



**LOS DERECHOS SEXUALES
Y REPRODUCTIVOS
Y EL PODER JUDICIAL
EN AMÉRICA LATINA**



Consejo de la
Judicatura Federal

**O'NEILL
INSTITUTE**
FOR NATIONAL & GLOBAL HEALTH LAW
GEORGETOWN LAW

El desarrollo de esta publicación se realizó de manera coordinada por la Dirección General de Derechos Humanos, Igualdad de Género y Asuntos Internacionales del Consejo de la Judicatura Federal y el Instituto O’Neill para el Derecho de Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown.

Las opiniones aquí vertidas son responsabilidad única de las personas autoras y no representan la postura oficial de las instituciones que colaboraron en su integración.



Consejo de la Judicatura Federal:

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

Ministro Presidente

ALEJANDRO SERGIO GONZÁLEZ BERNABÉ

SERGIO JAVIER MOLINA MARTÍNEZ

EVA VERÓNICA DE GYVÉS ZÁRATE

BERNARDO BÁTIZ VÁZQUEZ

LILIA MÓNICA LÓPEZ BENITEZ

Coordinación general:

REBECA SAUCEDO LÓPEZ

Dirección General de Derechos Humanos, Igualdad de Género
y Asuntos Internacionales del Consejo de la Judicatura Federal

ARIADNA TOVAR RAMÍREZ e IVONNE GARZA GARZA

Instituto O'Neill para el Derecho de Salud Nacional y Global

Ciudad de México, noviembre 2022.

Los derechos sexuales y reproductivos y el poder judicial en América Latina



Consejo de la
Judicatura Federal

O'NEILL
INSTITUTE
FOR NATIONAL & GLOBAL HEALTH LAW
GEORGETOWN LAW

Índice

PRÓLOGO	PÁG. 6
---------------	--------

PRIMERA PARTE

Los derechos sexuales y reproductivos en los mecanismos regionales de derechos humanos

LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

<i>Silvia Serrano Guzmán y Aura Guerrero</i>	PÁG. 11
--	---------

EL PODER JUDICIAL Y LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. UNA MIRADA DESDE EL COMITÉ DE EXPERTAS DEL MESECVI

<i>Marcela Huaita Alegre</i>	PÁG. 29
------------------------------------	---------

SEGUNDA PARTE

El ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en los países de la región: Colombia, Chile y México

VIOLENCIA REPRODUCTIVA EN CONTEXTOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL: NOTAS SOBRE LOS DESAFÍOS DEL CASO COLOMBIANO

<i>Oscar Parra Vera</i>	PÁG. 43
-------------------------------	---------

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL EN CHILE: ANATOMÍA DE UN ERROR

<i>Gonzalo García Pino</i>	PÁG. 57
----------------------------------	---------

EL ABORTO EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

<i>Luz Rebeca Lorea Hernández</i>	PÁG. 75
---	---------

TERCERA PARTE

Sin dejar a nadie atrás, sin dejar a nadie fuera: El ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en grupos más excluidos

UNA APROXIMACIÓN AL MODELO DE AUTONOMÍA CON APOYOS PARA LA TOMA DE DECISIONES EN SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

<i>Natalia Acevedo Guerrero</i>	PÁG. 95
---------------------------------------	---------

MI CUERPO, MI DECISIÓN: EL TRABAJO SEXUAL Y LA LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS

<i>Georgina Orellano</i>	PÁG. 115
--------------------------------	----------

PRÓLOGO

Esta publicación es resultado del *Simposio: Los derechos sexuales y reproductivos y el poder judicial en América Latina*, realizado en 2020 conjuntamente por la Dirección General de Derechos Humanos, Igualdad de Género y Asuntos Internacionales del Consejo de la Judicatura Federal, el Fondo de Población de las Naciones Unidas en México y el Instituto O’Neill para el Derecho de Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown. Fue un espacio para la conversación multidisciplinaria e intersectorial, entre personas del Poder Judicial de la Federación, la sociedad civil organizada, la academia y organismos nacionales e internacionales, sobre las barreras y oportunidades para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, el uso de la jurisprudencia nacional y regional en el tema, y los retos del sistema de justicia para juzgar y defender con perspectiva de género en materia de sexualidad y reproducción.

Los derechos sexuales y reproductivos son un aspecto esencial de todas las personas, que se relacionan con su libertad y la capacidad de decidir, de disfrutar y sentir el placer, así como de vivir la sexualidad acorde a los deseos, gustos y preferencias sexuales, de forma segura y en igualdad de condiciones. Igualmente, estos derechos humanos implican el acceso a bienes y servicios de salud sexual y reproductiva para hacer efectivas las decisiones tomadas en estos ámbitos, sin coacción, violencia o discriminación de ningún tipo. En ese sentido, la labor de los poderes judiciales cobra particular relevancia para garantizar el pleno goce y ejercicio del máximo nivel posible de estos derechos, cuando su labor interpretativa parte de una defensa de los derechos humanos y la perspectiva de género que contribuya a la autodeterminación de la vida sexual y reproductiva de todas las personas en su diversidad.

Los poderes judiciales en la región de América Latina, a través de sus decisiones, han realizado esfuerzos significativos los cuales es necesario seguir impulsando para evitar retrocesos. Como ejemplo de esos avances, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en México ha declarado la constitucionalidad de legislaciones que reconocen el matrimonio entre parejas del mismo sexo¹, y se ha pronunciado en contra de aquellas que no lo permiten, con base en la preferencia u orientación sexual². En términos similares, en 2011, también el Supremo Tribunal de Brasil reconoció los derechos de las parejas del mismo sexo para contraer matrimonio³. Y, desde 2008, la SCJN se ha pronunciado en dos principales precedentes sobre el reconocimiento sexo-genérico en los documentos identitarios de las

¹ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, resuelta por el Pleno de la SCJN, en sesión de 16 de agosto de 2010. Disponible en: <https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Ministros/Meza/Accion2-2010.pdf>

² Amparo en revisión 581/2012, resuelto por la Primera Sala de la SCJN, en sesión de 5 de diciembre de 2012. Disponible en: <http://mxscjnbiblio.scjn.pjf.gob.mx/Tematica/Detalle.aspx?AsuntoID=143969>. En términos similares, se resolvieron los amparos en revisión 475/2012, 567/2012, 122/2014, 591/2014, 263/2014, 483/2014 y 1127/2015, estos últimos dos también respecto de la figura del concubinato.

³ Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/el-tribunal-supremo-de-brasil-legaliza-las-union-de-hecho-entre-personas-del-mismo-sexo/>

personas transexuales⁴ y la obligación de garantizar procedimientos efectivos para ese fin⁵. Dicho tribunal ha reconocido la impartición de educación sexual a menores de edad, como parte de su derecho a la salud y conforme al interés superior de la infancia, a pesar de la oposición de los padres y madres basada en sus creencias religiosas⁶.

En ese orden de ideas, un tema polémico y de larga data en la lucha feminista por la autodeterminación reproductiva ha sido la interrupción del embarazo, donde en algunos países los cambios por el reconocimiento de este derecho se han visto reflejados en políticas públicas de acceso a servicios de salud, como Argentina⁷, o el caso de Chile donde se impulsó una iniciativa constitucional⁸ para reconocerlo en su proyecto de nueva constitución⁹. Pero también, los poderes judiciales de la región han jugado un papel importante en este tema, tal es el caso de la Corte Constitucional de Ecuador que, en 2021, determinó inconstitucional la restricción al acceso al aborto únicamente cuando el embarazo es producto de una violación a una mujer con discapacidad mental¹⁰; la discusión en la Corte Constitucional de Colombia respecto del retiro del delito de aborto del Código Penal, que derivó en la decisión emitida el pasado mes de febrero de 2022 que permite la interrupción del embarazo hasta la semana 24¹¹; y, más recientemente, la SCJN de México que, en septiembre de 2021, se pronunció a favor de garantizar el derecho de las mujeres y personas gestantes a interrumpir su embarazo, sin enfrentar consecuencias penales¹², y determinó que las entidades federativas no tienen competencia para definir el origen de la vida humana, con el pretexto de prohibir la interrupción del embarazo bajo el argumento de la “protección del producto de la concepción”¹³.

No obstante, pese a estos grandes avances, el abordaje de los derechos sexuales y los reproductivos continúa generando polémica, toda vez que están atravesados por prejuicios y estereotipos de

⁴ Amparo directo 6/2008, resuelto por el Pleno de la SCJN, en sesión de 6 de enero de 2009. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=100190> y <https://sjf2.scjn.pjf.gob.mx/detalle/tesis/165695>

⁵ Amparo en revisión 1317/2017, resuelto por la Primera Sala de la SCJN, en sesión de 17 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-01/AR%201317-2017%20PDF%20p%C3%BAblica.pdf>

⁶ Amparo en revisión 203/2016, resuelto por la Segunda Sala de la SCJN, en sesión de 9 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=194858>

⁷ Disponible en: Ipas México

⁸ Ipas México, *ibidem*.

⁹ El pasado 4 de septiembre de 2022, la propuesta de nueva Constitución chilena fue rechazada con un 62% de los votos. Disponible en: <https://elpais.com/chile/2022-09-05/chile-rechaza-rotundamente-la-nueva-constitucion.html>

¹⁰ Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2021-04-29/el-constitucional-de-ecuador-despenaliza-el-aborto-en-casos-de-violacion.html>

¹¹ Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2022-02-21/colombia-logra-un-avance-historico-al-despenalizar-el-aborto-hasta-la-semana-24.html>

¹² Comunicado de prensa no.271/2021 de 7 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6579>

¹³ Disponible en: https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2021/11/GIRE_INFORME_2021.pdf página 26.

género profundamente arraigados en la sociedad, así como por puntos de vista políticos, culturales y religiosos que aún plantean retos, barreras y amenazas a su reconocimiento, respeto y garantía. Ante el contexto latinoamericano actual, el poder judicial no puede quedar ajeno a la necesidad de impulsar cambios estructurales y respuestas estatales que protejan el libre ejercicio de la sexualidad y la reproducción de las personas. Un punto de partida es la vigencia efectiva de los derechos humanos que las normas nacionales y los tratados internacionales reconocen para todas las personas. Sin embargo, es primordial cuestionar si los temas relativos a los derechos de las mujeres y de las disidencias sexo genéricas se analizan desde un enfoque de género.

La aplicación ciega de las normas, la apreciación de los casos sin desentrañar los desequilibrios de poder entre mujeres y hombres, así como otras circunstancias que colocan a las mujeres, niñas y cuerpos feminizados en situación de desventaja, perpetúa esta desigualdad social de origen. Lo anterior cobra una relevancia fundamental para la actividad jurisdiccional, pues se traduce en la obligación de juzgar con perspectiva de género y con enfoque interseccional en todas las controversias que involucran el goce efectivo de derechos de estos grupos vulnerabilizados y cuestionar los criterios aparentemente neutrales con los que se imparte justicia, con procesos basados en la igualdad y la no discriminación.

Ante este engranaje de retos, es apremiante construir alianzas entre personas defensoras de derechos humanos, la sociedad civil, la academia, las instituciones y los organismos nacionales e internacionales para proporcionar respuestas efectivas que salvaguarden los derechos sexuales y reproductivos sin discriminación de ningún tipo. Esta publicación pretende ser una herramienta con parámetros prácticos, elementos teóricos y metodológicos, incluyendo aportes de experiencias comparadas, que sirvan para fortalecer las capacidades técnicas de las personas operadoras del sistema de justicia para abordar y analizar casos que involucran estos derechos de forma integral y garantista, desde una perspectiva multidisciplinaria y regional.

Se espera que esta colaboración juegue un rol central en el intercambio de experiencias sobre la judicialización de los derechos sexuales y reproductivos, en la expansión de condiciones sociales para el goce efectivo de todos los derechos humanos, así como en el desmantelamiento de las barreras legales que persisten para su pleno respeto y garantía en condiciones de igualdad y dignidad.

Agradecemos a las autoras y a los autores que forman parte de esta publicación, que esperamos sea una referencia y un puente de comunicación e intercambio entre la teoría y la práctica para las personas interesadas en el tema y, muy especialmente, para quienes tienen a su encargo la tarea fundamental de impartir justicia.

*Dirección General de Derechos Humanos, Igualdad de Género y
Asuntos Internacionales del Consejo de la Judicatura Federal*

*Instituto O'Neill para el Derecho de Salud Nacional y
Global de la Universidad de Georgetown*

PRIMERA PARTE

Los derechos sexuales
y reproductivos en los
mecanismos regionales
de derechos humanos



LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*Silvia Serrano Guzmán** y *Aura Guerrero***

Sumario

A. Introducción. B. Violencia sexual. C. Discriminación por orientación sexual e identidad de género. D. Derechos sexuales y reproductivos en el ámbito educativo. E. Salud sexual y reproductiva. F. Consideraciones finales.

A. Introducción

En este texto se sintetizan algunos de los criterios más relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en materia de derechos sexuales y reproductivos.

En la primera sección, abordamos los casos relacionados con violencia sexual, incluyendo tanto cuestiones probatorias y de calificación jurídica, como los parámetros en materia de debida diligencia en las investigaciones. En la segunda parte nos referiremos a los casos sobre discriminación por orientación sexual que no guardan relación con la violencia sexual. En la tercera sección haremos referencia a los criterios relativos a la educación en materia sexual y reproductiva. Y en la cuarta parte, abordaremos otros casos relacionados con derechos reproductivos. Finalmente, destacamos los debates más importantes de los casos relacionados con todos los temas tratados en el presente documento y que se encuentran pendientes de decisión por parte de la Corte IDH.

B. Violencia sexual

La Corte IDH ha conocido varios casos sobre violencia sexual que le han permitido desarrollar (y evolucionar) sus criterios respecto de diversos temas que, por razones metodológicas, organizaremos en tres grupos: i) Temas probatorios; ii) Calificaciones jurídicas; y iii) Debida diligencia en las investigaciones. Estos casos incluyen violencia sexual cometida tanto por actores estatales como no estatales, cuestión que comentaremos transversalmente.

I. Temas probatorios

La primera oportunidad que tuvo la Corte IDH de analizar un alegato de violencia sexual fue en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, en el que de manera escueta afirmó que la violación sexual era un acto respecto del cual no era posible obtener prueba directa de su comisión “dada la naturaleza del hecho”¹. Como consecuencia de este criterio desafortunado, la Corte IDH determinó que la violencia sexual alegada no fue acreditada.

* Abogada. Directora Asociada de la Iniciativa Salud y Derechos Humanos del Instituto O’Neill en Derecho y Salud Global de la Universidad de Georgetown. Profesora en la misma Universidad.

** Abogada por la Escuela Libre de Derecho y Maestra en Derechos Humanos por el ITAM, y en Derecho Internacional por la Universidad de Georgetown. Abogada en el Estado de Nueva York, EUA. Asociada Junior de la Iniciativa Salud y Derechos Humanos del Instituto O’Neill en Derecho y Salud Global.

¹ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 58.

Aunque la Corte IDH volvió a pronunciarse sobre violencia sexual en el caso del *Penal Castro Castro vs. Perú*, que será analizado más adelante en lo relativo a las calificaciones jurídicas, el criterio probatorio fue superado de manera clara recién 12 años después en los casos *Rosendo Cantú y otros y Fernández Ortega y otros, ambos contra México*. Estos casos tenían como punto común que trataban de la violación sexual de dos mujeres indígenas por parte de miembros de las fuerzas militares. En dichas sentencias la Corte IDH modificó sus criterios probatorios en casos de violencia sexual en varios sentidos. El punto principal de este cambio fue la determinación de que la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho², aun si hay inconsistencias en el relato³. Igualmente, la Corte IDH entendió la importancia del uso de circunstanciales para acreditar una violación⁴. Así, aunque la Corte IDH reiteró lo afirmado anteriormente en cuanto a que la violación sexual es una agresión que por lo general ocurre en presencia sólo de la víctima y su agresor, esta valoración no fue usada para evadir la valoración probatoria como en el caso *Loayza Tamayo*, sino para fortalecer la relevancia de la declaración de la víctima y la irrazonabilidad de exigir pruebas gráficas o documentales.

Esta aproximación de la Corte IDH se fortaleció en los casos *Espinoza González y J., ambos contra Perú*. En lo relevante para este texto, las víctimas fueron sometidas a diferentes actos de violencia sexual por parte de agentes del Estado en el contexto de la persecución penal por terrorismo. En ambos asuntos la Corte IDH reiteró que no puede esperarse la existencia de pruebas gráficas o documentales en casos de agresiones sexuales, de manera que la declaración de la víctima constituye prueba fundamental del hecho⁵. En *Espinoza González vs. Perú*, la Corte IDH destacó que dado el impacto traumático que este tipo de agresiones tiene en las víctimas de violencia sexual, se justifica la existencia de algunas imprecisiones narrativas, sin que ello implique una disminución de la credibilidad de sus dichos⁶. De igual modo, la Corte IDH determinó que la falta de evidencia médica tampoco puede incidir en las valoraciones sobre la veracidad de la declaración de la víctima⁷, enfatizando que es posible que ocurran actos de violencia sexual sin lesiones físicas o consecuencias verificables⁸.

En el caso *J. vs. Perú* la Corte IDH reiteró que la declaración de una víctima de violencia sexual es prueba fundamental, agregando que esta valoración opera con independencia de la

² Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 100.

³ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 91-92; y Corte IDH. *Caso Fernández Ortega*, párr. 106.

⁴ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 102 – 106.

⁵ Corte IDH. *Caso Espinoza González Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 150; Caso *J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, 323.

⁶ *Ibidem*, párr. 150.

⁷ *Ibidem*, párr. 153.

⁸ *Idem*.

calificación jurídica que la víctima le dé a los hechos⁹. De igual modo, en *J. vs. Perú* la Corte IDH indicó que al analizar las declaraciones de las víctimas de violencia sexual se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales “corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva”¹⁰. Cabe destacar que en este caso la Corte IDH le dio relevancia fundamental al contexto del uso generalizado de la violencia sexual por parte de agentes estatales contra mujeres procesadas por terrorismo¹¹, tal como lo determinó la Comisión de la Verdad¹². Además, la Corte IDH le dio efectos probatorios a la falta de investigación de los hechos por parte del Estado¹³, recordando que los Estados no pueden ampararse en su propia omisión de investigar.

Más recientemente, en el caso *Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador* en el que se abordó la violencia sexual sufrida por una adolescente en el ámbito educativo, al punto que terminó en su muerte, la Corte IDH también se refirió a cuestiones de prueba. En particular, consideró que la ausencia de una declaración de la víctima, dado que ésta había ya fallecido, no podía llevar a la Corte a abstenerse de emitir un pronunciamiento¹⁴. Así, la Corte IDH consideró que existían elementos probatorios claros que debían tenerse como suficientes para declarar acreditados los hechos, incluyendo elementos indiciarios. Dentro de los mismos, la Corte IDH consideró declaraciones de amigos, personal escolar, familiares, así como cartas escritas por la víctima antes de suicidarse¹⁵. Cabe mencionar el uso por parte de la Corte IDH de un peritaje psicológico forense elaborado con posterioridad a la muerte de la víctima¹⁶.

II. Calificaciones jurídicas

Además de la cuestión probatoria, en la jurisprudencia de la Corte IDH también es posible identificar una evolución en cuanto a las calificaciones jurídicas en casos de violencia sexual. Esta evolución se ha dado en varios sentidos: la definición de actos que configuran violencia sexual; la definición de actos de violencia sexual que constituyen violación sexual; la determinación de los actos de violencia y violación sexual que corresponde calificar como formas de tortura; y los hechos que pueden constituir esclavitud sexual.

En cuanto al primer punto, en el caso del *Penal Castro Castro vs. Perú* – relacionado con una serie de violaciones de derechos humanos derivadas del uso excesivo de la fuerza en un

⁹ Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*, párr. 323.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Ibidem*, párr. 316-317.

¹² *Ibidem*, p. 304.

¹³ *Ibidem*, párr. 343 y 353.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 125.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 125.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 137, nota al pie 131.

centro de reclusión penal, la Corte IDH consideró que la violencia sexual “se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento”¹⁷ y puede existir también ante actos que no involucren contacto físico alguno. Aplicado a los hechos que ocurrieron en el caso, la Corte estimó que existe violencia sexual, aun en ausencia de contacto físico, por ejemplo, en situaciones de desnudez forzada¹⁸.

Respecto del segundo punto, en el mismo caso la Corte IDH usó fuentes de derecho penal internacional para indicar que la violación sexual no ocurre únicamente mediante la penetración vaginal con el miembro viril¹⁹. Esto fue posteriormente complementado en los casos *Mujeres víctimas de violencia sexual en Atenco vs. México* y *J. vs. Perú*, en los que ratificó que la violación sexual es “cualquier acto de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril”²⁰. Indicó que este concepto de violación sexual es aplicable en toda penetración, “por superficial que sea”²¹.

Y con relación al tercer punto, la Corte IDH también ha evolucionado en sus criterios respecto de cuando un acto de violencia sexual puede ser calificado como una forma de tortura. Puntualmente, en los casos *Rosendo Cantú y otros vs. México* y *Fernández Ortega y otros vs. México*, la Corte IDH analizó la concurrencia de los tres elementos constitutivos de tortura en un caso de violación sexual: (i) intencionalidad; (ii) severidad de los sufrimientos físicos o mentales; y (iii) la comisión de los actos con un determinado fin o propósito²², además de que hubieran sido cometidos por agentes estatales.

