court of Human Rights. *Kontrová v. Slovakia*. Application no. 7510/04. Strasbourg: European Court of Human Rights, 2007.
44. European Court of Human Rights. *Opuz v. Turkey*. Application no. 33401/02. Strasbourg: European Court of Human Rights, 2009.
45. European Court of Human Rights. *Branko Tomašić and Others v. Croatia*. Application no. 46598/06. Strasbourg: European Court of Human Rights, 2009. Decided on 15 January 2009.

46. Inter-American Commission on Human Rights. Jessica Lenahan (Gonzales) et al. v. United States. In: Report No. 80/11, Case 12.626. Washington DC: Inter-American Court on Human Rights, 2011 Decided on 21 July 2011.
47. Inter-American Court of Human Rights. Caso González y otras ("Campo algodonero") v. México (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Washington DC: Inter-American Court on Human Rights, 2009.
48. United Nations. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. New York: United Nations, 1966. (A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3).
49. Bueno de Mesquita J, Hunt P. International assistance and cooperation in sexual and reproductive health: a human rights responsibility for donors. Colchester: University of Essex Human Rights Centre, 2008.
50. United Nations. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW). New York: United Nations, 1979. Article 7 (b).
51. United Nations. Programme of Action of the International Conference on Population and Development. New York: United Nations, 1994.
52. CEDAW. General Recommendation No. 23: Political and public life. New York: Committee on Elimination of forms of Discrimination Against Women, 2007.
53. UNDP. Investing in Development. A practical Plan to Achieve the Millennium Development Goals. New York: United Nations Development Programme, 2005.
54. United Nations Development Group. The human rights based approach to development cooperation: towards a common understanding among UN agencies. At: <http://hrbaportal.org/the-human-rights-based-approach-to-development-cooperation-towards-a-common-understanding-among-un-agencies>. 2003(Accessed 1 May 2014).
55. United Nations Secretary-General. Global strategy for women's and children's health. New York: The Partnership for Maternal, Newborn and Child Health and the United Nations Secretary-General, 2010.
56. Ferguson L, Halliday E. Participation and human rights: impact on women's and children's health. What does the literature tell us? In: Women's and Children's Health: Evidence of impact of human rights. Geneva: World Health Organization, 2013.
57. WHO. Women's and Children's Health: Evidence of impact of human rights. Geneva: World Health Organization, 2013.
58. Potts H. Participation and the right to the highest attainable standard of health. Colchester: University of Essex, Human Rights Centre, 2008.
59. OHCHR. For concise summary see: What are human rights? United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights. At: <http://www.ohchr.org/en/issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>(Accessed 1 May 2014).
60. HRC. Fedotova v. Russian Federation. Communication No. 1932/2010. New York: United Nations Human Rights Committee, 2012.
61. United Nations. Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Anand Grover. New York: United Nations, 2010. (UN Doc. A/HRC/14/20).
62. Bedford v Canada (AG) 2013 SCC 72, 3 SCR 1101, 2013 [Supreme Court of Canada, published 2013].
63. UNDP. Discussion paper: Transgender health and human rights. New York: United Nations Development Programme, 2013.
64. European Court of Human Rights. Baczkowski and Others v Poland. Application no. 1543/06. Strasbourg: European Court of Human Rights, 2007.
65. United Nations. Universal Declaration of Human Rights. New York: United Nations, 1948. (UN Doc. A/RES/3/217A).
66. United Nations. International Covenant on Civil and Political Rights. New York: United Nations, 1966. (UN Doc A/6316, 999 U.N.T.S. 171).
67. European Court of Human Rights. Kiyutin v Russia App no 2700/10. European Court of Human Rights, March 10 2011.
68. United Nations. The Siracusa principles on the limitation and derogation provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights. New York: United Nations Economic and Social Council, 1985. (U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex).
69. HRC. General comment No. 22: The right to freedom of thought, conscience and expression. New York: United Nations Human Rights Committee, 1993. (UN Doc CCPR/ C/21/Rev1/Add4).
70. European Court of Human Rights. KAOS G.L. v. Turkey. Application no. 4982/07. Strasbourg: European Court of Human Rights, 2007.
71. European Court of Human Rights. Handyside v. the United Kingdom. Application no. 5493/72. Strasbourg: European Court of Human Rights, 1976. Decided on 7 December 1976.
72. European Court of Human Rights. Alekseyev v. Russia. Application nos. 4916/07, 25924/08 and

- 14599/09. Strasbourg: European Court of Human Rights, 2010. Decided on 21 October 2010.
73. HRC. General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties. New York: United Nations Human Rights Committee, 2004. (UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.13).
74. United Nations. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. New York: United Nations, 1965. (UN Doc. A/6014).
75. United Nations. Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. New York: United Nations, 1984. (UN Doc. A/39/51).
76. United Nations. Convention on the Rights of the Child. New York: United Nations, 1989.
77. United Nations. International Convention on the Rights of Migrant Workers and Their Families. New York: United Nations, 1990.
78. Council of Europe. European Convention on Human Rights. Rome: Council of Europe, 1950.
79. OAS. American Convention on Human Rights. San José, Costa Rica: Organization of American States, 1969.
80. Organization of African Unity. African Charter on Human and People's Rights. Banjul: Organization of African Unity, 1981. (OAU Doc. AB/LEG/67/3 rev. 5).
81. CRC. General Comment No. 3: HIV and the rights of the child. New York: United Nations Committee on the Rights of the Child, 2003. (UN Doc CRC/GC/2003/3).
82. CRC. General Comment No. 4: Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child. New York: United Nations Committee on the Rights of the Child, 2003. (UN Doc CRC/GC/2003/4).
83. House of Lords. House of Lords, Parliament of the United Kingdom. *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 All ER 402 (HL), 1985.
84. British Medical Association. Gillick competency and Fraser guidelines. Available at: [https://www.nspcc.org.uk/British Medical Association](https://www.nspcc.org.uk/British%20Medical%20Association). Consent, rights and choices in health care for children and young people. London: BMJ Publishing Group, 2001.
85. Sexual health, human rights and the law. *Reproductive Health Matters*, 2015;23(46):193-195.
-