Al aplicar estos elementos constitutivos a las violaciones sexuales acreditadas en el caso, la Corte IDH indicó que el primer elemento estaba cumplido pues se acreditó que la violación fue deliberadamente infligida en contra de la víctima²³. En el análisis del segundo elemento relativo a la severidad, la Corte IDH consideró que, dado que la violación sexual es una experiencia traumática que tiene severas consecuencias, se desprende que “es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima”²⁴. Respecto del tercer y último elemento, la Corte estimó

¹⁷ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 306.

¹⁸ *Ibidem*, párr. 308.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 306.

²⁰ Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 182; Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*, párr. 359.

²¹ *Idem*.

²² Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 110; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, párr. 120.

²³ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 111; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, párr. 121.

²⁴ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 114; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, párr. 124.

que, en sí misma, la violación sexual “persigue, entre otros, los fines de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre”²⁵. Lo anterior no descarta “la eventual concurrencia de otras finalidades”²⁶, como la específica de castigar a la víctima ante la falta de provisión de la información solicitada²⁷.

En el caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, la Corte IDH analizó la violación sexual sufrida por una persona que para el momento de la emisión de la sentencia se identificaba como una mujer trans y al momento de los hechos se identificaba como un hombre gay. Azul Rojas Marín fue violada sexualmente por miembros de la policía después de una detención “con fines de identificación”. La Corte IDH determinó que en el caso existían suficientes elementos para concluir que lo sucedido constituyó violencia por prejuicio²⁸ y, en la misma línea de los casos anteriores, la Corte IDH concluyó que se trató de tortura sexual, que además fue discriminatoria sobre la base de la orientación sexual de la víctima²⁹.

En el caso *Bedoya Lima y otra vs. Colombia*, la Corte IDH estudió la violación sexual por varios perpetradores de una periodista secuestrada, en el contexto de una investigación periodística sobre criminalidad organizada entre funcionarios estatales, paramilitares y miembros de grupos de delincuencia común. En dicha sentencia la Corte IDH consideró que los actos de tortura física, sexual y psicológica “no pudieron llevarse a cabo sin la aquiescencia y colaboración del Estado, o cuanto menos con su tolerancia”³⁰. Además, se estimó que la violación sexual fue también tortura³¹, que además de tener como finalidad humillarla, tuvo como propósito “castigarla por su actividad periodística”³².

Dentro de este tercer punto – la calificación de actos de violencia sexual como tortura – en el caso *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*³³, la Corte IDH determinó que no es necesario que un acto de violencia sexual sea una violación sexual para que pueda ser calificado como tortura. Las once víctimas de este caso fueron sometidas a variadas formas de violencia y de violación sexual por parte de agentes policiales en el marco de un traslado a un centro de detención tras ser privadas de libertad en un contexto de protesta. Aún respecto

²⁵ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 117.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 117; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, párr. 127.

²⁸ Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 164.

²⁹ Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, párr. 166.

³⁰ Corte IDH. *Caso Bedoya Lima y otra Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2021. Serie C No. 431. párr. 104.

³¹ *Ibidem*, párr. 101-102 y 104.

³² *Ibidem*, párr. 103.

³³ Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*, párr. 198.

de las víctimas que no fueron violadas sexualmente pero que sí sufrieron diversas formas de violencia sexual (tocamientos sexuales y otros actos de violencia de contenido sexualizado o de naturaleza sexual), la Corte IDH concluyó que sufrieron tortura.

También dentro de este mismo punto, y a diferencia de todos los casos anteriores en los que los perpetradores fueron agentes estatales, en el caso *López Soto y otros vs. Venezuela* la Corte consideró que la violencia sexual cometida por actores no estatales también puede constituir una forma de tortura³⁴. Considerando que bajo el marco jurídico interamericano de derechos humanos un hecho puede constituir tortura si es cometido por agentes estatales o con su aquiescencia, la Corte IDH determinó que la omisión “grosera” del Estado de prevenir la continuidad de la violencia extrema que estaba sufriendo la víctima a pesar de haber tomado conocimiento del riesgo al que estaba expuesta, constituyó una forma de aquiescencia³⁵. En palabras de la Corte IDH, el actuar estatal demostró “una actitud tolerante frente a situaciones que por sus características constituyen un riesgo de violencia contra la mujer”³⁶.

Y en cuanto al cuarto punto, también en *López Soto y otros vs. Venezuela*, la Corte IDH consideró que la esclavitud sexual es una forma particularizada de esclavitud, en la que la violencia sexual ejerce un rol preponderante en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona³⁷. Este tipo de esclavitud es una violación de derechos humanos comprendida en el artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁸. Además, la Corte IDH ha considerado que la esclavitud sexual puede acarrear también violaciones a otros derechos “dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso”³⁹. De igual modo, la Corte IDH consideró que para clasificar una situación como esclavitud sexual deben concurrir dos elementos: “(i) el ejercicio de atributos del derecho de propiedad sobre una persona, y (ii) la existencia de actos de naturaleza sexual que restringen o anulan la autonomía física y actividad sexual”⁴⁰.

III. Debida diligencia en la investigación

En casi todos los casos citados hasta el momento, la Corte IDH ha desarrollado parámetros muy puntuales sobre lo que debe entenderse por debida diligencia en la investigación de casos de

³⁴ Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 188, 189, 192 y 199.

³⁵ *Ibidem*, párr. 191 y 199.

³⁶ *Ibidem*, párr. 169.

³⁷ *Ibidem*, párr. 176.

³⁸ *Ibidem*, párr. 178.

³⁹ Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*, párr. 178. Véase también Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verse Vs. Brasil*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318. párr. 273.

⁴⁰ Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*, párr. 179.

violencia sexual. Esa debida diligencia incluye: (i) las diligencias mínimas de investigación⁴¹; (ii) el cómo debe realizarse la investigación⁴², incluyendo la prohibición de uso de estereotipos de género en las diligencias de averiguación⁴³; (iii) la atención a las víctimas de violencia sexual de manera paralela al proceso de recaudación de información⁴⁴; y (iv) la prohibición de revictimización⁴⁵. Estos estándares se aplican en casos de violencia sexual cometidos tanto por agentes estatales como por actores no estatales.

En cuanto al primer parámetro relativo a las diligencias mínimas de investigación, la Corte IDH ha resaltado que en una investigación penal por violencia sexual es necesario que, entre otras cosas, la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza, y que su declaración se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición⁴⁶.

Por lo que hace al segundo parámetro concerniente al modo de realizar la investigación, la Corte IDH ha considerado que, al tratarse de un supuesto de violencia contra la mujer, los Estados deben cumplir con una “debida diligencia reforzada que trasciende el contexto particular en que se inscribe el caso”⁴⁷. En ese sentido, se deben “reconocer, visibilizar y rechazar los estereotipos de género negativos, que son una de las causas y consecuencias de la violencia de género contra la mujer, a fin de modificar las condiciones socio-culturales que permiten y perpetúan la subordinación de la mujer”⁴⁸.

De acuerdo con el tercer parámetro, es necesario brindar atención a la víctima de manera paralela a las diligencias de investigación. En ese sentido, se debe proporcionar a la víctima atención médica, sanitaria y psicológica, tanto de emergencia como de forma continuada si así

⁴¹ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 178; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, párr. 191 – 193; Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*, párr. 241; Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*, párr. 342; Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, párr. 344–345; Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*, párr. 270; Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*, párr. 145.

⁴² Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 175; Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, párr. 194; Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*, párr. 242; Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*, párr. 344, 347 y 350; Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*, párr. 272 y 273; Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*, párr. 142; Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, párr. 180.

⁴³ Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*, párr. 136; Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*, párr. 196 – 197, y 199.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 178; *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, párr. 194; Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*, párr. 242; Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*, párr. 344; Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*, párr. 275.

⁴⁵ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 178 y 180; *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, párr. 194 y 196; Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*, párr. 351; Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*, párr. 281.

⁴⁶ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 178.

⁴⁷ Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*, párr. 136.

⁴⁸ *Idem.* párr. 136.

se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violencia. También es necesaria la realización inmediata de un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea⁴⁹.

Respecto del último parámetro (la prohibición de revictimización), la Corte IDH ha resaltado que en una investigación penal por violencia sexual es necesario “evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido”⁵⁰.

En el caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, la Corte IDH conoció por primera vez una violación sexual contra una niña de corta edad cometida por su padre. Aunque a diferencia del caso *López Soto* en esta ocasión la Corte IDH no contaba con elementos para determinar la responsabilidad del Estado por la violación sexual en sí, el caso fue analizado en detalle respecto del incumplimiento del deber de investigar con la debida diligencia, lo que permitió un análisis detallado de los parámetros citados anteriormente, pero aplicados a la niñez víctima de violencia sexual⁵¹.

Algunos de los componentes más relevantes del deber de debida diligencia reforzada y protección especial cuando se trata de casos en que la infancia es víctima de violencia sexual son: el “proporcionar asistencia inmediata y profesional, tanto médica como psicológica y/o psiquiátrica, a cargo de un profesional específicamente capacitado en la atención de víctimas de este tipo de delitos y con perspectiva de género y niñez”⁵². Asimismo, la debida diligencia comprende, en estos casos, la “protección reforzada antes y durante el desarrollo de las investigaciones y proceso penal”⁵³, y “debe incorporar medidas a ser adoptadas con posterioridad, para lograr la recuperación, rehabilitación y reintegración social de la niña, niño o adolescente”⁵⁴.

Además del incumplimiento de los parámetros de debida diligencia en el caso, la actuación de las distintas autoridades que intervinieron en el proceso penal y su impacto severo en la víctima dio lugar a que la Corte IDH desarrollara el concepto de violencia institucional. En el caso, las autoridades estatales sometieron a la niña a un examen médico forense en contra de su voluntad y la forzaron a revivir el momento de la violación a través de una diligencia de “reconstrucción de hechos”⁵⁵. En atención a los diversos actos revictimizantes cometidos y su severidad, la

⁴⁹ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, párr. 178.

⁵⁰ *Ibidem*, párr. 180.

⁵¹ Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 292 - 293.

⁵² *Ibidem*, párr. 165.

⁵³ *Ibidem*, párr. 170.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 295..

Corte IDH consideró que el Estado se convirtió en un segundo agresor y que cometió actos de violencia institucional en perjuicio de la niña⁵⁶.

Por otra parte, y también relacionado con el deber de investigación y sanción en estos casos, en la sentencia de interpretación del caso *Favela Nova Brasilia vs. Brasil*, la Corte IDH aclaró que la prescripción no puede operar en casos de violación sexual por tratarse de delitos especialmente graves, que pueden llegar a constituir tortura⁵⁷.

Finalmente, cabe destacar que en los casos de feminicidios conocidos por la Corte IDH y cometidos por actores no estatales, *González y otras “Campo Algodonero” vs. México*⁵⁸, así como *Veliz Franco y otros*⁵⁹ y *Velásquez Paiz y otros*⁶⁰, ambos contra Guatemala, la Corte resaltó la obligación de los Estados – como parte de su deber de debida diligencia – de abrir líneas de investigación sobre la posible violencia sexual que usualmente enfrentan las mujeres víctimas de feminicidio. Estos tres casos – en adición a otros citados en este texto – también han permitido determinar la responsabilidad internacional del Estado por el rol que los estereotipos tienen en las investigaciones de los hechos⁶¹.

De acuerdo con la Corte IDH, el estereotipo de género “se refiere a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes”⁶². Así, en el caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, la Corte IDH consideró que las autoridades involucradas en la investigación del caso “efectuaron declaraciones que denotaban la existencia de estereotipos y prejuicios sobre el rol social de las mujeres”⁶³, lo que influyó en las investigaciones. Lo anterior aconteció, por ejemplo, cuando las autoridades consideraron al crimen como “pasional”⁶⁴ o cuando se culpó a la víctima por su “forma de vestir y el lugar del crimen”⁶⁵.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 297 - 299.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 345, párr. 28.

⁵⁸ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 293.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 250 y 251.

⁶⁰ Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párr. 229.

⁶¹ Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*, párr. 180, 183–184; Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*, párr. 209 – 210; Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, párr. 208, 401.

⁶² Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*, párr. 180.

⁶³ *Ibidem*, párr. 190.

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 187.

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 185.

También respecto de estereotipos discriminatorios en estas investigaciones, la Corte IDH indicó en el caso *López Soto y otros vs. Venezuela* que el tipo penal de violación que reducía la pena cuando la víctima era una “prostituta” era discriminatorio e implicaba consideraciones estereotipadas de las trabajadoras sexuales⁶⁶. Es importante destacar que estas preconcepciones incidieron en la investigación y en el proceso judicial⁶⁷, particularmente, provocaron que el debate jurídico y la estrategia de defensa del agresor girara en torno a ellas.

C. Discriminación por orientación sexual e identidad de género

La Corte IDH también ha conocido una serie de casos en los cuales el tema principal ha sido la discriminación por motivos de orientación sexual. Aunque la violencia discriminatoria es una de las formas más brutales de discriminación, no incluiremos el caso *Azul Rojas Marín vs. Perú* en esta sección, dado que ya fue abordado en la sección de violencia.

En el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, la Corte IDH analizó la discriminación por motivos de orientación sexual de una madre en un proceso judicial sobre la custodia de sus hijas. Fue la primera oportunidad que tuvo la Corte IDH para determinar que la discriminación por orientación sexual e identidad de género está prohibida por la Convención Americana, aunque estas dos categorías no estén explícitamente consideradas en el artículo 1.1 de dicho instrumento⁶⁸. Agregó que una diferencia de trato basada en la orientación sexual o identidad de género debe ser sometida a un escrutinio estricto⁶⁹. Al analizar las finalidades perseguidas por el Estado mediante la decisión desfavorable de custodia en perjuicio de la madre, la Corte IDH consideró que las invocaciones genéricas del interés superior de la niñez para justificar la discriminación con base en orientación sexual del padre o la madre no son válidas⁷⁰ cuando se basan en “especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”⁷¹.

Pocos años después, la Corte IDH conoció el caso *Duque vs. Colombia* relacionado con la discriminación por orientación sexual en materia de seguridad social, específicamente por la exclusión legal a las parejas del mismo sexo de acceder a la pensión de sobreviviente⁷². La Corte reiteró que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención⁷³ y determinó que esta exclusión – que el Estado ni siquiera intentó justificar – no

⁶⁶ Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*, párr. 230 y 232–233.

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 235–240.

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, párr. 91 y 93.

⁶⁹ *Ibidem*, párr. 124, 127 y 131.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 109 y 110.

⁷¹ *Ibidem*, párr. 109.

⁷² Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*, párr. 99.

⁷³ *Ibidem*, párr. 104.

pasa un juicio de proporcionalidad, utilizado como juicio de igualdad. La Corte IDH también se pronunció sobre la discriminación por orientación sexual en el caso *Flor Freire vs. Ecuador* en el contexto del ejercicio del poder punitivo del Estado en materia disciplinaria y en el ámbito militar. En el caso, la víctima fue dada de baja en aplicación de un marco normativo que imponía una sanción más severa a “actos homosexuales” que a “actos sexuales ilegítimos”. Dado que la víctima no se autoidentifica como un hombre gay sino como un hombre heterosexual, la Corte IDH también utilizó la oportunidad para aclarar que una persona puede ser víctima de discriminación por la orientación sexual percibida.

Finalmente, en la *Opinión Consultiva No. 24* la Corte IDH analizó dos grandes temas en materia de discriminación por orientación sexual. Por una parte, determinó que las parejas del mismo sexo están protegidas por la Convención⁷⁴ y, por lo tanto, tienen los mismos derechos y obligaciones que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales⁷⁵, siendo deber del Estado asegurar dicha igualdad tanto en el ordenamiento jurídico como en las prácticas. Por otra parte, la Corte IDH aprovechó la oportunidad para adelantar su criterio en materia de matrimonio igualitario, destacando que no hay justificación y es discriminatorio tener una institución de matrimonio para un tipo de parejas y no para otras⁷⁶. Lo anterior, pues a juicio de la Corte “no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea necesaria o proporcional”⁷⁷. Esta Opinión Consultiva también aborda temas centrales en materia de identidad de género, incluyendo las características que deben tener los procedimientos de cambio de nombre y sexo o género en los documentos de identidad para que sean compatibles con la Convención.

D. Derechos sexuales y reproductivos en el ámbito educativo

En materia de educación sexual y reproductiva, el caso *Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador* citado anteriormente, marcó un antes y un después en la jurisprudencia interamericana. Además de determinar que la adolescente Paola Guzmán Albarracín fue víctima de violencia sexual en el ámbito educativo y tanto dicha violencia como su muerte era atribuibles al Estado, la Corte IDH abordó el derecho de las y los niños a un entorno educativo seguro y a una educación libre de violencia sexual⁷⁸. La Corte IDH expresó la obligación de los Estados de adoptar medidas de prevención y de prohibición de violencia y abuso sexual de parte del personal docente que goza de autoridad y confianza de los estudiantes y sus familiares⁷⁹ y tiene un deber de cuidado respecto del alumnado⁸⁰. Dentro de las medidas de prevención que los Estados deben tomar se

⁷⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 192.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 196-199.

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 218-225.

⁷⁷ *Ibidem*, párr. 220.

⁷⁸ Corte IDH. *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*, párr. 118.

⁷⁹ *Ibidem*, párr. 119 y 130.

⁸⁰ *Ibidem*, párr. 130.

encuentran aquellas encaminadas a vigilar y monitorear los casos que se presenten, así como contar con mecanismos simples, accesibles y seguros que permitan la denuncia, investigación y sanción de los hechos⁸¹.

Por lo que hace a la educación sexual y reproductiva, la Corte IDH retomó las consideraciones de otros organismos internacionales que reconocen el derecho humano a la educación sexual integral y han considerado que ésta “debe ser un componente obligado de la escolarización”⁸². En ese sentido, la Corte destacó que, como lo ha señalado el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC) en su *Observación General No. 22*, la educación sexual debe ser: integral, no discriminatoria, basada en pruebas, científicamente rigurosa, y adecuada en función de la edad y capacidad evolutiva de los niños y adolescentes⁸³. Además, esta educación debe posibilitar “un adecuado entendimiento de las implicancias de las relaciones sexuales y afectivas, particularmente en relación con el consentimiento para tales vínculos y el ejercicio de las libertades respecto a sus derechos sexuales y reproductivos”⁸⁴.

La Corte IDH, usando dicha Observación General, indicó la obligación de los Estados de erradicar las barreras sociales, como creencias, que impiden el disfrute de la salud sexual y reproductiva de las mujeres, niñas y adolescentes. Por ello, los malentendidos, prejuicios y tabúes sociales en temas como la menstruación, el embarazo, el parto, la masturbación, la fecundidad, entre otros, no deben obstaculizar la salud sexual y reproductiva⁸⁵. Cabe mencionar que el Comité sobre los Derechos del Niño en su *Observación General No. 15* también se pronunció sobre las características mínimas que la educación sexual y reproductiva impartida a niños, niñas y adolescentes debe satisfacer⁸⁶.

En un caso anterior, la Corte IDH ya había indicado que el acceso a la información para ejercer el derecho a la salud sexual y reproductiva es parte de la obligación de transparencia activa exigible a los Estados⁸⁷. En ese caso, la Corte consideró que los Estados deben suministrar la máxima cantidad de información de manera oficiosa, y ésta debe ser “completa, comprensible, brindarse en un lenguaje accesible y encontrarse actualizada”⁸⁸. Los Estados deben encontrar formas eficaces para cumplir con la obligación de transparencia activa en el ámbito sexual y reproductivo⁸⁹. El personal médico, los

⁸¹ *Ibidem*, párr. 120.

⁸² *Ibidem*, párr. 139.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ Comité DESC. *Observación General No. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 2 de mayo de 2016. E/C.12/GC/22, párr. 48.

⁸⁶ Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No. 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*. 17 de abril de 2013. CRC/C/GC/15.

⁸⁷ Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*, párr. 158 y 340.

⁸⁸ Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*, párr. 340.

⁸⁹ *Idem*.

proveedores de salud⁹⁰, y el personal educativo (tal como se desprende de *Guzmán Albarracín y Otras vs. Ecuador*⁹¹) están obligados a suministrar la información necesaria para tener acceso a una adecuada salud sexual y reproductiva.

E. Salud sexual y reproductiva

Otro eje de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos sexuales y reproductivos se relaciona con el ámbito de la salud.

De hecho, el primer caso en el que la Corte IDH abordó expresamente el tema de los derechos reproductivos fue *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro vs. Costa Rica)*. El caso fue presentado por nueve parejas con condiciones de infertilidad y cuya única posibilidad de ser madres y padres biológicos era la técnica de reproducción asistida de la fecundación in vitro. Estas parejas no pudieron acceder a dicha técnica debido a que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el decreto que la regulaba, bajo el argumento de la protección de la vida de los embriones.

Esta sentencia es paradigmática en materia de derechos reproductivos, por muchos motivos. Por una parte, la Corte IDH estableció que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada y abarca la decisión de convertirse en padre o madre de manera genética o biológica⁹². A su vez, la Corte IDH determinó que la Convención Americana protege un derecho a la autonomía reproductiva, el cual se deriva de la lectura conjunta de los derechos a la libertad y a la vida privada. En palabras de la Corte IDH, la autonomía reproductiva es el derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”⁹³. En consideración de la Corte IDH, la autonomía reproductiva demanda el acceso a servicios de salud reproductiva, “lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria”⁹⁴. De manera que, existe el derecho de acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y una consecuente prohibición de fijar restricciones desproporcionadas para ejercer las decisiones reproductivas⁹⁵.

Por otro lado, considerando la justificación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, replicada por el Estado en el litigio internacional, de protección de la vida de los embriones, la Corte IDH aprovechó la oportunidad para realizar una interpretación del artículo 4.1 de la Convención en lo relativo a la protección de la vida “en general, desde el momento de la concepción”. Tras utilizar todos los métodos de interpretación – literal, teleológico, sistemático y evolutivo – la Corte IDH

⁹⁰ *Ibidem*, párr. 341.

⁹¹ Corte IDH. *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*, párr. 139 y 140.

⁹² Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica*, párr. 143.

⁹³ *Ibidem*, párr. 146.

⁹⁴ *Ibidem*, párr. 146 y 150.

⁹⁵ *Ibidem*, párr. 150.

llegó a la conclusión fundamental de que la protección de la vida desde la concepción no puede ser absoluta, que admite excepciones y, en todo caso, debe ser gradual e incremental⁹⁶.

Aunque este caso no se relacionó con el debate sobre el aborto, esta sentencia de la Corte IDH ha tenido un gran impacto en el continente en los procesos legislativos y judiciales de despenalización progresiva del aborto con distintos modelos. Por lo que hace a los hechos específicos del caso, la Corte resaltó que el embrión, “antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4”⁹⁷.

Otro caso relevante en materia de salud reproductiva es el caso *I.V. vs. Bolivia* relativo a la esterilización no consentida de una mujer con estatuto de refugiada en el contexto de un parto. En este caso la Corte IDH se refirió por primera vez al consentimiento informado en materia de salud bajo la Convención Americana. De igual modo, la Corte abordó la importancia del consentimiento informado en la relación entre el médico y las y los pacientes, y consideró que el mismo se constituye como “una condición *sine qua non* para la práctica médica”⁹⁸. Este requisito para la procedencia de una intervención o tratamiento médico respeta la autonomía y dignidad de la persona, y debe ser previo, libre, pleno e informado⁹⁹. Específicamente, en cuanto al carácter informado del consentimiento, señaló que requiere de parte del personal calificado el presentar información “clara y sin tecnicismos, imparcial, exacta, veraz, oportuna, completa, adecuada, fidedigna y oficiosa, es decir, información que otorgue los elementos necesarios para la adopción de una decisión con conocimiento de causa”¹⁰⁰.

Considerando que el caso concreto se trató de una esterilización, la Corte IDH puso énfasis en la salud sexual y reproductiva entendida como “la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”¹⁰¹. La salud sexual, como lo señaló la Corte IDH, incluye la autonomía y libertad sexual y reproductiva; y abarca también el acceso a: servicios de salud reproductiva, información, educación y medios que permitan ejercer el derecho a decidir de forma libre y responsable sobre la sexualidad y la reproducción¹⁰². En el mismo caso la Corte IDH también señaló el “deber del personal de salud de suministrar información que contribuya a que las personas estén en condiciones de tomar decisiones libres y responsables respecto de su propio cuerpo y salud sexual y reproductiva”¹⁰³.

⁹⁶ *Ibidem*, párr. 256, 264 y 315.

⁹⁷ *Ibidem*, párr. 315.

⁹⁸ Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*, párr. 159.

⁹⁹ *Ibidem*, párr. 175.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párr. 191.

¹⁰¹ *Ibidem*, párr. 157, nota al pie 186.

¹⁰² *Ibidem*, párr. 157.

¹⁰³ *Ibidem*, párr. 158.

En ese sentido, la Corte IDH indicó que evidentemente el consentimiento informado es también aplicable en el contexto de la salud sexual y reproductiva ¹⁰⁴, y debe ser considerado como un deber ético y una obligación del personal médico ¹⁰⁵, sobre todo tratándose de intervenciones que tienen consecuencias permanentes, como la ligadura de las trompas de Falopio. También fue explícita en que la decisión de someterse o no a una intervención médica como la mencionada “pertenece a la esfera autónoma y de la vida privada de la mujer” ¹⁰⁶.

Finalmente, en los casos conocidos por la Corte IDH sobre diversas violaciones de derechos humanos en perjuicio de personas que viven con VIH, también es posible identificar algunas referencias relativas a la salud sexual y reproductiva.

Uno de ellos es el caso *González Lluy y otros vs. Ecuador* relativo a una niña de corta edad contagiada de VIH como consecuencia de una transfusión de sangre sin que se hubieran adoptado las medidas de seguridad necesarias en un banco de sangre que operaba en situación precaria y con múltiples deficiencias, sin supervisión ni fiscalización por parte del Estado. En lo relevante para el presente texto, la Corte IDH resaltó la obligación estatal de brindar servicios de buena calidad que “ofrezcan información, educación sobre salud y asesoramiento de forma apropiada para los jóvenes, reforzando los programas de salud sexual y reproductiva” ¹⁰⁷.

El otro caso es *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, relacionado con más de 40 personas viviendo con VIH que no recibieron atención alguna por parte del Estado durante un periodo y posteriormente recibieron atención deficiente. Algunas de las víctimas fallecieron como consecuencia de enfermedades oportunistas y otras vieron su salud deteriorada ante la falta de atención integral. Dado que parte del grupo de víctimas eran mujeres embarazadas viviendo con VIH, la Corte IDH consideró que no otorgarles tratamiento antirretroviral y no practicar partos por cesárea para evitar los riesgos de transmisión vertical del virus, constituyó una forma de discriminación basada en el género ¹⁰⁸ que operaba de forma interseccional con su condición de salud. Este actuar estatal impidió el acceso a una adecuada atención médica e implicó el incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a la salud ¹⁰⁹.

F. Consideraciones finales

La Corte IDH ha conocido un grupo importante de casos relacionados con derechos sexuales y reproductivos, los cuales se encuentran ampliamente resguardados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados interamericanos. En el proceso de adjudicación de

¹⁰⁴ *Ibidem*, párr. 165.

¹⁰⁵ *Ibidem*, párr. 164.

¹⁰⁶ *Ibidem*, párr. 162.

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 197.

¹⁰⁸ Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 137.

¹⁰⁹ *Ibidem*, párr. 137 y 139..

casos, la Corte IDH ha usado múltiples fuentes de otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos, especialmente del sistema universal. Aunque estos casos ya configuran una línea jurisprudencial robusta en la materia y deben entenderse como una guía fundamental para los Estados de la región, aún quedan varios temas pendientes.

En esta última reflexión, destacamos algunos de los pronunciamientos relevantes en la materia que la Corte IDH emitirá en el futuro cercano, pues se trata de casos que, al momento de la redacción del presente escrito, se encuentran ya bajo conocimiento del tribunal en distintas etapas.

Dentro de ellos se encuentra el caso *Manuela y familia vs. El Salvador*, relacionado con una mujer, en situación de pobreza, que fue criminalizada en el contexto de una emergencia obstétrica, siendo condenada a una pena severa por el delito de homicidio. Esto ocurrió como consecuencia de la violación a la confidencialidad por parte del personal de salud, de múltiples vulneraciones al derecho a la libertad personal y al debido proceso, así como del uso de estereotipos discriminatorios que fueron centrales en su procesamiento y condena. Esta sentencia constituirá el primer pronunciamiento de la Corte IDH sobre una problemática que está presente en diversos países de la región, consistente en la criminalización de emergencias obstétricas.

También están pendientes de decisión dos casos de discriminación por orientación sexual. Uno es el caso *Pavez Pavez vs. Chile* que trata de discriminación a una mujer lesbiana en el ámbito laboral dentro de un colegio público. La víctima del caso es una profesora que por años dictó la cátedra de religión, pero que al hacerse público que era lesbiana, la iglesia católica decidió retirarle el certificado de idoneidad para seguir ejerciendo ese rol. El otro caso es *Crissthan Manuel Olivera Fuentes vs. Perú*, relativo a un acto de discriminación a una pareja del mismo sexo que fue expulsada de un establecimiento comercial privado por las manifestaciones de afecto que realizaron. Este es el primer caso que conocerá la Corte IDH por discriminación por orientación sexual cometida directamente por actores no estatales y el rol del Estado en cumplir su deber de garantía.

Este grupo de casos complementará la línea jurisprudencial en materia de derechos sexuales y reproductivos que fue esbozada en este artículo.

Bibliografía

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General No. 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*. 17 de abril de 2013. CRC/C/GC/15.
- COMITÉ DESC. *Observación General No. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. 2 de mayo de 2016. E/C.12/GC/22.
- CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica*.
- CORTE IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*.
- CORTE IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.
- CORTE IDH. *Caso Bedoya Lima y otra Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2021. Serie C No. 431.
- CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.
- CORTE IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
- CORTE IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*.
- CORTE IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.
- CORTE IDH. *Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 345.
- CORTE IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.
- CORTE IDH. *Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
- CORTE IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- CORTE IDH. *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405.
- CORTE IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*.
- CORTE IDH. *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, 323.

- CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33
- CORTE IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362.
- CORTE IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371.
- CORTE IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
- CORTE IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verse Vs. Brasil*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.
- CORTE IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.
- CORTE IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307.
- CORTE IDH. *Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277.

EL PODER JUDICIAL Y LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS. UNA MIRADA DESDE EL COMITÉ DE EXPERTAS DEL MESECVI

Marcela Huaita Alegre *

Sumario

A. El Comité de expertas del MESECVI en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. B. Los componentes esenciales para el acceso a la justicia y la violencia contra las mujeres en el ámbito de la sexualidad y la reproducción. C. Reflexiones finales.

A. El Comité de expertas del MESECVI en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El MESECVI es el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994)¹, el cual constituye un foro de intercambio y cooperación técnica entre los Estados Parte de la Convención y un Comité de Expertas/os independientes (CEVI), cuya función principal es la evaluación multilateral sistemática y permanente de los avances en la implementación de la Convención por sus Estados Parte, así como los desafíos persistentes en las respuestas estatales ante la violencia contra las mujeres.

Desde su creación (2004), el CEVI ha reconocido que la violencia contra las mujeres en la región es una realidad alarmante y que los esfuerzos que se han realizado para su prevención y erradicación son insuficientes ante su magnitud. Esta violencia puede presentarse en muchos contextos y formas distintas y basarse en perspectivas culturales y sociales que pretenden justificar las conductas agresoras. Como lo señaló el CEVI en el Tercer Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI:

La creación y uso de estereotipos y prejuicios de género en esta región sigue siendo el caldo de cultivo para las causas y consecuencias de la violencia contra mujeres y niñas, y siguen estando presentes y reflejados de manera implícita y explícita en políticas omisivas y prácticas instaladas a lo largo de toda la región, evidenciado en una extrema tolerancia de las autoridades estatales, lo cual se manifiesta en políticas limitadas o bien en la ausencia de políticas².

* Master en Estudios Legales Internacionales por la American University. Profesora ordinaria de la Pontificia Universidad Católica del Perú e Investigadora asociada a su Instituto de Democracia y Derechos Humanos - IDEHPUCP. ORCID ID: 0000-0002-3720-7406.

La autora agradece a Norely Hanco la sistematización de los pronunciamientos del CEVI en materia de derechos sexuales y reproductivos que sirvió como base para el desarrollo del presente análisis, así como los comentarios de la Secretaría Técnica del MESECVI a una versión temprana de este artículo.

¹ OEA, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)*, Brasil, Belem Do Pará, 1994, p.1-6. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf> [Consultado el 15 de agosto del 2021].

² MESECVI, *Tercer informe de seguimiento a la implementación de las recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI*, 2020, p.11. Disponible en: <https://www.oas.org/es/MESECVI/docs/Tercer-Informe-Seguimiento-ES.pdf> [Consultado el 15 de agosto del 2021].

Frente a ello, los Estados han promovido la elaboración de leyes y políticas públicas en el marco del derecho interno para asegurar la prevención, atención, sanción, investigación y reparación de las víctimas de la violencia basada en el género. A pesar de ello, aún persisten retos importantes para garantizar el derecho de todas las mujeres a vivir libres de violencia, particularmente en los ámbitos del acceso a la justicia, así como en la implementación de la legislación, presupuestos públicos asignados, información en torno a su magnitud, entre otras esferas de especial preocupación.

Al respecto, nos parece de especial importancia revisar y dar cuenta de las principales recomendaciones hechas por el CEVI relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos, en materia de acceso a la justicia. Para ello, el análisis tomará como base la revisión de tres tipos de documentos elaborados bajo responsabilidad del Comité: los informes hemisféricos, sus recomendaciones y declaraciones políticas, así como *amicus curiae* presentados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De esta manera, se busca cumplir con el objetivo de ofrecer parámetros prácticos, incluyendo aportes de experiencias comparadas, que sirvan a operadoras y operadores jurídicos, para abordar y analizar casos de derechos sexuales y reproductivos de forma integral y garantista, bajo los estándares de la Convención de Belém do Pará.

B. Los componentes esenciales para el acceso a la justicia y la violencia contra las mujeres en el ámbito de la sexualidad y la reproducción

La brecha existente entre los marcos normativos, el acceso a la justicia por parte de las mujeres víctimas de violencia, así como la sanción a los responsables ha sido una preocupación constante del CEVI. En ese sentido, se ha manifestado reconociendo como principios orientadores del proceso de investigación y juzgamiento en los casos de feminicidios pero que resultan aplicables igualmente a la violencia sexual, los siguientes³: a. independencia e imparcialidad de los tribunales; b. no discriminación; c. debida diligencia; d. dignidad humana; e. no revictimización; f. perspectiva de género; g. personal calificado; h. estándares probatorios libres de estereotipos y prejuicios de género; i. debido proceso; j. pertinencia cultural; y, k. garantía de privacidad en el tratamiento de datos personales.

Por su parte, en el marco de las Naciones Unidas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) en su Recomendación General 33⁴, ha señalado que el derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos, siendo un elemento fundamental del Estado de Derecho y la buena gobernanza. En dicha recomendación, el Comité CEDAW señala que el derecho de acceso a la

³ MESECVI, *Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Muerte Violenta de Mujeres y Niñas (Femicidio/Feminicidio)*, 2018, p.32. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/LeyModeloFemicidio-ES.pdf> [Consultado el 21 de agosto del 2021].

⁴ CEDAW, *Recomendación General N°33*, 2015. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf> [Consultado el 20 de agosto del 2021].

justicia es pluridimensional abarcando algunos componentes esenciales, los mismos que además se interrelacionan entre sí y deben ser comprendidos desde una perspectiva de género. Estos componentes son la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, y el suministro de recursos jurídicos para las víctimas.

Para efectos de abordar los componentes esenciales para el acceso a la justicia desde una perspectiva de género, el análisis recogerá lo establecido en la Recomendación General 33. En el siguiente cuadro, de manera resumida podemos ver los conceptos principales a los que nos estaremos refiriendo cuando hablemos de dichos componentes.

Cuadro 1: Componentes esenciales para el acceso a la justicia

Componente	Concepto
Justiciabilidad	Acceso irrestricto de la mujer a la justicia, así como la capacidad y el poder para reclamar sus derechos como derechos jurídicos.
Disponibilidad	Establecimiento de tribunales y otros órganos cuasi judiciales o de otro tipo en todo el Estado parte, tanto en zonas urbanas como rurales y remotas, su mantenimiento y financiación.
Accesibilidad	Sistemas de justicia, tanto oficiales como cuasi judiciales, seguros, económica y físicamente accesibles a las mujeres, adaptados y apropiados a las necesidades de las mujeres, incluidas las que hacen frente a formas interseccionales o compuestas de discriminación y de violencia.
Buena calidad	Todos los componentes del sistema deben ajustarse a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad y deben proveer, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia, y tener en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres. Asimismo, los sistemas de justicia deben estar enmarcados en un contexto, deben ser dinámicos, participativos, abiertos a las medidas innovadoras prácticas, sensibles a las cuestiones de género y deben tener en cuenta las crecientes demandas de justicia que plantean las mujeres.
Suministro de recursos a las víctimas	Los sistemas de justicia deben ofrecer a las mujeres una protección viable y una reparación significativa de cualquier daño que puedan haber sufrido.
Rendición de cuentas	Mediante la vigilancia del funcionamiento de los sistemas de justicia se debe garantizar que funcionen conforme a los principios antes mencionados. Comprende también la vigilancia de las acciones de los profesionales que actúan en ellos y su responsabilidad jurídica en caso de que violen la ley.

Fuente: CEDAW RG 33. Cuadro: Elaboración propia

A la luz de estos componentes, haremos una revisión de los diferentes pronunciamientos del CEVI con relación a la esfera de la sexualidad y la reproducción.

1. Recomendaciones sobre abordaje de la violencia contra las mujeres en relación con sus derechos sexuales y reproductivos

En materia de *justiciabilidad*, resulta de particular importancia mejorar la sensibilidad del sistema de justicia a las cuestiones de género⁵, de manera que el CEVI ha recomendado a los Estados no sólo tipificar la violencia sexual y la violación sexual dentro del matrimonio o unión de hecho, en los países en donde estos delitos aún no figuren en sus códigos penales⁶, sino que también deberán revisar las normas de procedimiento penal a fin de remover los obstáculos que podrían impedir a las mujeres obtener justicia en esos casos⁷. Asimismo, el CEVI se ha pronunciado a favor de adoptar disposiciones que penalicen la violencia sexual en conflictos armados, así como la que se da en contextos de desastres naturales⁸ y la cometida en establecimientos estatales, bajo la figura de ‘violencia institucional’, ya sea como tipo penal o como agravante de los delitos sexuales contemplados en el Código Penal⁹.

En materia de probanza, en su análisis del caso *Guzmán Albarracín, y otras vs. Ecuador*, el CEVI consideró¹⁰ que el Estado no habría cumplido ni con los estándares convencionales ni con los jurisprudenciales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en relación con los principios que es preciso observar en investigaciones penales relativas a violencia sexual, que incluyen, *inter alia*, “que se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, la investigación inmediata del lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia”¹¹.

Respecto a la *disponibilidad*, en los casos de violencia contra la mujer, se debe asegurar el acceso a los centros de crisis, la asistencia financiera, los refugios, las líneas de emergencia y los servicios médicos, psicosociales y de orientación¹². De ahí que sea importante señalar que el

⁵ *Ibidem*, p.7.

⁶ MESECVI, *Primer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará. Recomendación N°10*, 2008, p. 46. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/InformeHemisferico2008-SP.pdf> [Consultado el 15 de agosto del 2021].

⁷ MESECVI, *Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará. Recomendación N°4*, 2012, p. 97. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeHemisferico-ES.pdf> [Consultado el 15 de junio del 2021].

⁸ *Ibidem*, p.98.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ MESECVI, *Amicus Curiae del Caso Guzmán Albarracín y Otros Vs. Ecuador*, 2020, p.11. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/AmicusCuriae-PaolaGuzman-ES.pdf> [Consultado el 18 de agosto del 2021]

¹¹ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrafo 178. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm [Consultado el 20 de agosto del 2021].

¹² CEDAW, *op. cit.*, p.8.

CEVI ha hecho un particular énfasis en el caso de niñas víctimas de violencia, que deben recibir un trato digno, recomendando a los Estados tomar todas las medidas pertinentes para promover su recuperación física y psicológica y la reintegración social, en un entorno favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona, teniendo en cuenta sus distintas especificidades y necesidades¹³.

Del mismo modo, en materia de *accesibilidad*, el CEVI ha recomendado al sistema de justicia adoptar e implementar protocolos de atención para las niñas víctimas de violencia sexual en la policía y/o entidades receptoras de denuncias, así como en las fiscalías, en lenguas indígenas y de señas, cuando proceda¹⁴.

La accesibilidad también requiere que los sistemas de justicia respondan a las necesidades de las mujeres, incluidas las que hacen frente a formas interseccionales¹⁵. Al respecto, el CEVI ha manifestado que cuando las resoluciones judiciales no cuentan con perspectiva de género, ni de niñez, revictimizan a las mujeres y a las niñas. Por tanto, constituyen violencia institucional, pues ponen al descubierto un entramado de impunidad que perpetúa y profundiza la violencia contra ellas, y ponen en riesgo la confianza hacia el sistema de justicia por parte de las víctimas de delitos sexuales¹⁶. En consecuencia, para el CEVI es de especial importancia que los casos de violencia contra la mujer se estudien y adjudiquen bajo un enfoque de interseccionalidad¹⁷.

En esa línea, el CEVI ha establecido que, en los procesos administrativos y judiciales, los Estados deben garantizar el derecho de las víctimas a¹⁸:

- a) Patrocinio gratuito y especializado en todo el territorio del país, urbano o rural, el que puede proporcionarse por sí o a través de convenios con organizaciones de mujeres de la sociedad civil o de instituciones privadas especializadas;
- b) La realización de los ajustes razonables para permitir un efectivo acceso a la justicia a las víctimas en situación de discapacidad;
- c) Ser informadas de sus derechos, a que sus opiniones, necesidades, intereses y preocupaciones sean oídas por el Tribunal y a colaborar y participar plenamente en todas las instancias;
- d) Que se proporcione a las víctimas y familiares que lo necesiten traductor y/o intérprete de acuerdo con su nacionalidad, idioma, lengua o situación de discapacidad;

¹³ MESECVI, *Informe hemisférico sobre violencia sexual y embarazo infantil en los Estados Parte de la Convención de Belém do Pará*, 2016, p. 71. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-EmbarazoInfantil-ES.pdf> [Consultado el 15 de agosto del 2021].

¹⁴ *Ibidem*, p.71.

¹⁵ CEDAW, *op. cit.*, p.6.

¹⁶ MESECVI, *op. cit.*, p.13.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ MESECVI, *op. cit.*, p.34.

- e) Que las mujeres extranjeras y migrantes y sus familiares a cargo no sean deportadas/os como consecuencia de la realización de la denuncia, aun si se encontraran en situación migratoria irregular.

De otro lado, acorde con lo recomendado por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), para la buena calidad de los sistemas de justicia, un tema importante es la necesidad de proteger la privacidad, seguridad y otros derechos humanos de las mujeres¹⁹. De esta manera, el CEVI ha recomendado, en aras de evitar la revictimización, reducir las intervenciones de las mujeres, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual en el proceso a una declaración o denuncia única, en la medida de lo posible, e interrogar a las víctimas únicamente sobre el hecho denunciado en búsqueda de obtener la información mínima e imprescindible para la investigación²⁰. Otro punto de interés es el ámbito económico, por ello se deben garantizar los presupuestos para la administración de justicia²¹. Al respecto el CEVI ha sido claro en recomendar a los Estados el dotar del presupuesto necesario a los organismos judiciales para eliminar los obstáculos que eviten la sanción a los agresores, dado que ello profundiza la impunidad, dando un mensaje de aceptación social de estos hechos²².

De igual manera, acogiendo lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)²³, el CEVI ha sostenido que la obligación de iniciar una investigación en casos de violación sexual “no es una facultad discrecional, sino que [...] constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y [que] no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole”²⁴. En consecuencia, los Estados deben tener en cuenta el contexto en el que ocurren los hechos y realizar todas las acciones necesarias para identificarlos y recabar las pruebas necesarias para la configuración del caso de acuerdo con el tipo de violencia que corresponda para que sea investigada de manera apropiada.

El CEVI también ha establecido que es un derecho de las mujeres víctimas de violencia basada en género y de sus familiares, la pronta evaluación del riesgo de femicidio/feminicidio por parte de un equipo multidisciplinario y especializado, así como el acceso inmediato a la justicia y a las máximas medidas de prevención y protección contra la violencia, incluso la

¹⁹ CEDAW, *op. cit.*, p.9.

²⁰ MESECVI. *Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos*, 2014, p.14. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecevi/docs/DeclaracionDerechos-ES.pdf> [Consultado el 15 de agosto del 2021].

²¹ CEDAW, *op. cit.*, p.11.

²² MESECVI, *op. cit.*, p.72.

²³ Corte IDH. *Caso J. vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párrafo 350. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm [Consultado el 15 de agosto del 2021].

²⁴ MESECVI, *op. cit.*, p.12.

utilización de dispositivos electrónicos que permitan el monitoreo y control del ofensor, por el tiempo que se estime necesario, así como la preservación de sus bienes patrimoniales propios y de familiares²⁵.

En este punto, nos parece relevante destacar que el CEVI, en concordancia con algunos protocolos para la investigación de feminicidio, ha expresado que considera que la muerte de una mujer por suicidio debe investigarse como feminicidio, analizando e investigando, con perspectiva de género, los antecedentes de violencia y discriminación sufridos por la mujer o niña víctima, los cuales deben ser fundamentales en la adjudicación de los delitos correspondientes²⁶.

Respecto del *suministro de recursos*, este ámbito cubre tanto lo relativo a una protección viable como lo relativo a las reparaciones²⁷. En esa línea, el CEVI ha recomendado a los Estados, garantizar el efectivo cumplimiento de las leyes que sancionan el ejercicio de la violencia sexual contra las niñas, así como el acceso a la justicia y reparación de quienes hayan sido víctimas de tales delitos²⁸. En particular, se ha manifestado a favor de garantizar el acceso a la justicia y a reparaciones de las mujeres y niñas tanto durante el conflicto armado como en la etapa post conflicto²⁹.

El CEVI ha establecido que la reparación del daño debe otorgarse y debe ser transformadora, adecuada, efectiva, rápida y proporcional al daño sufrido. Y que además esta debe comprender la restitución de los derechos, bienes y libertades, la satisfacción mediante actos en beneficio de las víctimas, las garantías de no repetición y la indemnización compensatoria por daño moral, material e inmaterial y, siempre que sea posible, la rehabilitación física, psicológica y social³⁰.

Igualmente, en los casos de violencia sexual contra niñas, el CEVI se ha pronunciado sobre la necesidad de fortalecer mecanismos de interacción efectiva entre el sector de salud y el sector judicial³¹. Asimismo, sobre la necesidad de ejecutar medidas adecuadas para identificar en el ámbito penal los obstáculos para sancionar y reparar a las víctimas de los delitos de violencia sexual, y tomar las medidas que estén al alcance tanto del Poder Judicial como de los órganos de investigación para erradicar estos obstáculos y garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares³². De otra parte, el CEVI se ha pronunciado también sobre la necesidad de sancionar todas las formas y expresiones de violencia sexual contra las mujeres, niñas y adolescentes, incluyendo todas las conductas que afectan a su integridad y autonomía sexual,

²⁵ MESECVI, *op. cit.*, p.34.

²⁶ MESECVI, *op. cit.*, p.10.

²⁷ CEDAW. *op. cit.*, p.10.

²⁸ MESECVI, *op. cit.*, p.71.

²⁹ MESECVI, *op. cit.*, p. 49.

³⁰ MESECVI, *op. cit.*, p.36.

³¹ MESECVI, *op. cit.*, p.72.

³² *Ibidem*, p.13.

aun cuando no hayan implicado contacto físico y ocurran en el ámbito público o privado, incluso en el marco de relaciones de pareja³³.

En esta materia, la eficiencia y oportunidad son elementos preponderantes para evitar la discriminación contra la mujer³⁴, por lo que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en un tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables³⁵. Por ello, el CEVI ha manifestado que ninguna investigación penal sobre violaciones a los derechos humanos de las mujeres y las niñas puede darse por concluida por ineficacia de las autoridades ni cuando estas no cumplieron cabalmente el deber de debida diligencia, tanto en la investigación de los hechos como en el juzgamiento y captura de los responsables³⁶, pues ello es muestra de ineficacia judicial y por tanto de mala calidad en la administración de justicia, lo que favorece finalmente la desconfianza persistente en el sistema de administración de justicia.

Al mismo tiempo, en materia de *rendición de cuentas*, resulta primordial la transparencia de los sistemas de justicia³⁷, por lo que el CEVI ha recomendado a los Estados, en particular en los casos sobre violencia sexual ejercida contra niñas y adolescentes, garantizar el acceso a información transparente sobre el número de causas, así como la situación de los agresores³⁸.

2. Recomendaciones frente a manifestaciones específicas de violencia

Hay algunas manifestaciones específicas de violencia contra la mujer relacionadas con los derechos sexuales y reproductivos sobre las que el CEVI se ha pronunciado, y a las que haremos referencia a continuación.

a. Acoso sexual

El CEVI ha manifestado³⁹ que los Estados, en los que los sistemas de justicia tienen un rol preponderante, deben sancionar el acoso sexual en el trabajo, en los centros de salud y educativos y en cualquier otro ámbito, tal como dispone el artículo 2 de la Convención de Belém do Pará. Además, no deben permitir que cualquier disposición revictimice a las mujeres afectadas o que obstaculice sus intentos de obtener sanciones para los responsables, así como una reparación adecuada. Ello entonces guarda relación con la recomendación sobre que quienes operan el

³³ *Ibidem*, p.13.

³⁴ CEDAW, *op. cit.*, p.10.

³⁵ Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf [Consultado el 21 de agosto del 2021].

³⁶ MESECVI, *op. cit.*, p.12.

³⁷ CEDAW, *op. cit.*, p.11.

³⁸ MESECVI, *op. cit.*, p.72.

³⁹ MESECVI, *op. cit.* p.97.

sistema de justicia deben tramitar los casos teniendo en cuenta las cuestiones de género⁴⁰, como es el hecho por ejemplo de la falta de testigos y la valoración especial de la palabra de la víctima.

De otro lado, el Comité también se ha pronunciado⁴¹ sobre la necesidad de crear instancias y procedimientos efectivos para denunciar la violación de los derechos de niñas y adolescentes, bajo la forma de maltrato, acoso sexual u otras formas de violencia en el ámbito educativo, ya sea que provenga de docentes, autoridades o personal administrativo. Ello implica la creación, mantenimiento y/o desarrollo de instancias que permitan el acceso a la justicia de las víctimas, sin discriminación y garantizando procedimientos efectivos, bajo el eje de disponibilidad en el acceso a la justicia⁴².

b. Matrimonio infantil

El CEVI ha mostrado una profunda preocupación sobre este fenómeno presente en la región, por lo que ha recomendado firmemente a los Estados Partes que examinen y, cuando sea necesario, reformen sus leyes y prácticas para aumentar la edad mínima para el matrimonio a los 18 años, con o sin acuerdo de los padres, a los 18 años tanto para las chicas como para los chicos y de manera prioritaria aquellas normas civiles y penales que eximen de la responsabilidad penal al agresor por el matrimonio con la víctima⁴³.

c. Trata de personas y prostitución forzada

Sin lugar a dudas, el CEVI ha condenado la trata de personas y la prostitución forzada, expresando su conformidad con los estándares del “Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, conocido como Protocolo de Palermo; y los Elementos del Crimen del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional⁴⁴. Por consiguiente, ha manifestado la necesidad de adoptar una legislación que sancione los delitos de trata y prostitución forzada para aquellos Estados que aún no lo han hecho; y en el caso de aquéllos que ya lo hubieran hecho, pero la tipificación de tales delitos no se adecúe al derecho internacional, ha recomendado revisar y modificar su legislación al respecto⁴⁵.

d. Embarazo infantil

En relación con esta problemática el CEVI ha manifestado su preocupación sobre la gravedad de este fenómeno y sus serias consecuencias⁴⁶. En especial ha recomendado a los Estados,

⁴⁰ CEDAW. *op. cit.*, p.7.

⁴¹ MESECVI, *Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará. Recomendación N°7*, 2017, p. 209. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mese cvi/docs/TercerInformeHemisferico-ES.pdf> [Consultado el 15 de agosto del 2021].

⁴² CEDAW, *op. cit.*, p.8.

⁴³ MESECVI, *op. cit.*, p.69.

⁴⁴ MESECVI, *op. cit.*, p.97.

⁴⁵ MESECVI, *op. cit.*, p.46.

⁴⁶ MESECVI, *op. cit.*, p.20.

comprendiendo a los sistemas de justicia, que se investigue los casos de mortalidad materna de niñas para verificar cuáles son las razones que llevaron a esas muertes prematuras y sancionar a los responsables⁴⁷.

e. Aborto

El CEVI se ha manifestado a favor de la legalización para la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos, sea para salvar la vida de la madre o evitarle un daño grave o permanente a su salud física y mental⁴⁸, así como en los casos del embarazo como consecuencia de una violación⁴⁹. Adicionalmente ha manifestado la necesidad de establecer servicios especializados gratuitos para las mujeres víctimas de violencia, sus hijas e hijos, entre ellos: refugios, casas de acogida y centros de atención integral, servicios de salud integral que cubran la atención de la salud sexual y reproductiva, así como la interrupción legal del embarazo, y la consejería psicológica, apoyo terapéutico y grupos de autoayuda⁵⁰. En particular, el CEVI ha contemplado la importancia de que las mujeres en estas circunstancias cuenten con asistencia jurídica previa al proceso penal y patrocinio jurídico durante el proceso penal⁵¹, de manera tal que estos servicios sean accesibles para las mujeres de todas las condiciones sociales⁵².

f. Técnicas de reproducción asistida sin consentimiento

Sobre esta materia, el CEVI se ha pronunciado expresamente sobre la necesidad de que los Estados adopten regulaciones sobre la inseminación artificial, así como la obligación de aplicar sanciones a quienes la realicen sin consentimiento de las mujeres⁵³, por constituir ello un acto de violencia contra la mujer.

g. Violencia obstétrica

En esta materia, la posición del CEVI ha sido clara en recomendar a los Estados adoptar disposiciones que penalicen la violencia obstétrica⁵⁴. Consecuentemente, se ha pronunciado por garantizar que existan medios idóneos y adecuados dentro del sistema de justicia para que las niñas que sufren prácticas de violencia obstétrica puedan fácilmente denunciar estas situaciones, y se investiguen y sancionen los casos que ocurren dentro de los sistemas de salud en la región⁵⁵, asegurando así la disponibilidad, accesibilidad y buena calidad del sistema de justicia.

⁴⁷ MESECVI, *op. cit.*, p.71.

⁴⁸ MESECVI, *op. cit.*, p.98.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, p.101.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² CEDAW, *op. cit.*, p.9.

⁵³ MESECVI, *op. cit.*, p.98.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ MESECVI, *op. cit.*, p.72.

h. Esterilización forzada

Frente a la esterilización forzada el CEVI se ha pronunciado para que los Estados adopten disposiciones que criminalicen la esterilización forzada como delito común y como acto conducente al genocidio, crimen de guerra y crimen de lesa humanidad⁵⁶, como una condición indispensable para que las mujeres y puedan reclamar sus derechos como derechos jurídicos efectivos.

C. Reflexiones finales

En los últimos años hemos sido testigos de los esfuerzos de parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por desarrollar estándares que deben cumplir los Estados para garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y niñas de las Américas. A pesar de ello, aún estamos lejos de alcanzar esta meta. Si bien podemos reconocer que ha habido avances importantes, no podemos negar que la violencia contra las mujeres se ha hecho presente en diversas y dramáticas manifestaciones. Una violencia que algunas veces golpea a nuestras niñas, como los matrimonios y embarazos infantiles y, en otros, se combina con fenómenos donde se dan múltiples vulnerabilidades, como la trata y explotación sexual en contextos migratorios intrarregionales. Ello no ha pasado desapercibido por los mecanismos de monitoreo de la Convención de Belém do Pará, y en particular por su Comité de Expertas. Por ello, el CEVI de manera sistemática se ha venido pronunciando para condenar los diversos tipos de violencia que se ejercen contra las mujeres y las niñas, señalando los deberes de los Estados en relación con el acceso a la justicia, dado que garantizar este derecho es esencial para la realización de todos los demás derechos humanos.

Motivadas por ello, hemos compilado diferentes pronunciamientos del CEVI interrelacionándolos con los seis componentes esenciales de acceso a la justicia, reconocidos en el ámbito de Naciones Unidas. De esta manera, esperamos que este análisis sea útil para las y los operadores de justicia en particular, así como de otras instituciones gubernamentales, y en general para quienes defienden los derechos de las mujeres, donde quiera que se encuentren. Nuestra mayor esperanza es que puedan darle un uso estratégico con el fin de garantizar el acceso a la justicia frente a la violación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y niñas en nuestra región.

⁵⁶ MESECVI, *op. cit.*, p.98.

Bibliografía

- CORTE IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm
- CORTE IDH, *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf
- MESECVI, *Amicus Curiae del Caso Guzmán Albarracín y Otros Vs. Ecuador*, 2020. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/AmicusCuriae-PaolaGuzman-ES.pdf>
- MESECVI, *Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos*, 2014. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/DeclaracionDerechos-ES.pdf>
- MESECVI, *Informe hemisférico sobre violencia sexual y embarazo infantil en los Estados Parte de la Convención de Belém do Pará*, 2016. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-EmbarazoInfantil-ES.pdf>
- MESECVI, *Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Muerte Violenta de Mujeres y Niñas (Femicidio/Feminicidio)*, 2018. Disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/LeyModeloFemicidio-ES.pdf>
- MESECVI, *Primer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará*, 2008. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/InformeHemisferico2008-SP.pdf>
- MESECVI, *Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará*, 2012. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeHemisferico-ES.pdf>
- MESECVI, *Tercer Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI*, 2020. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Tercer-Informe-Seguimiento-ES.pdf>
- MESECVI, *Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará*, 2017. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/TercerInformeHemisferico-ES.pdf>
- NACIONES UNIDAS, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Recomendación General Núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*, 2015. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>
- OEA, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)*, Brasil, Belem Do Pará, 1994, p.1-6. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf>

SEGUNDA PARTE

El ejercicio de los derechos
sexuales y reproductivos
en los países de la región:
Colombia, Chile y México



VIOLENCIA REPRODUCTIVA EN CONTEXTOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL: NOTAS SOBRE LOS DESAFÍOS DEL CASO COLOMBIANO

Oscar Parra Vera *

Sumario

A. Introducción. B. La violencia reproductiva en las decisiones de priorización del caso 07 de la JEP sobre reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado. C. Los informes sobre violencias reproductivas presentados ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad. D. Decisión de la Sala de Amnistía o Indulto con relevancia en el análisis de la violencia reproductiva. E. Consideraciones finales.

A. Introducción

En 2019 la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) adoptó su decisión respecto a *Bosco Ntaganda* y en 2021 la decisión en el caso sobre *Dominic Ongwen*. Ambos precedentes han sido muy relevantes para repensar y fortalecer las estrategias de persecución penal respecto a crímenes internacionales relacionados con la violencia reproductiva, particularmente aquella asociada a violencia sexual y basada en el género al interior de grupos armados.

En el caso *Ntaganda*¹ la CPI señaló que dicho ex líder de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC) era responsable por crímenes de lesa humanidad y de guerra, incluyendo hechos de violación y esclavitud sexual al interior de las filas del FPLC. Asimismo, se declaró su responsabilidad por el uso de niñas y niños soldados. Uno de los componentes más importantes de dicho precedente es el de constituir un primer precedente de derecho penal internacional de condena por hechos de violencia sexual al interior de las filas de un grupo armado cometidas por la misma tropa.

Por su parte, en el caso *Ongwen*² la CPI indicó que el ex comandante del Ejército de Resistencia del Señor en Uganda era responsable de distintos crímenes sexuales, reproductivos y basados en el género. Entre otros importantes aportes, esta decisión constituye la primera sentencia condenatoria de la CPI por embarazo forzado, lo cual evidencia la pertinencia de una interpretación integral de los crímenes basados en el género, no enfocada exclusivamente en la violación sexual³.

* Magistrado de la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia (JEP). MSc in Criminology and Criminal Justice, University of Oxford. Abogado y magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Este texto se nutre a partir del trabajo del autor como miembro de la Comisión de Género de la JEP (2018-2021).

¹ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-2359, 08 July 2019, Trial Chamber VI.

² International Criminal Court, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15-1762-Red, 04 February 2021, Trial Chamber IX.

³ La CPI precisó que el delito de embarazo forzado se basa en el derecho de la mujer a la autonomía personal y reproductiva y el derecho a la familia. El embarazo forzado debe interpretarse de manera que le dé a este

Sin duda estos avances en el derecho penal internacional tendrán profundo impacto en el proceso transicional colombiano, particularmente en los avances de la Jurisdicción Especial para la Paz (en adelante JEP), instancia judicial creada en el marco del Acuerdo de Paz suscrito en 2016 entre la antigua guerrilla de las FARC-EP y el Estado colombiano. La competencia de la JEP se concentra en la investigación, juicio y sanción de hechos directa o indirectamente relacionados con el conflicto armado. Entre dichos hechos se encuentran la violencia sexual y, dentro de ella, la violencia reproductiva. En el pasado la Corte Constitucional de Colombia (auto 092 de 2008) ya había señalado que entre los riesgos que sufrían las mujeres y niñas se encontraban formas de violencia sexual sistemática como la que podría asociarse al aborto forzado y la anticoncepción forzada.

Para comprender debidamente los desafíos de justicia transicional frente a la violencia reproductiva, debe considerarse que el Acuerdo de Paz dispuso la creación de un sistema integral con componentes judiciales y extrajudiciales (en adelante Sistema Integral) para hacer frente a violaciones masivas y sistemáticas cometidas en el conflicto armado. Éstas incluyen más de 25.000 desapariciones forzadas, miles de casos de violencia sexual⁴, y millones de víctimas de desplazamiento forzado.

Dados los límites temporales y materiales de la labor de la Jurisdicción, cobra relevancia el debate sobre selección y priorización de casos, lo cual ocurrirá, entre otros, con los hechos de violencia sexual y reproductiva. Ante la imposibilidad de juzgar uno a uno estos miles de casos, se viene impulsando su agrupación, y ello permitirá diversos análisis tanto del mecanismo judicial como para otros mecanismos extrajudiciales del sistema de justicia transicional (como la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad).

En este punto cabe resaltar que la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas (en adelante “Sala de Reconocimiento”) de la

delito un significado independiente de los demás delitos de violencia sexual y de género del Estatuto. El delito de embarazo forzado depende del confinamiento ilegal de una mujer embarazada (realizada por la fuerza), con el efecto de que la mujer se vea privada de la autonomía reproductiva. La CPI también condenó por otros actos inhumanos, incluido el matrimonio forzado (artículo 7(1)(k)). Se señaló que este delito se incluyó en el Estatuto reconociendo la imposibilidad de enumerar exhaustivamente todo acto inhumano que pueda constituir un delito. La conducta que subyace al matrimonio forzado, así como el impacto que tiene en las víctimas, no se refleja plenamente en otros crímenes de lesa humanidad. El elemento central y el acto subyacente del matrimonio forzado es la imposición de este estado a la víctima, es decir, la imposición, independientemente de la voluntad de la víctima, de deberes asociados con el matrimonio, incluso en términos de exclusividad del (forzado) unión conyugal impuesta a la víctima, así como el consiguiente estigma social. El matrimonio forzado implica la imposición de esta asociación conyugal y no requiere necesariamente el ejercicio de la propiedad sobre una persona, elemento esencial para la existencia del delito de esclavitud. Asimismo, el delito de violación no penaliza la imposición del “estado civil” a la víctima. Cuando un concepto como “matrimonio” se utiliza para legitimar un estado que a menudo implica una violación en serie, las víctimas sufren un trauma y un estigma más allá del causado por ser una sola víctima de violación.

⁴ En el Registro Único de Víctimas (RUV) de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV) de Colombia, con corte al 30 de abril de 2020, hay 7.277.408 personas reconocidas que cumplen con los requisitos para acceder a las medidas de atención y reparación establecidas en la Ley 1448 (Ley de víctimas). En cuanto a los delitos contra la integridad física y sexual (en el marco del conflicto armado) se indica la inclusión de 32.092 víctimas, de las cuales, 29.035 son mujeres. Ver al respecto <https://www.unidadvictimas.gov.co/especiales/ViolenciaSexual/index.html>

JEP ha recibido informes sobre diversas violencias basadas en el género incluyendo hechos de violencia reproductiva. En relación con dichos hechos surgen diversas preguntas para las estrategias de persecución penal transicional: ¿Qué lugar debe jugar la justicia transicional en la investigación y juzgamiento de la violencia reproductiva en los contextos de macrocriminalidad? ¿Cuáles son los principales retos asociados a las definiciones y requisitos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad? ¿La anticoncepción forzada podría encuadrar como “otra forma de violencia sexual de gravedad comparable” constitutiva de crímenes de lesa humanidad según lo establecido en el literal g del artículo 7 del Estatuto de Roma? ¿Cómo entender el elemento de sistematicidad si se considera estratégica la imputación de crímenes de lesa humanidad en esta materia? ¿Debe presumirse la sistematicidad debido a las barreras que enfrentan las mujeres que denuncian la violencia reproductiva y los miedos que han generado que haya un mínimo de denuncias en esta materia? ¿Si se construye la sistematicidad a partir de estas presunciones, se generan imputaciones débiles que podrían vulnerar el derecho a la defensa de los procesados? ¿Cómo se puede probar la existencia de una política de violencia reproductiva intrafilas si se cuenta con pocos casos denunciados o documentados y si eventualmente no existieran “estatutos” o reglas expresas dentro de los actores armados que evidencien las mismas? ¿Cómo impulsar una mayor denuncia en este tipo de casos en aquellas organizaciones de víctimas que mantienen una visión crítica del sistema de justicia transicional negociado en el Acuerdo de Paz? ¿Qué pasa si los abortos forzados se presentan solo en unos frentes de una guerrilla y en otros no? ¿Cómo enfrentar los desafíos de prueba en casos de violencia sexual?⁵

Muchas de estas preguntas serán abordadas desde los desafíos específicos del mecanismo judicial (la JEP) y del mecanismo extrajudicial (la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad). Son por ello importantes algunas lecciones que la JEP tomó de avances de procesos de justicia transicional previos en Colombia, particularmente en la desmovilización de grupos paramilitares y la Ley de Justicia y Paz que se creó para juzgarlos. En primer lugar, es necesario juzgar estos hechos desde un enfoque de macro criminalidad. Si se investigan estos hechos como casos aislados es más difícil analizar la criminalidad de sistema inherente a este tipo de casos. Se necesita entonces una estrategia de rendición de cuentas y una estrategia de priorización de esos casos, es decir, los casos no pueden ser analizados en cualquier orden y la JEP está llamada a establecer la mejor estrategia para juzgar estos hechos. En segundo lugar, el juzgamiento está anclado en las más altas responsabilidades de esas estructuras involucradas en los patrones, planes, prácticas y modus operandi que conectan los diversos casos.

En este texto no avanzo a profundidad en el análisis de posibles estrategias de persecución penal. Mi objetivo es una breve descripción de algunos pasos que se han dado en el sistema

⁵ Entre la literatura reciente en Colombia sobre esta materia ver Alejandro Aponte, *Agresiones sexuales en conflicto armado: criterios de interpretación y fórmulas de imputación*, Bogotá, Universidad de la Sabana, Editorial Ibáñez, 2019. Por otra parte, la Universidad de los Andes impulsó un seminario analizando muchos de estos debates en torno a una pregunta más general en torno a la investigación y juzgamiento de la violencia sexual en la justicia transicional colombiana. Ver: “*La Investigación y juzgamiento de las agresiones sexuales en contextos de macrocriminalidad*”, 23 de julio de 2021. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=KdZcUoBBAAU>.

integral de justicia transicional respecto a la valoración de la violencia reproductiva tanto en componentes judiciales como extrajudiciales del sistema. Para tal efecto inicio con A) una breve reseña de la priorización de hechos asociados a violencia reproductiva en el marco del macrocaso 07 de la JEP sobre reclutamiento ilícito; B) una mención a informes que han sido presentados ante la Comisión de la Verdad y ante la JEP sobre violencias reproductivas en el conflicto armado; y C) el alcance de algunas decisiones de la Sala de Amnistía e Indulto de la JEP en las que se señala que no son amnistiabiles ciertos hechos de violencia reproductiva.

B. La violencia reproductiva en las decisiones de priorización del caso 07 de la JEP sobre reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado

En el caso 07 se investigan componentes de la violencia reproductiva en el conflicto armado colombiano desde un análisis de macrocriminalidad. La Sala de Reconocimiento de la JEP denominó el caso como “Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado”, refiriéndose a niñas y a niños como toda persona menor de 18 años.

El objetivo del caso ha sido lograr una comprensión de los hechos graves perpetrados por actores del conflicto armado colombiano que afectan de distinta manera los derechos de las personas que, siendo menores de dieciocho años, fueron involucradas en el conflicto armado entre el 1 de enero de 1971 (primer caso de reclutamiento reportado por la Fiscalía General de la Nación) y el 1 de diciembre de 2016.

El reclutamiento de menores es un caso de especial gravedad y representatividad en la medida en que: i) afectó a sujetos de especial protección constitucional e internacional por su condición etaria; ii) impactó derechos de un colectivo de sujetos de derechos de una forma particular; iii) los informes ante la JEP alegan que en algunas de sus manifestaciones habría sido impulsado y puesto en marcha por integrantes de las FARC con mando dentro de la organización; y iv) en otras modalidades, al parecer las conductas se pueden imputar a miembros de la Fuerza Pública que actuaron en contra de la prohibición legal.

Entre los posibles hechos victimizantes en estudio dentro del macrocaso se encuentran el enrolamiento a las filas de los actores armados; la inducción a integrar filas; el entrenamiento militar; la obligación a participar con el empleo de las armas en las hostilidades; los comportamientos que pudieron haber puesto en riesgo la vida, la integridad física o psicológica y el desarrollo de niños y niñas, y que afectan sus derechos, a través del cumplimiento de funciones de apoyo; la violencia y esclavitud sexual; la planificación y aborto forzados; la imposición de trabajos incompatibles con su condición de niños; la limitación a su libertad para abandonar las filas; y, la imposición de castigos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La jurisprudencia colombiana ha reconocido que el grado de afectación derivado del reclutamiento y la utilización de menores, impacta en una multiplicidad de derechos de forma simultánea, entre los que se encuentran los que corresponden a la educación, la libertad individual, la libertad sexual, al libre desarrollo de la personalidad, a crecer en el entorno familiar y a su identidad cultural en el caso de niños y niñas pertenecientes a pueblos étnicos.

En 2021 la Sala emitió el auto 159 de priorización interna en este caso 07 y en el cual precisó que el universo provisional de víctimas del macrocaso es de 18.677 menores de 18 años. A esta cifra se arribó luego de diversos cruces de las bases de datos en informes recibidos en la JEP. Entre las hipótesis que plantea este avance en el caso se encuentra la focalización en tres grupos de conductas que ocurrieron en el marco del reclutamiento. La primera de ellas será la violencia sexual y basada en el género, y se alude a 49 hechos bajo análisis en el caso. Dentro de estas formas de violencia se mencionan el aborto forzado, la anticoncepción forzada y “otras conductas relacionadas con atentados en contra la integridad sexual y reproductiva”.

C. Los informes sobre violencias reproductivas presentados ante la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad

En el marco del Acuerdo de Paz se creó la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV), como un mecanismo de carácter temporal y extrajudicial del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. En diciembre de 2020 la Comisión de la Verdad impulsó un espacio de escucha denominado “La violencia reproductiva en el conflicto armado: una verdad pendiente”⁶. Se espera que esta temática sea analizada a profundidad en el informe final de la Comisión, lo cual es relevante dada la invisibilización que ha tenido como fruto del negacionismo y la normalización de las violencias reproductivas por todos los actores del conflicto armado, en el marco del continuum de violencias basadas en el género que Colombia ha padecido históricamente. La CEV ha recopilado múltiples testimonios de víctimas de violencias reproductivas a partir de informes como los presentados por las organizaciones Women’s Link Worldwide, la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres y el Centro de Derechos Reproductivos.

Estas organizaciones, además de dar cuenta del impacto del conflicto armado en las mujeres y niñas, y de las múltiples violencias basadas en el género y la violencia sexual, coincidieron en la necesidad de visibilizar la existencia de una violencia reproductiva sistemática ejercida durante el conflicto armado por todos los actores armados, incluidos los agentes estatales.

Algunos de los hechos constitutivos de esta violencia reproductiva son la imposición de métodos anticonceptivos al interior de los grupos armados de forma generalizada y sistemática, los abortos forzados y las maternidades forzadas. Women’s Link Worldwide identifica diversos móviles en estas prácticas, pero efectos comunes en las víctimas de estas violencias, como lo es el control de la capacidad reproductiva de las mujeres por parte de los grupos armados. La violencia reproductiva elimina entonces la voluntad de la mujer para decidir sobre su posibilidad de ser madre, en qué momento y de qué forma. Se señala que el Estado es responsable de este tipo de violencia al no cumplir con exigencias tendientes a evitar dichas prácticas en territorios en los que se desarrolló el conflicto armado y al no contar con una categoría de violencia reproductiva dentro del programa de reparación de la Unidad de Víctimas.

⁶ Comisión de la Verdad, *La violencia reproductiva en el conflicto armado: una verdad pendiente*, 15 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://comisiondelaverdad.co/actualidad/noticias/violencia-reproductiva-en-el-conflicto-armado-una-verdad-pendiente>.

Women's Link Worldwide también mencionó que esta categoría de violencias reproductivas no había sido ampliamente estudiada por otras comisiones de la verdad a nivel internacional, y que corresponde a la colombiana hacerlo y proponer recomendaciones tendientes a prevenir las mismas en un contexto de conflicto armado.

Cabe resaltar que en sus informes ante la CEV y la JEP, Women's Link Worldwide ha incluido el caso de *Helena* (la identidad de la víctima está en reserva⁷), quien fue reclutada forzosamente por las FARC a los 14 años. Posteriormente, fue forzada a tomar anticonceptivos y a abortar de forma insegura. En relación con su caso fue presentada una acción de tutela contra la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas – UARIV y la empresa a la que correspondía su atención en salud. Helena vivía en una zona rural de Colombia y estos elementos de su caso le hacen representativo de lo vivido por muchas mujeres en Colombia⁸:

La familia de Helena [...] se vio obligada a dejar su territorio y desplazarse forzosamente [...]. Dos meses después de llegar a vivir a su nuevo hogar, mientras Helena estaba sola en casa cuidando a sus hermanos menores, llegaron unos hombres de la guerrilla de las FARC y la obligaron a irse con ellos de manera inmediata, solo con lo que tenía puesto, hacia un campamento de esta guerrilla. [...] Como parte del aprendizaje de las reglas del grupo insurgente le dijeron que en la guerrilla no se podía tener hijos por lo cual todas las mujeres estaban obligadas a tomar anticonceptivos. En cumplimiento de la orden Helena fue obligada a inyectarse un anticonceptivo durante la mayor parte del tiempo que estuvo en la guerrilla, aproximadamente cinco años. Mientras hacía parte de las filas de las FARC, quedó embarazada como resultado de una relación consentida. Cuando los comandantes se enteraron de su estado decidieron llevarla a una casa en un pueblo, donde el comandante de su compañía la estaba esperando junto a otros guerrilleros para informarle que tenía que abortar. Helena se negó a hacerse el aborto y les pidió que la dejaran continuar con el embarazo. Sin embargo, ese mismo día llegó un supuesto médico que era el que solía encargarse de practicarle los abortos a las mujeres integrantes de las FARC. Los guerrilleros que la acompañaban intentaron convencerla de que accediera a abortar, la amenazaron con hacerle un consejo de guerra y sería sentenciada a fusilamiento. Ella luchó durante horas para impedir que le hicieran el aborto. Finalmente, sin su consentimiento, le inyectaron una sustancia y le hicieron tomar unas pastillas. Cuando Helena se despertó ya le habían hecho el aborto. Dadas las condiciones en las que le practicaron el procedimiento perdió mucha sangre. A pesar de su debilidad, fue obligada por la guerrilla a irse a otro municipio porque el ejército se encontraba cerca y luego le autorizaron irse a su casa. [...] Mes y medio después, comenzaron a aparecer en su cuerpo las secuelas del mal procedimiento que le hicieron. El resto del año estuvo en un muy mal estado de salud, a pesar de los medicamentos que

⁷ Un video muy ilustrativo sobre el caso puede verse en <https://www.youtube.com/watch?v=zXyZwFoyrsk>.

⁸ Women's Link Worldwide, *La historia de Helena*. Disponible en: <https://www.womenslinkworldwide.org/files/3099/historia-de-helena.pdf>

su familia lograba conseguirle. Después de un tiempo, dos guerrilleros fueron a su casa a avisarle que tenía que presentarse de nuevo ante la guerrilla. Helena decidió huir.

La entidad encargada de prestar servicios de salud le impuso a Helena diversos obstáculos y cargas para acceder a un tratamiento integral de salud a pesar de problemas de infecciones urinarias, estrés postraumático, depresión, frustración, entre otros padecimientos. La Unidad de Víctimas negó su inscripción en el Registro Único de Víctimas (RUV). A través de la sentencia SU-599 de 2019 la Corte Constitucional consideró que la UARIV vulneró el derecho al debido proceso, entre otras razones porque la UARIV no estudió ni se pronunció respecto de los hechos victimizantes de aborto y desplazamiento forzados, así como tampoco tuvo en cuenta el contexto o circunstancias especiales del caso de la tutelante, los cuales constituían fuerza mayor para presentar la declaración dentro de los términos de la Ley de Víctimas de Colombia en orden a acceder a reparaciones. La Corte resaltó las obligaciones de garantizarle a las víctimas de violencia sexual intrafilas en el contexto del conflicto armado interno, el acceso a medidas de reparación integral, reconociéndoles su calidad de víctimas, de tal manera puedan ser beneficiarias de la Ley 1448 de 2011 y sean incluidas en el RUV. Y respecto a las entidades de salud, la Corte reiteró el deber del Estado de garantizar una atención y asistencia especializada a las mujeres, niñas, adolescentes y adultas mayores que sobreviven a violencia sexual perpetrada por actores armados, el cual implica la obligación de atender a estas víctimas de forma inmediata, integral, especializada, con enfoque diferencial y durante el tiempo necesario para superar las afectaciones físicas y psicológicas originadas por las agresiones que sufrieron.

En el informe “Una radiografía sobre la Violencia Reproductiva contra mujeres y niñas durante el Conflicto Armado colombiano”, el Centro de Derechos Reproductivos valoró 68 casos específicos de violencias reproductivas⁹ y ha identificado escenarios de aborto forzado y aborto sin consentimiento, entendiendo el mismo como (i) una forma de dominación de mujeres y niñas al interior de grupos armados, particularmente, al interior de grupos guerrilleros; (ii) una forma de eliminación de huellas de violaciones sexuales; (iii) una forma de generar terror en la población civil; (iv) una forma de estigmatización o denegación de la interrupción voluntaria del embarazo en contextos de conflicto armado; y (v) una forma involuntaria que se produce como resultado de aspersiones con glifosato.

En su informe, el Centro de Derechos Reproductivos también valoró, entre otros, la violencia contra las personas gestantes, la anticoncepción forzada o planificación reproductiva forzada, formas de esterilización forzada, maternidades forzadas o coaccionadas, embarazo forzado coaccionado, impactos en los proyectos de vida, estigmas contra madres e hijos producto de embarazos por violación, barreras y malos tratos para acceder a los servicios de salud sexual y reproductiva, y riesgos y secuelas en la salud reproductiva.

⁹ Centro de Derechos Reproductivos, *Una radiografía sobre la Violencia Reproductiva contra mujeres y niñas durante el Conflicto Arado colombiano*, julio de 2020. Disponible en: <https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/Violencia%20Reproductiva%20en%20el%20conflicto%20armado%20colombiano.pdf>

Los efectos desproporcionados de esta violencia fueron analizados en relación con (i) la violencia direccionada a subgrupos poblaciones como niñas afrocolombianas, indígenas y campesinas, mujeres lesbianas, hombres trans y mujeres en situación de prostitución; grupos que fueron violentados con la anuencia de estereotipos acerca de sus modos y proyectos de vida. Asimismo, el informe analiza (ii) la existencia de fines ideológicos e instrumentales detrás de las violencias reproductivas, para generar terror, controlar y dominar la capacidad reproductiva de las mujeres, reducir al “enemigo”, usar el cuerpo de las niñas y adolescentes para la guerra, y para dominar y controlar las poblaciones.

A la luz de los informes, las violencias reproductivas en el marco del conflicto armado pueden ser explicadas en dos dimensiones interrelacionadas: una dimensión desarrollada al interior del grupo armado que es determinada por las lógicas de la guerra, y una segunda dimensión que se encuentra en los entornos civiles del conflicto armado, lugares donde predomina la militarización y estereotipos funcionales a la guerra y a las violencias reproductivas.

En el informe se indica que, a partir de dichos contextos de militarización y estereotipos de género y raciales, se conduce a los hombres a ejercer, naturalizar y legitimar el control sobre los cuerpos de las mujeres y sus proyectos de vida. Dentro de los mencionados estereotipos se encuentran: (i) la función natural de la mujer de reproducirse y ser madre, (ii) las mujeres solteras no pueden acceder a métodos anticonceptivos, (iii) las mujeres combatientes no pueden ser madres, (iv) las personas trans son anormales, (v) las niñas afrocolombianas son “impetuosas y fogosas”, (vi) las niñas y mujeres indígenas son seres inferiores y (vii) las mujeres afrocolombianas, negras e indígenas son más fuertes para justificar su explotación física, sexual y emocional.

Sobre la primera dimensión, se encuentra que, pensando en la máxima utilidad de las mujeres combatientes, los grupos armados impusieron métodos de planificación temporales (planificación forzada) y hay indicios de medidas tendientes a la esterilización forzada. Otro tipo de violencia reproductiva funcional a la guerra es el aborto forzado y el aborto sin consentimiento que se dio como parte del control al interior de grupos armados. Estos eventos se dieron mediante controles permanentes para detectar los embarazos, realización de procedimientos por personas que no tenían experiencia profesional para ello y disposición de medicamentos y material quirúrgico para las intervenciones. Se argumenta ante el Sistema Integral que las violencias reproductivas han sido crímenes desconocidos y silenciados, parten de esa necesidad que han tenido todos los actores armados de controlar la sexualidad y la reproducción de las mujeres y de las personas LGBT en función de sus objetivos bélicos. Es la extensión del cuerpo de las mujeres como el territorio de la guerra, como un escenario para la imposición del control y el poder que quiere ejercer el grupo armado¹⁰.

¹⁰ Según el Centro de Derechos Reproductivos, la anticoncepción forzada fue utilizada de forma sistemática dentro de las filas de las FARC-EP, en la guerrilla Ejército Revolucionario Guevarista (ERG), y en grupos paramilitares como Autodefensas Campesinas del Casanare y el Bloque Norte. También los grupos paramilitares impusieron esta violencia reproductiva a mujeres que ejercían el trabajo sexual en zonas específicas del país.

Adicionalmente, también se habrían cometido abortos forzados en civiles, personas protegidas, con la finalidad de generar terror en la población civil enviando un mensaje de inexistencia de límites en el propósito de aniquilar al enemigo mediante la agresión a un valor o bienpreciado por las comunidades como lo es la maternidad. Así mismo, se consideraban como una forma de reducción o agresión al enemigo, las violencias ejercidas sobre las compañeras o parejas sentimentales de los integrantes del otro grupo armado.

El informe señala que la segunda dimensión corresponde a contextos y lugares donde concurren fenómenos de militarización, en donde los estereotipos ya mencionados y el vacío estatal generaron violencias reproductivas como embarazos y maternidades forzadas, que fueron propiciadas por agentes estatales que negaron u obstaculizaron el acceso a información completa y a servicios de salud reproductiva. El Estado también se habría involucrado en la violencia reproductiva, por ejemplo, a través de prácticas de enamoramiento de los soldados al llegar a los territorios donde son destinados a prestar servicio, siendo una práctica muy común que muchas veces se implementa como una estrategia de guerra y ha tenido impactos en los derechos reproductivos de mujeres y niñas de diferentes territorios.

El informe del Centro de Derechos Reproductivos también propone formas de reparación transformadora respecto a los daños que generan las violencias reproductivas. En este punto los daños que causan estas violencias pueden ser materiales o inmateriales. Los primeros corresponden a la pérdida de ingresos de las víctimas ante gastos médicos y de reasentamiento en los casos que deben desplazarse del lugar de arraigo y enfrentar situaciones de precariedad económica. Los inmateriales se manifiestan en el menoscabo de valores y otras perturbaciones y alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia.

Estos últimos pueden ser de índole moral o emocional, asociados a sentimientos de tristeza, rabia o culpabilidad, o ambivalencia de sentimientos de amor y odio en los casos de maternidades forzadas. También se encuentran afectaciones a nivel del entorno social que se reflejan en la dificultad para interactuar con otros y reconstruir el tejido social por fenómenos de rechazo y estigmatización y sentimientos de desconfianza o vulnerabilidad.

Ante la JEP y la CEV se ha planteado por las organizaciones, que una de las principales formas de reparar la violencia reproductiva es el reconocimiento de esta por parte de los diferentes actores involucrados. Ello exige ofrecer disculpas públicas a las víctimas, darles voz, indemnizaciones, restituciones, rehabilitaciones, medidas de no repetición y medidas para promover su recuperación física y psicológica. Las medidas de no repetición implican mejorar el acceso a la educación, información y servicios de salud sexual y reproductiva, y la eliminación de las barreras que impiden el aborto libre y seguro.

D. Decisión de la Sala de Amnistía o Indulto con relevancia en el análisis de la violencia reproductiva

El 19 de febrero de 2021 la Sala de Amnistía o Indulto (en adelante SAI) analizó los hechos delictivos por los cuales Héctor Albeidis Arboleda Buitrago alias “El enfermero” pretendía ser

indultado¹¹. La JEP determinó que algunos de estos hechos podían relacionarse con delitos de aborto forzado en persona protegida, homicidio en persona protegida, tentativa de homicidio, tortura y concierto para delinquir, con el fin de decidir si eran amnistiables o no.

La JEP determinó que alias “El enfermero” realizaba procedimientos que tenían como fin aplicar las políticas de natalidad y prohibición de embarazo que tenían las FARC-EP para que las mujeres combatientes tuvieran mejor rendimiento y resultados en la guerra. Dichas políticas consistían en la prohibición a las mujeres combatientes de quedar en estado de embarazo, pues tal situación podía impactar en su rendimiento y resultados como combatientes. Para ello, los comandantes obligaban a las mismas a planificar con la “T” (Dispositivo intrauterino) y si este método fallaba y quedaban embarazadas las obligaban a abortar. El señor Arboleda era quien se encargaba de insertar las “T” a las combatientes, cambiarlas cuando fuera el caso y practicar los abortos de ser necesarios.

Todos estos procedimientos, de acuerdo con los relatos de varias excombatientes se realizaban sin la adecuada higiene, pues no se desinfectaban los instrumentos quirúrgicos, se utilizaban los mismos instrumentos con todas las mujeres o en otras ocasiones no se utilizaban instrumentos quirúrgicos sino *instrumentos hechizos*. De otra parte, los procedimientos se realizaban sobre plásticos en el suelo o camillas de madera, no se limpiaban los lugares realizándose abortos sobre la sangre de la anterior mujer que había sido sometida a algún procedimiento y no se usaba anestesia. Adicionalmente, la SAI advirtió que alias “El enfermero” realizó los distintos procedimientos sin tener una formación en el área de la salud, sino que sus conocimientos eran netamente empíricos.

Las anteriores condiciones y tratos generaron afectaciones a la salud mental y física de las mujeres combatientes, quienes presentaron desmayos e infecciones graves que ponían en peligro sus vidas. Las combatientes narran que estos abortos se practicaban así el embarazo estuviera avanzado, por lo cual en algunas ocasiones los niños nacían vivos pero debido al abandono y desprotección en el que se colocaban, morían casi de inmediato. Algunos testimonios señalan que las combatientes que estaban en estado de embarazo también eran sometidas a trabajos de alto esfuerzo como cortar o cargar leña y quien se negaba al aborto era fusilada, lo cual constituía una sanción ejemplarizante para que las demás mujeres evitaran quedar en embarazo.

Las conductas anteriormente descritas en los testimonios de las excombatientes fueron prueba suficiente para que la SAI las estimara como constitutivas de los delitos de aborto en persona protegida, tortura, tentativa de homicidio y homicidio en persona protegida por los menores que nacían vivos y que deliberadamente fueron dejados en desprotección. Asimismo, se indicó la existencia de concierto para delinquir en la medida que sus servicios fueron prestados a las FARC-EP de forma sistemática y previo acuerdo, a cambio de

¹¹ Jurisdicción Especial para la Paz, Sala de Amnistía o Indulto, *Resolución SAI-AOI-DAI-PMA-062-2021*, 19 de febrero de 2021. Disponible en: https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/resoluci%C3%B3n_sai-aoi-dai-pma-062_19-febrero-2021.htm

remuneración económica y conociendo plenamente la ilicitud de los hechos cometidos, así como de la organización a la que pertenecía.

La SAI aplicó al caso en concreto el Estatuto de Roma y los Convenios de Ginebra en lo concerniente a los crímenes de guerra en Conflictos Armados No Internacionales (en adelante, CANI). Al respecto, la SAI trae a colación el ya mencionado caso *Ntaganda*, en el cual la Corte Penal Internacional estudió la violación al DIH por el desarrollo de violencias sexuales dentro del mismo grupo armado. En este caso, la CPI señaló que al ser la violencia sexual un crimen de guerra en el marco de un conflicto armado, todas las personas deben ser protegidas al respecto sin distinción. Por lo tanto, el que la violencia sexual se ejerza sobre una combatiente o participante directa del conflicto también implica una violación al DIH y, en consecuencia, un crimen de guerra, pues el hecho de ser combatiente no implica una desprotección por parte del DIH y, por el contrario, también se entienden como personas protegidas en el marco de las normas internacionales.

Los convenios de Ginebra y el Protocolo II de 1977 relativo a la protección de las víctimas en un CANI estipulan el homicidio, la tentativa de homicidio y la tortura contra persona protegidas como crímenes de guerra. Igualmente, el Código Penal colombiano en su título II del Libro II contempla las mismas conductas como violaciones al DIH, por lo tanto, la SAI concluye que estas conductas delictivas cometidas por alias “El enfermero” no son amnistiables.

Un mayor esfuerzo fue necesario hacer en el estudio del delito de aborto forzado en persona protegida, pues a nivel interno esta conducta fue considerada como delictiva hasta el año 2014 y en la medida que los hechos cometidos por Héctor Arboleda se remontan a 2004. La SAI consideró que correspondía flexibilizar el principio de legalidad, lo cual es permitido cuando se está frente a conductas que revisten altísima gravedad como es el caso. Sobre la consideración de las violencias sexuales como crímenes de guerra en el derecho consuetudinario, se encuentra la norma consuetudinaria 93 del DIH que prohíbe cualquier forma de violencia sexual y el Estatuto de Roma incluye dentro de los crímenes de guerra violencias sexuales como “actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o *cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3*”¹² común a los cuatro Convenios de Ginebra”¹³.

Este artículo incluye prohibiciones en CANI, dentro de las cuales se contemplan atentados a la integridad corporal y la dignidad personal, por lo cual la SAI consideró que este artículo, de la mano del Estatuto de Roma, es fuente normativa suficiente para considerar el aborto forzado contra persona protegida como crimen de guerra. Esta interpretación también fue acogida por Tribunal Penal Internacional para Rwanda y el Tribunal Especial para Sierra Leona. Adicionalmente, se encuentra un antecedente en el caso *Ntaganda (supra)*, en el cual se consideró el aborto forzado como una forma de violencia sexual sancionada por el DIH.

¹² Subrayado y cursiva fuera del texto.

¹³ Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma*, 17 de julio de 1998. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/internationalcriminalcourt.aspx>

Una vez llegado a este estudio, para la JEP no fue necesario realizar un test de gravedad bajo el entendimiento que de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia nacional e internacional los hechos cometidos tienen suficiente entidad de crímenes de guerra y no hay ambigüedad al respecto.

Por lo anterior, la SAI acogió la decisión de conceder beneficio a Héctor Albeidis Arboleda Buitrago únicamente por el delito de concierto para delinquir y negarlo respecto de los demás delitos que al ser considerados crímenes de guerra no eran susceptibles de ser amnistiables.

E. Consideraciones finales: la imperiosa necesidad de fortalecer la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición respecto a la violencia reproductiva

La justicia, la verdad, la reparación y las garantías de no repetición respecto a las violaciones a los derechos reproductivos y por la violencia reproductiva han sido extremadamente limitadas a nivel nacional e internacional. Por otra parte, aunque existen menciones a violaciones a derechos reproductivos en algunos informes, ninguna comisión de la verdad ha indagado integralmente y a profundidad sobre la violencia reproductiva, ni ha emitido recomendaciones al respecto. En Colombia, por ejemplo, existen únicamente cuatro condenas en los procedimientos transicionales de Justicia y Paz y en la justicia ordinaria sobre este tipo de violencia. Hay una necesidad de profundizar, no solo jurídicamente sino desde una perspectiva restaurativa y psicosocial, los caminos para hacer justicia frente a la violencia reproductiva.

Los procesos de justicia transicional se han concentrado en gran medida en la violación sexual, dejando la violencia reproductiva como un componente en ocasiones secundario. En este escrito he expuesto la forma como en el caso colombiano se vienen impulsando caminos judiciales y extrajudiciales para visibilizar adecuadamente este tipo particular de violencia. En este sentido, existe gran esperanza en la forma como la Comisión de Esclarecimiento de la Verdad, en su informe, y la Jurisdicción Especial para la Paz, en sus macrocasos, se pronuncien sobre este tema.

En el marco de los avances que he descrito en este artículo es muy relevante entender la violencia reproductiva como una proyección del continuum de violencias basadas en el género, las cuales han hecho que las mujeres -más allá del conflicto armado- terminen viviendo diferentes tipos de violencias a lo largo de su vida por el hecho de ser mujeres. Lo que ocurre con la llegada del conflicto armado a los territorios es que ese continuum de violencias se agudiza y las mujeres resultan más vulnerables. Una vez que las mujeres han sido víctimas de violencias basadas en el género en el marco del conflicto armado, las afectaciones e impactos que estos hechos victimizantes les generan pueden dejarlas en condiciones en las que aún más fácilmente pueden volver a ser víctimas. En el marco del trabajo de la CEV y la JEV corresponderá enfrentar diversos desafíos respecto al juzgamiento de los máximos responsables de las políticas expresas o tácitas que condujeron a este tipo de violencias reproductivas. Ello exigirá enfrentar desafíos de prueba y de esclarecimiento, profundizar en diversas rutas de participación de las víctimas y, en términos generales, posicionar dentro del modelo colombiano la lucha contra la impunidad respecto a la violencia reproductiva.

Bibliografía

- APONTE, Alejandro, *Agresiones sexuales en conflicto armado: criterios de interpretación y fórmulas de imputación*, Bogotá, Universidad de la Sabana, Editorial Ibáñez, 2019.
- CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS, *Informe: Una radiografía sobre la Violencia Reproductiva. Una mirada con lentes de género y derechos reproductivos*. Bogotá, 2020. Disponible en <https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2020/12/Violencia-Reproductiva-en-el-conflicto-armado-colombiano.pdf>
- COMISIÓN DE LA VERDAD. *La violencia reproductiva en el conflicto armado: una verdad pendiente*. 15 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://comisiondelaverdad.co/actualidad/noticias/violencia-reproductiva-en-el-conflicto-armado-una-verdad-pendiente>
- CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia SU-599 de 2019*, 2019, Colombia. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2019/SU599-19.htm>
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-2359, 08 July 2019, Trial Chamber VI.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15-1762-Red, 04 February 2021, Trial Chamber IX.
- JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, Sala de Amnistía o Indulto. *Resolución SAI-AOI-DAI-PMA-062-2021*. 19 de febrero de 2021.
- JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. *Auto 029 de 2019. Auto de avócase del macrocaso sobre Reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado*. Disponible en https://relatoria.jep.gov.co/documentos/providencias/1/1/Auto_SRVR-029_01-marzo-2019.pdf
- JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas. *Auto 159 de 2021 – priorización interna del caso 07*.
- MESA POR LA VIDA Y LA SALUD DE LAS MUJERES, *Informe contextual sobre el Aborto y la Anticoncepción Forzada a Mujeres Combatientes en el marco del conflicto armado*, Bogotá, 2020. Disponible en <https://despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2020/06/Libro-Informe-ContextoFINAL-1-1.pdf>
- WOMEN’S LINK WORLDWIDE, *Una Violencia sin nombre: Violencia Reproductiva en el Conflicto Armado Colombiano*, Bogotá, 2019. Disponible en <https://www.womenslinkworldwide.org/files/3163/informe-completo-una-violencia-sin-nombre-violencia-reproductiva-en-el-conflicto-armado-colombiano.pdf>

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA INSTITUCIONAL EN CHILE: ANATOMÍA DE UN ERROR

Gonzalo García Pino *

Sumario

A. Contexto de la objeción de conciencia en Chile. B. Decisión 1 del Tribunal Constitucional de Chile (STC 3729/2017). C. Desarrollo argumental de la objeción de conciencia institucional (STC 3729/2017). D. Regulación de la objeción de conciencia institucional en el reglamento de ejecución de la Ley N° 21.030. E. Decisión 2 del Tribunal Constitucional (STC 5572/2018). F. La OCI es cuestionable como “objeción”, como “conciencia” y por sus defectos “institucionales”.

A. Contexto de la objeción de conciencia en Chile

En la historia legislativa de Chile nunca se había debatido y legislado sobre la objeción de conciencia, salvo el sondeo de la idea con ocasión de reformas al servicio militar obligatorio¹ que derivaron en un alejamiento de la objeción y una promoción de la voluntariedad como mecanismo privilegiado para cumplir con un deber puramente masculino².

Asimismo, se podían encontrar algunas discusiones laterales sobre la objeción de conciencia que provenían del propio texto constitucional en el marco de juramentos de asunción de determinados cargos públicos. No obstante, nunca ofrecieron una discusión conceptual relevante porque se inscribían dentro de lo que se entiende una objeción, según la Constitución, en el marco de un Estado laico y respetuoso de la libertad religiosa³.

La objeción de conciencia ingresó a nuestro ordenamiento de la mano de la despenalización del aborto y el establecimiento de prestaciones médicas definidas en tres causales específicas.

La Ley N° 21.030 que “regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales”, fue aprobada en septiembre de 2017. Durante la discusión legislativa el Congreso Nacional aprobó una versión restringida de la objeción de conciencia reconociendo únicamente la personal para los médicos que intervenían en el pabellón en el caso de producirse alguna de las tres causales que autorizaban la interrupción del embarazo, a saber, riesgo vital para la salud de la madre, inviabilidad fetal y violación.

* Doctor en Derechos Fundamentales Universidad Carlos III de Madrid. Ministro del Tribunal Constitucional de Chile (2011-2022).

¹ Para efectos de revisar el alcance de esta legislación, ver: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Ley N° 20.045*, Diario Oficial, 10 de septiembre de 2005. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=241847>

² “El servicio militar y demás cargas personales que imponga la ley son obligatorias en los términos y formas que ésta determine” (inciso tercero del artículo 22 de la Constitución).

³ Ejemplifico con el caso de los juramentos como el que obliga al Presidente de la República a prestarlo ante el Presidente del Senado, refiriendo la Constitución la necesidad de adoptar un “juramento o promesa de desempeñar fielmente el cargo (...)” (artículo 27 de la Constitución).

Con anterioridad a esta aprobación, una minoría parlamentaria requirió al Tribunal Constitucional objetar completa e integralmente toda la ley de aborto por tres causales, salvo para reconocer un programa de acompañamiento a la mujer embarazada, y para ampliar la objeción de conciencia a todo el equipo médico y a las instituciones donde trabajaban⁴.

B. Decisión 1 del Tribunal Constitucional (STC 3729/2017)

La sentencia del Tribunal Constitucional se dio en un contexto ampliamente mediático y controversial. En esencia, decidió tres cuestiones con dos mayorías diversas. Por una parte, en una perspectiva más progresista o más deferente con el legislador, determinó la constitucionalidad de las tres causales de aborto: riesgo vital para la madre, inviabilidad fetal y violación. Y, por otro lado, en una perspectiva crítica con la legislación, amplió la objeción de conciencia, que el legislador venía reconociendo solamente a los médicos que intervenían en el pabellón y lo hizo extensivo a todo el equipo médico. Y, finalmente, en su decisión más polémica estableció la objeción de conciencia institucional (de ahora en adelante OCI) mediante un método que ha sido cuestionado no solo por ser pretoriano sino también por su uso como técnica legislativa.

En efecto, el proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional había incluido dentro de las reglas de la objeción de conciencia una idea nítidamente restrictiva. En tal sentido, dispuso que: “La objeción de conciencia es de carácter personal y (en ningún caso) podrá ser invocada por una institución”⁵.

De este modo, ingresa al ordenamiento nacional la noción de OCI, cuando el propósito del legislador fue exactamente el inverso que, regulado en términos prohibitivos, concluyó en una norma enteramente permisiva para interponerla. En términos de Riccardo Guastini, se diría que dentro de los escenarios posibles no estaba esta interpretación, configurando en esta parte la Sentencia N° 3729, una creación o construcción jurisdiccional más que una decisión puramente cognitiva⁶.

Sobre cómo llegamos a este punto, se centrará este trabajo. Igualmente abordaré cuestiones más amplias sobre la objeción de conciencia y su fundamentación que nos ayudarán a explicar esta decisión que no comparto⁷.

⁴ La versión del requerimiento se encuentra en: Tribunal Constitucional de Chile, Expediente Constitucional Rol 3729, Pleno, 2 de agosto de 2017. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente?rol=3729>. Cabe consignar que los parlamentarios eran partidarios de la derogación por inconstitucionalidad de todo el artículo 119 ter que reguló la objeción de conciencia, según consta a fs. 64 del requerimiento.

⁵ Lo subrayado y puesto entre paréntesis fue declarado inconstitucional y es actualmente parte del artículo 119 ter del Código Sanitario que regula la objeción de conciencia. Ver: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Ley 21030*, Diario Oficial 23 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1108237>.

⁶ Guastini, Riccardo, *Teoría analítica del derecho*, Zela Grupo Editorial, 2017, Perú, p. 91-97.

⁷ Fui autor de la disidencia sobre OCI en la STC 3729/2017 y 5572/2018. Ver: Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 3729*, 28 de agosto de 2017. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=3515> y Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 5572*, 18 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=4168>

C. Desarrollo argumental para la creación de la objeción de conciencia institucional

I.-Cuestiones generales de la objeción de conciencia

La Sentencia Rol 3729 contiene tres decisiones. El reconocimiento de la constitucionalidad de las tres causales se explicó latamente en 121 considerandos, atendiendo al carácter complejo, traumático y divisivo que tiene en la sociedad la idea de aborto y, especialmente, en la experiencia de las mujeres.

En cambio, la situación de la objeción de conciencia, en general, se remitió a 17 considerandos, declarándose inconstitucional determinadas restricciones que devinieron en una extensión de la objeción de conciencia al equipo médico que ingresa al pabellón quirúrgico y a las instituciones dentro de las cuales trabajan dichos equipos.

El esquema de esta argumentación amplificadora de la objeción de conciencia puede sintetizarse de la siguiente manera.

En primer lugar, se parte de la constatación de una omisión, esto es, que la Constitución no regula explícitamente la objeción de conciencia. A partir de ahí, desarrolla este derecho fundamental implícito a la objeción de conciencia.

Se encadena tal razonamiento identificando algunas dificultades normativas que ha tenido el establecimiento de la objeción de conciencia en diversos países, citando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso P.S. vs. Polonia y el voto político consignado en la Resolución 1763 (2010) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo. Del mismo modo, para el ámbito interamericano, la decisión se refiere al caso Cantos vs. Argentina, en el que se hace alusión a la imputación de derechos de las personas morales que terminan recayendo en las personas físicas que los representan. En esta parte, la objeción de conciencia sería una deducción normativa que se apoya en tres reglas constitucionales. Primero, en la autonomía constitucionalmente amparada a los cuerpos intermedios (artículo 1°, inciso 3° de la Constitución). En segundo lugar, en la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el libre ejercicio del culto (artículo 19, numeral 6° de la Constitución). Seguidamente, en la libertad de enseñanza y en el derecho de asociación (artículo 19, numerales 11° y 15°, respectivamente, de la Constitución).

El punto de partida de la interpretación de esta parte de la sentencia reconoce que es la propia dignidad humana la fuente original de la objeción de conciencia. En tal sentido, ésta la interponen o reivindican personas individuales.

La Sentencia Rol 3729 plantea que “no se identifica razón jurídica alguna para restringir la objeción de conciencia solamente a las personas naturales que revistan la condición de profesionales, cuando aquéllas que no lo son también podrían tener reparos, en conciencia, frente a los procedimientos en que deben intervenir”⁸.

⁸ Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 3729*, 28 de agosto de 2017, c. 135°. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=3515>.

Cabe sostener que la totalidad del Tribunal Constitucional acogió el reconocimiento de la idea de objeción de conciencia con la diferencia radical de que sólo tres Ministros de diez no acogieron el requerimiento en sus perspectivas expansivas, particularmente, en el caso de la OCI.

II.- La argumentación sobre la OCI en la creación de la mayoría conservadora del Tribunal Constitucional

La OCI nace como deducción del reconocimiento interpretativo implícito de la objeción de conciencia a partir de la dignidad humana, la libertad de conciencia, la libertad de enseñanza y la libertad de asociación, que potencian todas juntas la defensa de una conciencia infranqueable, resistente a mandatos legales que la vulneren.

A partir de esta base, extiende la objeción de conciencia fundada en un elemento azaroso. Efectivamente, la voluntad del legislador quería refregar de manera indudable que “en ningún caso” debía existir una representación institucional de tal objeción, según ya vimos. De tanto, “sobre asegurar” la inexistencia de la objeción, la eliminación por inconstitucionalidad de la expresión “en ningún caso” confirmó su extensión reconstruyendo la norma a una especie de “en todo caso” se podrá invocar la objeción de conciencia por parte de las instituciones. Es probable asumir que sin esa base normativa hubiese costado obrar sin ese mandato legal en los tribunales de justicia de nuestro país y ser sostenido únicamente en una interpretación del Tribunal Constitucional.

El segundo elemento es que habría “comunicabilidad” de la objeción de conciencia correspondiente de los profesionales que se ven enfrentados a ese dilema a la institución en la que trabajan. De este modo, si se le reconoce a los profesionales médicos de un hospital, “debe entenderse amparada por la dignidad de las personas que -individualmente o proyectada en su asociación con otros- se niegan a practicar cierto tipo de actuaciones (la interrupción del embarazo), por razones éticas, morales, religiosas, profesionales, u otras de señalada relevancia”⁹. Obsérvese que este razonamiento se funda en la asociatividad profesional que dimana de la propia dignidad humana.

Esta “comunicabilidad” es una especie de ejercicio de ida y vuelta por dos razones que no es explícita. Primero, por aparecer como algo “evidente” que la objeción de conciencia “no se agota en el orden individual”¹⁰ y puede ser invocada por personas jurídicas. Y la segunda conexión es que existiendo instituciones con ideario, en lo que corresponde, “éstas se proyectan al ámbito de la salud”¹¹.

⁹ Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 3729*, 28 de agosto de 2017, c. 131°. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=3515>.

¹⁰ Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 3729*, 28 de agosto de 2017, c. 136°. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=3515>.

¹¹ E idénticamente pueden hacerla valer las instituciones religiosas, personas jurídicas o entidades con idearios confesionales que se proyectan hacia el ámbito de la salud, al amparo del artículo 19, N° 6°, constitucional. Como también les es dable oponer la objeción de que se trata a los establecimientos educacionales con una función e ideario en el sentido indicado, de conformidad con el artículo 19, N° 11°, de la Carta Fundamental.” Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 3729*, 28 de agosto de 2017, c. 136°. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=3515>.

Finalmente, utiliza algunas sentencias de cortes internacionales de derechos humanos y pronunciamientos políticos del Consejo de Europa para establecer la exigencia de regulación de la objeción de conciencia. Nos detendremos en el uso de fuentes. Primero, utiliza el caso *P. y S. vs Polonia* para apoyarse en torno a la necesidad de regular la objeción de conciencia cuando justamente el sentido de ese fallo tiene que ver con el acceso efectivo al aborto legal en el caso de una menor de edad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte de la base que hay necesidad de objeción de conciencia médica porque debe haber un reconocimiento al aborto, que debe haber resguardos para la derivación a otro centro médico; que no debe haber impedimentos prácticos y que no es título legítimo, ni la edad de la menor ni la supervisión educativa, para impedirle ejercer el derecho al aborto legal seguro¹². En consecuencia, los fundamentos de ese fallo colisionan con el sentido del reconocimiento de la OCI sin perjuicio de realizar un examen aislado de la completa jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia en un sentido contrario al indicado acá¹³.

En segundo lugar, el uso de una referencia a un acuerdo político del Consejo de Europa también es errado. Esencialmente, porque dicho acuerdo era una respuesta a la Resolución 1607 (2008), del mismo organismo por el cual se invitaba a los Estados a garantizar el efectivo derecho de las mujeres a acceder a un aborto sin riesgos, eliminando de hecho y derecho los obstáculos que lo impidieran. La decisión del 2010, más allá de su compleja aprobación, venía precedida de un acuerdo, resolución y recomendación de la Comisión de Asuntos Sociales, Salud y Familia que recomendó ese mismo año que se aseguraran los derechos de los pacientes y la libertad de pensamiento de los facultativos, invitando a los países a una interpretación restrictiva de la objeción de conciencia personal. A su turno, la Resolución 1763 (2010), se centra en la objeción de conciencia, pide su regulación porque su desregulación puede afectar el ejercicio oportuno de la atención a las mujeres, especialmente en zonas rurales, e indica el deber de derivación médica y respecto de la eventual OCI, la única potencial referencia no es un reconocimiento de la misma¹⁴.

¹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *P y S. v. Polonia*, 30 de octubre de 2012. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4140612-4882633>.

¹³ Ver sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Eweida y Otros v. Reino Unido*, nº 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, 15 de enero de 2013; *R. R. c. Polonia*, nº 27617/04, 26 de mayo de 2011; *P. y S. v. Polonia*, nº 57375/08, 30 de octubre de 2012; *Tysiác v. Polonia*, nº 5410/03, 20 de marzo 2007. Además, *Erçep v. Turquía*, nº 43965/04, 22 de noviembre de 2011; *Bukharatyan v. Armenia*, nº 37819/03, 10 de enero de 2012; *Tsaturyan v. Armenia*, nº 37821/03, 10 de enero de 2012; *Feti Demirtaş v. Turquía*, nº 5260/07, 17 de enero de 2012; *Buldu y Otros v. Turquía*, nº 14017/08, 3 de junio de 2014; *Savda v. Turquía*, nº 42730/05, 12 de junio de 2012; *Tarhan v. Turquía*, nº 9078/06, 17 de julio de 2012. Si bien no se refieren todas a objeción de conciencia en casos de aborto sí abarca a esta institución en casos de servicio militar y fundan una dimensión restrictiva de la misma, siendo lo más relevante el carácter derrotable de su invocación.

¹⁴ “Ninguna persona, hospital o institución será coaccionada, considerada civilmente responsable o discriminada debido a su rechazo a realizar, autorizar, participar o asistir en la práctica de un aborto, *la realización de un aborto involuntario o de emergencia, eutanasia o cualquier otro acto que cause la muerte de un feto humano o un embrión, por cualquier razón*”, Resolución 1763 (2010) del Consejo de Europa. Su compleja y contradictoria aprobación la podemos encontrar con más detalle en Capodiferro Cubero, Daniel, *El tratamiento de la objeción de conciencia en el Consejo de Europa*, 2017. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/ILUR/article/view/57409>

Adicionalmente, la Sentencia Rol 3729 hace una pequeña referencia del caso Cantos vs. Argentina¹⁵, a objeto de ilustrar la perspectiva excepcional con la cual las personas jurídicas tendrían derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, obviando integralmente la Opinión Consultiva N° 22, en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) dedica el examen completo a ese tema, especialmente cuando una de sus conclusiones es que cada derecho implica un análisis distinto en cuanto a su contenido y forma de realización¹⁶. La Corte IDH concluyó que no es viable establecer una fórmula única que sirva para reconocer la existencia del ejercicio de derechos de personas naturales a través de su participación en una persona jurídica. Por último, desde esa perspectiva nada indica que la objeción de conciencia deba ser regulada como obligatoria, ni la necesidad de que sea esencialmente exigible.

D. Regulación de la Objeción de Conciencia Institucional en el reglamento de ejecución de la Ley N° 21.030

Aprobada la Ley N° 21.030, a finales del mandato de la Presidenta Michelle Bachelet, le correspondió al Gobierno del Presidente Sebastián Piñera la dictación del reglamento de ejecución de la mencionada ley.

A continuación, realizaré un resumen de los contenidos del Decreto Supremo N° 67 de 23 de octubre de 2018¹⁷, del Ministerio de Salud, cuyo objetivo es “regular el ejercicio de la objeción de conciencia” para “asegurar la atención médica de las pacientes que requieran la interrupción voluntaria de su embarazo”. La reglamentación dedica todo el Título III al reconocimiento de la OCI, antecedido de la objeción de conciencia personal y cierra con el deber de derivación a otro establecimiento de salud, así como con un régimen sancionatorio de incumplimiento.

I.- La OC personal

Esta reglamentación regula la OC como un ejercicio interpretativo restrictivo. Para ello, nos define las características de la misma estableciendo que: a) debe ser una decisión de la conciencia meditada por escrito; b) conciencia no improvisada al ser necesariamente previa; c) debe declararse la OC por cada causal sin poder presumir su extensión a otras causales; d) debe ser una decisión formalmente consciente y ello exige una identificación seria que abarque a todos los lugares en donde trabaje; e) debe comunicar formalmente su retractación; y f) finalmente, la OC debe aprobarla expresamente el Director del Hospital una vez cumplidas sus formalidades.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantos Vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C, No. 85. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_85_esp.pdf

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-22/16. Titularidad de derecho de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. 26 de febrero de 2016, Serie A, No. 22, Resumen Oficial. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_22_esp.pdf

¹⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Decreto 67, Aprueba reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en artículo 119 ter del Código Sanitario*. 23 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1124446>

II.- Límites de la objeción de conciencia personal

El propio reglamento establece los límites de invocación de la objeción de conciencia, tanto respecto de procedimientos y de tiempos, como de requisitos médicos propiamente. De este modo, la objeción de conciencia no alcanza a “actos de información ni de diagnóstico, toma e informes de exámenes” (artículo 9°). Además, debe ser manifestada con suficiente antelación por los deberes que genera en el objetor y en el Director del Hospital. Esos deberes, derivan de la obligación legal de reasignación con otro profesional no objetor o la derivación a otro establecimiento.

La objeción de conciencia tiene límites de lugar, puesto que sólo puede asociarse a un determinado lugar: el pabellón, ya que solo en ese lugar se vincula con el equipo susceptible de invocarla.

El objetor debe cumplir formalidades para ser calificado como tal, pero no debe satisfacerlas cuando se retire de esa condición. Por ende, existe una amplia retractación por la vía formal como por la vía de hecho, si es que decide intervenir en un procedimiento frente al cual tenía una objeción vigente.

En cuanto a sus límites sustanciales, si la mujer requiriese “atención inmediata e impostergable, y se encontrare en la causal riesgo de vida de la madre”, el profesional “no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo, cuando no exista otro médico cirujano que pueda realizar la misma intervención”.

Asimismo, no hay objeción de conciencia que abarque los “cuidados posteriores al procedimiento de interrupción del embarazo, sea que estos últimos se requieran regularmente en el procedimiento, o bien, su necesidad de entregarlos surja de complicaciones en la condición de salud de la mujer”. Sin embargo, deja el vacío ante el evento de que la paciente llegue a un establecimiento médico con un embarazo en proceso de interrupción o ya interrumpido.

III.- Regulación de la OCI y efectos sobre los derechos de las mujeres

En esta parte, el reglamento reconoce genéricamente la posibilidad de las instituciones de invocar la OCI e indica las que no lo pueden hacer: las instituciones públicas y “los establecimientos privados de salud, que hayan suscrito convenios regidos por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, no podrán ser objetores de conciencia cuando contemplen prestaciones de obstetricia y ginecología que por su naturaleza comprendan atenciones en pabellón”¹⁸.

En este último caso, se trataba de hospitales y clínicas privadas pero que, por la vía de la delegación, se sustituyen en la función pública recibiendo aportes estatales en aquello. Dentro de estos hospitales y clínicas había algunos que son parte de instituciones religiosas.

¹⁸ Artículo 13, inciso segundo del Reglamento DS N° 67/2018. Ver: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Decreto 67, Aprueba reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en artículo 119 ter del Código Sanitario*. 23 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1124446>.

El reglamento impone un conjunto de deberes respecto de las mujeres para la aplicación de esta OCI. En todo momento, se debe identificar el diagnóstico y la información de la situación de salud. Asimismo, se debe entregar información veraz sobre su situación de salud, e informar verbalmente y por escrito de alternativas al aborto, como el plan de acompañamiento, de un modo tal que no implique coacción. Asimismo, debe reconocer la obligación refleja de invocar la OCI puesto que ello le implica al establecimiento de salud que “deberá establecer un procedimiento específico para la oportuna y expedita derivación de las mujeres que solicitan interrupción voluntaria del embarazo (...). En cumplimiento de lo anterior, el establecimiento adoptará todas las medidas necesarias para que el ejercicio de la objeción de conciencia no afecte de modo alguno el acceso, la calidad y la oportunidad de la prestación médica de interrupción del embarazo”.

Hay algunos dilemas abiertos de este reglamento, como la circunstancia de que no está resuelto el tema de la reasignación a otro profesional, cuando se trate de una OCI limitada a determinadas causales y que la paciente concurra por otra en donde, a su vez, existan médicos objetores.

Finalmente, esta reglamentación impone la única regla invencible, esto es, “si la mujer requiere atención inmediata e impostergable (por la causal de riesgo vital para la madre), el establecimiento que haya manifestado la objeción de conciencia no podrá excusarse de realizar la interrupción del embarazo”. No deja de sorprender que esta causal fue resuelta en el límite de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, aun cuando, de no cumplirse, vulneraba la esencia de la profesión médica.

IV.- Reglamento aprobado por la Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República en su Dictamen N° 11.781-18, de 9 de mayo de 2018, determinó que las instituciones colaboradoras como instituciones privadas de salud eran parte del ejercicio de una función estatal al realizar una tarea de delegación que les impedía objetar como institución. Con ello, despejó administrativamente una observación que se había hecho presente al reglamento.

No obstante, la misma minoría parlamentaria contraria a la Ley N° 21.030 recurrió al Tribunal Constitucional cuestionando la prohibición de invocación de la OCI por parte de las instituciones hospitalarias privadas que se subrogaban en la función estatal. Y en esta parte del decreto solicitaron su declaración de inconstitucionalidad conforme quedó la L. 21-030 después de la STC 3279, puesto que, a juicio de esta minoría, esta limitación vulneraba el derecho que el propio Tribunal había reconocido en la sentencia indicada.

E. Decisión 2 del Tribunal Constitucional (STC 5572/2018)

En una decisión que no ofreció mayor sorpresa, una mayoría del TC¹⁹ acogió el requerimiento mencionado en el apartado anterior, dejando sin efecto la prohibición de invocación de la

¹⁹ 8 ministros estuvieron por acoger el requerimiento y solo 2 por rechazarlo, incluyendo al redactor de este trabajo. En la STC 3729/2017, sólo 3 Ministros habían rechazado la inclusión del concepto de objeción de conciencia institucional y uno de ellos ya había concluido su período. Ver: Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 3729*, 28 de agosto de 2017. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=3515> .

objeción de conciencia en todos los casos de instituciones privadas de salud que hayan suscrito convenios con el Estado en materia de prestaciones de una o más acciones de salud.

Esta sentencia reivindica y caracteriza la OCI desde el inicio como un resultado de la decisión 3729/2017 que “reconoció en forma amplia el derecho constitucional a la objeción de conciencia institucional”²⁰. Esa amplitud deriva de la propia decisión del Tribunal Constitucional porque la “posterior invalidación en razón de inconstitucionalidad, importó declarar que la objeción de conciencia puede ser invocada por una institución en todo caso”²¹. Para ello, se la dota de un carácter infranqueable puesto que “el derecho de que se trata no puede ser objeto de condiciones o requisitos legales que impidan su libre ejercicio, al amparo de la garantía consagrada en el N° 26 del mismo artículo 19 constitucional”²², esto es, que con ocasión de defender su contenido esencial lo absolutiza. Y lo reitera indicando que “fue aprobada por esta Magistratura en condiciones tales que la objeción de conciencia institucional pudiera tener lugar de modo amplio y sin limitaciones”²³.

En cuanto a las consecuencias que tiene para las personas jurídicas que están en la situación de la norma, la sentencia indica que su “consecuencia natural es que este derecho no puede traer aparejado castigo o menoscabo alguno para quien lo ejerce”²⁴.

Adicionalmente, la sentencia recuerda el sentido normativo que tuvo el legislador de la Ley N° 21.030 puesto que “si el Proyecto de Ley decía que “la objeción de conciencia es de carácter personal y en ningún caso podrá ser invocada por una institución”, es porque el propio legislador entendió que la objeción de conciencia sí podía ser esgrimida por una institución. Pues no tiene sentido prohibir una conducta que de suyo no es posible realizar.”

Una fundamentación adicional para sostener la OCI fue su efecto de “no daño”, puesto que su invocación no afectaría el derecho a la vida o a la integridad física y psíquica de la mujer en el caso de riesgo vital de la madre²⁵.

A partir de estos criterios, la sentencia concluyó que:

- “1) La objeción de conciencia institucional, concretada en el Código Sanitario, artículo 119 ter, asume el carácter de un derecho con fuente constitucional, directamente derivado de la autonomía propia de los grupos intermedios de la sociedad y de la libertad de asociación.
- 2) No siendo este derecho contrario al bien común ni originando perjuicio a terceros, no está en la ley imponerle condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, como tampoco gravarlo con sanciones u otra forma cualquiera de represión, que puedan inducir a su abdicación.

²⁰ Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 5572*, 18 de enero de 2019, c. 1°. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=4168>.

²¹ *Ibidem*, c. 3°.

²² *Idem*.

²³ *Ibidem*, c. 4°.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Ibidem*, c. 15°.

- 3) El Reglamento DS N° 67, del Ministerio de Salud, de 2018, en su artículo 13, inciso segundo, prohíbe hacer lo que la Constitución permite.
- 4) Dicha prohibición reglamentaria carece igualmente de asidero legal. El Código Sanitario, al que accede, y el DFL N° 36, de Salud, de 1980, ambos cuerpos jurídicos trabados, favorecen una interpretación pro constitucional y a favor del derecho señalado”²⁶.

Hasta aquí la exposición de cómo se insertó dentro de nuestro ordenamiento la OCI como una creación pretoriana, la que, no obstante, desde su origen no estuvo exenta de críticas, las que parcialmente reproduciremos como una fórmula llena de problemas, contradicciones y efectos sobre los derechos fundamentales de mujeres y personal médico.

F. La OCI es cuestionable como “objeción”, como “conciencia” y por sus defectos “institucionales”

Las sentencias del Tribunal Constitucional (STC 3729/2017 y 5572/2018), respecto de la OCI, tuvieron votos de minoría que cuestionaron esta figura. Una decantación de dichos argumentos en una mirada a tres años de estas sentencias permite profundizar algunas de esas conclusiones. Tres grandes cuestiones explicaré. Primero, la OCI tiene problemas en cuanto “objeción” puesto que no comparte los mismos fundamentos que la objeción de conciencia personal en teoría moral y en teoría democrática. En segundo lugar, la OCI no tiene sustento en una posición que reafirme la “conciencia de las personas jurídicas”. En tercer lugar, la OCI se ofrece como una creación pretoriana que no da cuenta del sentido “institucional” de los derechos fundamentales afectando posiciones subjetivas de terceros.

I.- La OCI es cuestionable como objeción

La objeción de conciencia es una institución compleja y no sencilla de fundar. El punto de partida que debemos identificar es que existe un deber de obediencia al derecho que se manifiesta en el plano de la eficacia de las normas²⁷. Por cierto, hay otros planos para verificarlo como el de la fundamentación ética de la obligación de obedecer el derecho en el marco de la obligación de respetar la democracia²⁸. Pero, en cualquier caso, la objeción de conciencia se inserta en que estos deberes entrañan límites. Si la ley es deliberación hasta configurar una voluntad general que produce obligación jurídica, la desobediencia es la separación de la misma en la reafirmación de una voluntad colectiva en la reafirmación de una voluntad individual por argumentos relativos a la lesión de la integridad moral de una conciencia.

En la democracia, la ley o alguno de sus mandatos, pueden poner en tensión las convicciones personales de sus ciudadanos a partir de la construcción de deberes jurídicos

²⁶ *Ibidem*, c. 24°.

²⁷ Díaz, Elías, *Realismo crítico y filosofía del Derecho*, en *Doxa*, N° 32, 2009, p. 99.

²⁸ Muguerza, Javier, *Sobre el exceso de obediencia y otros excesos*, en *Doxa*, N°4, 1987, p. 344.

que vulneren su conciencia, sea que esté fundada en la definición de reglas de autonomía moral o de un determinado código deontológico. Esta insumisión dentro del ordenamiento democrático puede manifestarse de dos maneras disímiles: como desobediencia civil o por la vía de la objeción de conciencia.

La desobediencia civil implica una opción política activa a través de la oposición a la norma y con el objeto preciso de cambiarla o de echar abajo una determinada política pública. Es así como la define John Rawls al indicar que ésta es “un acto ilegal público, no violento, de conciencia pero de carácter político, realizado habitualmente con el fin de provocar un cambio en la legislación o en la política gubernativa”²⁹.

Nada de esto parece ocurrir en la objeción de conciencia, puesto que en ella la oposición del objetor a la norma busca simplemente el respeto de su conciencia porque le resulta intolerable cumplir el mandato legal ordenado. El objetivo buscado es cautelar la integridad e inviolabilidad de su juicio moral que no puede ser forzado por mandatos externos, como el de la ley, que lesionan la convicción íntimamente alcanzada de la injusticia del deber impuesto. La objeción de conciencia se vive para sustraerse del deber y no para hacer propaganda de ella.

Lo anterior, no implica que no existan conexiones entre estos actos de insumisión. Muchos pueden ser desobedientes contra esta misma ley, pero muy pocos (determinado personal médico) pueden estar en el círculo de los objetores. El médico especialista en materias perinatales puede ser objetor y, además, desobediente. Un oculista carece de la primera opción. De lo que se deduce que la desobediencia no requiere de norma legal habilitante, bastándole la libertad de expresión y el derecho de reunión. En cambio, la objeción de conciencia exige necesariamente un marco normativo.

Sin embargo, cuando una institución reclama para sí una “objeción” termina identificando su ideario como el patrón normativo. En este caso, no es el resultado de una conciencia, sino de un estatuto doctrinario heterónimo a la conciencia. De este modo, la OCI transita desde la convicción a la imposición estatutaria. Hoy, por el aborto, mañana por cualquier asunto que lo controvierta. Por eso, no es posible concebir como la STC 3729/2017 y la 5572/2018, que la OCI sea una institución desregulada legalmente y de un modo absoluto porque en síntesis sería una renuncia a la imposición de la Constitución, la ley y el derecho secular. De este modo, si la objeción de conciencia personal se desenvuelve en el plano de los objetores, la OCI se despliega como desobediencia. No es de extrañar que ahora se esgrima como argumento para avanzar sobre otras controversias públicas generales por cuestiones de mérito y no de constitucionalidad³⁰.

²⁹ Rawls, John, Teoría de la desobediencia civil. En: Ronald Dworkin (compilador), *Teoría de la Justicia, La filosofía del derecho*, Traducción Javier Sáinz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 203.

³⁰ Navarro-Valls, Rafael, *La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo*, Persona y Derecho, N° 53, 2005, p. 259-292. Ver: Biblioteca Nacional de Chile, *Boletín N° 11.422-07*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verDiarioDeSesion.py?id=694504>, por el cual se tramita la ley que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo, en donde una minoría parlamentaria busca introducir ampliamente la objeción de conciencia institucional.

En consecuencia, teniendo un fundamento moral, lo que la diferencia de la desobediencia civil es que la objeción exige del proceso democrático una regulación legal que la inserte dentro del ordenamiento como uno de sus límites franqueables excepcionalmente para que sea reconocible como objeción³¹.

II.- La OCI falla en el test de la “conciencia de las personas jurídicas”

La objeción de conciencia nace en el espacio intermedio del tránsito de una manifestación auténtica de la conciencia, desde su consagración en el seno del juicio interno de la conciencia de una persona hasta su concreción como creencia en un sentido amplio y no solo de aquellas expresiones propias de la libertad religiosa. Es parte del juicio de conciencia, libremente adquirido, el poder defenderla frente a contenidos normativos que la vulneran de un modo intolerable. El contenido jurídico constitucional de la objeción es la reacción de la conciencia frente a un mandato normativo que atente contra convicciones autónomas, razonadas y esenciales.

Cabe indicar que la única expresión de la objeción de conciencia en los tratados de derechos humanos se circunscribe a una tesis interpretativa en orden a no considerar como trabajo forzoso u obligatorio el servicio militar, así como el servicio nacional sustitutorio de éste, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia³². Por tanto, reconoce la objeción de conciencia, pero como una cuestión competencial del derecho interno de los Estados.

Trabajando un conjunto amplio de textos³³ sintetizo que las características de la objeción de conciencia personal son las siguientes: primero, que exista una obligación legal injusta; segundo, que el objetor esté en una encrucijada moral insoslayable de la que no tenga escapatoria; tercero, que no exista un bien jurídico superior que permita ponderar el sacrificio de la conciencia; cuarto, que la reacción de la conciencia se dé dentro de un marco normativo regulado restrictivamente por el legislador; quinto, que la titularidad de la conciencia debe estar acorde a la naturaleza del conflicto planteado; sexto, que se trate de un comportamiento omisivo del objetor; séptimo, que

³¹ La mayoría del TC renuncia a identificar el problema de los efectos jurídicos de la conciencia, al sostener que no es tarea jurisdiccional “determinar el concepto ontológico, filosófico o neuro-psiquiátrico de la “conciencia”; como tampoco pronunciarse sobre los motivos que justifican el acatamiento a las leyes o las razones y modalidades de la desobediencia civil, según la extensa literatura en circulación.” Tribunal Constitucional de Chile, *Sentencia Rol 5572*, 18 de enero de 2019, c. 6°. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=4168> , ya que la garantía de desobediencia es socavar el Estado de Derecho democrático.

³² Artículo 8.3.c), ii) del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> .

³³ Soriano, Ramón, *Las libertades públicas*, Tecnos, 1990, p. 17-25; Prieto- Sanchís, Luis, Libertad y objeción de conciencia en *Persona y Derechos*, N° 54, 2006, p. 259-273; Prieto Sanchís, Luis, *La objeción de conciencia sanitaria*, en Gascón, Marina, González María del Carmen y Cantero, Josefa (coordinadoras), *Derecho Sanitario y Bioética*, Tirant lo Blanch, 2011, p. 981-1011; Papayannis, Diego, *La objeción de conciencia en el marco de la razón pública*, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2008, pp. 55-81; Aparisi, Ángela y López, José López, *El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto en Persona y bioética*, *Revista N° 1*, Volumen 10, 2006, p. 35-51; García, Javier y Cranmer, Frank, *Objeción de conciencia al aborto en el Reino Unido en Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado N° 23*, 2010. Disponible en: <https://www.forofamilia.org/documentos/VARIOS%20-%20Objecion%20de%20conciencia%20al%20aborto%20en%20Reino%20Unido.pdf> ; Neira, Karin y Szmulewicz, Esteban, *Algunas reflexiones en torno al derecho general de objeción de conciencia*, *Derecho y Humanidades*, N° 12, 2006, p. 185-198.

el conflicto de la conciencia se fundamente en razones religiosas, éticas, morales o axiológicas; octavo, que la exención de la ley opere como una excepción al principio de cumplimiento general de la ley; y, noveno, que la objeción de conciencia no afecte los derechos de terceros.

A la luz de estas características, podríamos entender que la sociedad que administra un hospital pueda encontrarse, al igual que un médico, frente a la misma obligación que estime injusta. Sin embargo, no se encuentra frente a una encrucijada moral que no tenga salida. Al ser primeramente personal, su activación por el médico implica una mutación de las obligaciones para el director médico del hospital, puesto que se activan deberes de reasignación a otro profesional o derivación a otro recinto. La ley y las normas reglamentarias regulan estos deberes con la suficiente antelación como para que no aparezca como sorpresiva tal definición. Asimismo, hay bienes jurídicos superiores que se imponen a la conciencia, como es el ejemplo del riesgo vital para la madre, con lo cual yerra la STC 5572/2018 en mostrarse como una regla inderrotable. La OCI carece de formas legales y no existe evidencia de cómo se expresa. Ello es patente en cuanto no queda reflejado el conflicto de conciencia y sus adecuados fundamentos.

Los conflictos se suceden en función del tipo de persona jurídica que invoque la OCI. Un hospital podría adherir a un ideario religioso y bajo esas características establecer reglas claras, previas y previsibles de atención para que sus usuarios entiendan las limitaciones a las que se someten. Y, si el mismo hospital se acoge o subroga la función médica estatal por medio de convenios, habrá que estar a la naturaleza de esos convenios. De este modo, someterse a un régimen normativo general, de un modo aparente, para objetarlo después respecto de algunas prestaciones de salud, manifiesta un déficit de adhesión, negociación o términos bajo los cuales se realiza esa prestación. Difícilmente habrá una cuestión de conciencia.

Pero ¿qué conciencia tienen las personas jurídicas? La STC 3729/2017 hace un intento de respuesta sobre la base de cuestiones que parecen “evidentes” y sobre las cuales llama a no discutir las. Sostiene el silogismo que como se comunica la representación de las personas jurídicas en personas naturales, la posibilidad de sostener esas conciencias es indudable. Varias falacias de por medio. Primero, ¿para qué sería necesario forzar la institucionalidad, pidiendo la conciencia de los médicos si bastaría con la de sus empleadores, en cuanto personas naturales? El argumento es circular, las personas jurídicas tendrían conciencia porque sus representantes en cuanto personas naturales lo tienen. O sea, la conciencia de las personas jurídicas es una ficción, un mero vacío atributivo de responsabilidades y posiciones jurídicas. Una conciencia que no es tal sin sus representantes.

Además, existe un conjunto muy amplio de problemas. Si confundimos la voluntad y capacidad de obrar de las personas jurídicas habría una regla general que dotaría de conciencia a aquél que imponga esa voluntad. Dentro de las clínicas y hospitales que se declararon objetores, hay uno que es una sociedad anónima³⁴. Y, ¿cuál será esa voluntad de aquellos donde la reunión en un fondo común de accionistas responsables de sus solos aportes conforma la persona jurídica?

³⁴ Ministerio de Salud, *Exenta 543, Reconoce objeción de conciencia invocada por el Instituto de Diagnóstico S.A. en causal que indica*, 13 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.indisa.cl/files/2020/08/Resolucion-objecion-de-conciencia-Clinica-INDISA.pdf>

Las personas jurídicas tienen problemas con la titularidad de derechos fundamentales de un modo general e indudable. Sí tienen derechos fundamentales, pero no se sabe cuáles son y se deducen de un ejercicio interpretativo compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas³⁵. En consecuencia, no hay nada evidente detrás de esas referencias retóricas.

III.- La OCI ofrece puras complejidades “institucionales”

El Tribunal Constitucional en la STC 3729/2917, pero sobre todo en la STC 5572/2018, construyó una objeción de conciencia institucional inderrotable y absoluta. De este modo, la dotó de un poder omnímodo puesto que su sola limitación afectaría su contenido esencial.

El problema de construir una regla invencible, en un momento donde es pacífica la circunstancia de que los derechos fundamentales son limitados, exige un estándar persuasivo superior, lo que está lejos de proveer tal razonamiento.

Resulta curioso que la STC 5572/2018 admita, para reafirmar la sustentabilidad de la OCI, que la invocación de ésta no provoca ningún daño a la mujer, puesto que el propio legislador estableció la derrotabilidad de la objeción de conciencia cuando está en riesgo la vida de la madre. En consecuencia, la teoría absoluta que lo asienta ya deja de ser tal, puesto que se asienta en la ponderación hecha por el legislador abandonando su perspectiva absoluta frente a un peligro inminente de muerte. Podría argumentar que este límite no es jurídico, sino que proviene de la propia *lex artis*, del mandato deontológico médico.

Sin embargo, si admitimos que la razonabilidad del ejercicio de la *lex artis* es suficiente para retrucar, ¿para qué se necesitaría extender tal posición a las personas jurídicas en donde trabajan? No se deduce una cosa de la otra. Si es discutible que las personas jurídicas tengan una conciencia, de lo que carecen en absoluto es de la capacidad de participar en el ejercicio de la profesión médica, con lo cual no le resulta posible invocar el juramento hipocrático que solo vincula a aquellos que estuvieron en condiciones de realizarlo.

Además, la objeción de conciencia exige un mínimo de regulación legal que lleve a objetarla. No existe un derecho moral a objetar en el vacío sin una ley que ordene mecanismos claros y obligaciones precisas. Allí es donde la perspectiva de no daño comienza a difuminarse. La

³⁵ Ver epígrafe del artículo 19 de la Constitución de Chile: “La Constitución asegura a todas las personas (...)”. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-22/16. Titularidad de derecho de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. 26 de febrero de 2016, Serie A, No. 22, Resumen Oficial. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_22_esp.pdf para hacer este entendimiento. Y de modo general, el artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn que impone una regla general: “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas.”

premisa básica es que las mujeres, a las cuales la ley de aborto por tres causales le impone plazos brevísimos, sepan con antelación las características de una atención legal segura y previsible, particularmente en regiones y zonas apartadas de los centros urbanos. Esto es fundamental porque la OCI no lo exime de la obligación de derivar a otro establecimiento. Si lo hiciera vulneraría la propia *lex artis* en la cual se apoya. En consecuencia, la necesidad de regular proviene de la propia idea de que no se pueden crear exenciones de incumplimiento de la ley sin mínimas regulaciones.

Pese a todo lo anterior, creo que subsisten dos graves problemas que fluyen detrás de esta posición de reglas inderrotables: la irrelevancia de la objeción de conciencia médica y los perjuicios a terceros.

La OCI institucional tiene un efecto paradójico con las objeciones de conciencia personales. La invocación de la objeción de conciencia es de amplio espectro ideológico y no está reservado solo a las convicciones personales de origen religioso. La Constitución ampara desde lo general (conciencia) hacia lo específico (religioso). Por eso la consecuencia natural es que la objeción sigue la suerte del objetor y no de la forma jurídica de la entidad en que éste trabaje o a la que se vincule. Si el legislador estableció con detalles la objeción en la Ley N° 21.030, la desregulación de la OCI es la más grande debilidad de los deberes de conciencia que pretendía preservar. La ley exige la previa e íntegra identificación de la conciencia para el personal médico que opera en el pabellón. De allí se incardina un conjunto de procedimientos. Pero ¿qué pasa cuando entra en colisión la objeción personal con la OCI? Hay variados conflictos sobre los cuales el legislador no pudo prever nada ya que su idea original era prohibir la OCI, como sabemos. Entonces, cuando las clínicas no tienen identidad de propósitos con su personal, tienen problemas, médicos que concurren por las tres causales objetando y la clínica sólo por una de ellas. Personal médico en un pabellón que tiene problemas de conciencia en un lugar y en otra clínica, ninguno. Médicos que teniendo objeción personal renuncian a ella en clínicas que se han declarado objetoras. La ley ampara a los médicos, pero no a las clínicas en caso de retractarse.

Aquí es donde el carácter invencible de la OCI muestra su peor faceta. La base de la aprobación parlamentaria para muchos congresistas fue que la Ley N° 21.030 tuviese un programa psico-social de acompañamiento a la mujer y que existiera un régimen de objeción de conciencia personal. La totalidad de los Ministros del Tribunal Constitucional acogen y fundan constitucionalmente la forma jurídica de la objeción de conciencia. Sin embargo, la práctica de la OCI amenaza con desbaratarlas porque torna a la objeción personal en una cuestión irrelevante, puesto que se impondría la voluntad del empleador. No es que carezca del todo de efecto puesto que sí lo tiene en el caso de hospitales públicos y en el caso de la institucionalidad privada de salud no objetora. Pero cuando concurre en un régimen común, la objeción de conciencia personal termina derrotada por el doble efecto de la sujeción y subordinación laboral, así como de una conciencia innecesaria a la luz de la decisión (¿voluntad?, ¿conciencia?) del empleador.

Finalmente, la OCI genera un efecto de daño sobre terceros que podría haberse mitigado mediante otras fórmulas. Ya hemos sostenido que en el caso de las clínicas y hospitales que se subrogan en la prestación estatal de salud hay un déficit de negociación sobre sus alcances y que están en los términos de la misma producir una ecuación ponderativa de los bienes jurídicos en juego.

Sin embargo, lo relevante es que tiene un potencial de afectación a los derechos de las mujeres que, como derecho del paciente, tiene una expectativa en el marco de una prestación médica segura, profesional y no discriminatoria, la que ha sido autorizada constitucionalmente de un modo general para las tres causales.

Efectivamente, la OCI constituye una afectación que puede ser circunstancial o permanente, ya que la clínica u hospital la puede invocar en cualquier momento. Todos los efectos de no considerar como prestación de salud el ejercicio de la Ley N° 21.030 es configurador de un entorpecimiento, una traba o dificultad que se despliegan sobre mujeres que están en una situación límite con un riesgo vital, con un embarazo inviable o por efecto de una violación. No es posible concebir en abstracto la ausencia de daño en medio de tantos impedimentos.

De este modo, la OCI contiene un conjunto de elementos que lesionan el sentido “institucional” de las políticas públicas de salud; del derecho a la salud de las mujeres; y de la libertad de conciencia del personal médico y profesional que atiende en el pabellón las prestaciones por aborto legal y constitucionalmente autorizadas. Todo ello deviene en un déficit de reconocimiento de adecuadas garantías institucionales de organización y procedimiento a partir de una concepción ilimitada de la OCI, incluso por sobre las conciencias individuales.

Con ello, hemos dado cuenta de la anatomía de una idea que es parte de nuestro derecho, pero cuyo sustento teórico y constitucional, con potencial extensivo a otros conflictos, seguirá ofreciendo más problemas que soluciones, particularmente, para las mujeres.

Bibliografía

- APARISI, Ángela y LÓPEZ, José López, *El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto en Persona y bioética*, Revista N° 1, Volumen 10, 2006.
- CAPODIFERRO CUBERO, Daniel, *El tratamiento de la objeción de conciencia en el Consejo de Europa*, 2017. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/ILUR/article/view/57409>
- DÍAZ, Elías, *Realismo crítico y filosofía del Derecho*, en: Doxa, N° 32, 2009, p. 99.
- GARCÍA, Javier y CRANMER, Frank, *Objeción de conciencia al aborto en el Reino Unido en Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 23, 2010.
- GUASTINI, Riccardo, *Teoría analítica del derecho*, Zela Grupo Editorial, Perú, 2017, p. 91-97.
- MUGUERZA, Javier, *Sobre el exceso de obediencia y otros excesos*, en Doxa, N°4, 1987.
- NAVARRO-VALLS, Rafael, *La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo*, Persona y Derecho, N° 53, 2005, p. 259-292.
- NEIRA, Karin y SZMULEWICZ, Esteban, *Algunas reflexiones en torno al derecho general de objeción de conciencia*, en Derecho y Humanidades, N° 12, 2006.
- PAPAYANNIS, Diego, *La objeción de conciencia en el marco de la razón pública*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, 2008.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *La objeción de conciencia sanitaria*, en GASCÓN, Marina, GONZÁLEZ María del Carmen y CANTERO, Josefa (coordinadoras), *Derecho Sanitario y Bioética*, Tirant lo Blanch, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Libertad y objeción de conciencia*, en Persona y Derechos, N° 54, 2006.
- RAWLS, John, *Teoría de la desobediencia civil*, en DWORKIN, Ronald (compilador), *Teoría de la justicia (1971)*, La filosofía del derecho, Traducción de Javier Sáinz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1981.
- SORIANO, Ramón, *Las libertades públicas*, Primera edición, Tecnos, 1990.

EL ABORTO EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Luz Rebeca Lorea Hernández*

Sumario

A. Introducción. B. Novena Época: la libertad ¿de quién? C. Décima Época: ¿aborto sí, aborto no? D. Undécima Época: atisbos de justicia reproductiva. E. Reflexiones finales.

A. Introducción

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (la Constitución) reconoce en el artículo 4º el derecho de toda persona a decidir libre e informadamente cuántos hijos o hijas tener y con qué espaciamiento. Este derecho constitucional, en conjunto con el derecho a la salud y el principio de igualdad y no discriminación, han sido la base para importantes avances en materia de derechos reproductivos que, desde la Suprema Corte de Justicia de la Nación, poco a poco han desbloqueado jurídicamente el acceso al aborto, en un contexto en el que continúa previsto como delito en la mayoría de las legislaciones vigentes.¹

Desde hace veinte años, el tribunal constitucional mexicano ha resuelto diversos asuntos relacionados con el tema: la permisión del aborto cuando el producto presenta alteraciones genéticas graves; la constitucionalidad de la despenalización del aborto en las primeras doce semanas de gestación; la obligación de garantizar el acceso al aborto cuando el embarazo es producto de violación; el aborto como servicio de salud; los plazos gestacionales para el acceso al aborto por violación; y la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del aborto a través del derecho penal.

Después de tres acciones de inconstitucionalidad y cinco amparos en revisión —que aquí se analizan—, actualmente no queda duda sobre el rango constitucional del derecho a decidir en México. Este texto hace un breve recorrido evolutivo y cronológico² del marco constitucional

* Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana León.

¹ En México, el aborto está regulado en los 32 códigos penales de cada entidad federativa y el Código Penal Federal. Por regla general, el aborto voluntario es un delito, la única circunstancia permitida en todo el país es en casos donde el embarazo es producto de violación, el resto varía de código a código. Hasta marzo de 2022, solamente en la Ciudad de México, Oaxaca, Hidalgo, Veracruz, Baja California y Colima el aborto voluntario no es considerado delito si se realiza en las primeras 12 semanas de gestación; y en Sinaloa si se realiza en las primeras 13 semanas de gestación.

² Por motivos de extensión, se han dejado fuera del presente texto las discusiones relacionadas con la protección a la vida desde el momento de la concepción en las constituciones locales, y con los límites a la regulación de la objeción de conciencia para no interferir con el derecho a la salud. Véase Acción de Inconstitucionalidad 11/2009 (*Impugnación del texto de la Constitución local del Estado de Baja California por el cual se estableció la protección de la vida desde la concepción*), Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponencia del Ministro José Fernando Franco González Salas, resuelta el 28 de septiembre de 2011; Acción de Inconstitucionalidad 62/2009 (*Impugnación del texto de la Constitución local del Estado de San Luis Potosí por el cual se estableció la protección de la vida desde la concepción*), Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponencia del Ministro José Fernando Franco González Salas resuelto el 29 de septiembre de 2011; Controversia Constitucional 104/2009 (*Impugnación del texto de la Constitución local del Estado de Oaxaca por el cual se estableció la protección de la vida desde la concepción*), Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponencia del Ministro José Fernando

actual del aborto en México en las últimas tres épocas del Semanario Judicial de la Federación; a propósito de demostrar cómo —cada una a su propio modo— han favorecido constante y congruentemente los derechos humanos en el ámbito de la reproducción.

B. Novena Época: la libertad ¿de quién?

Las primeras sentencias relacionadas con la interrupción del embarazo corresponden a dos acciones de inconstitucionalidad de 2002 y 2008, previas a la reforma constitucional de derechos humanos de 2011. Estas resoluciones conciernen a una reforma al Código Penal del Distrito Federal para la ampliación de causales de no punibilidad del aborto voluntario y a la despenalización del aborto en las primeras 12 semanas de gestación en el otrora Distrito Federal.

De este primer grupo de sentencias resalta que la Corte responde a una pregunta no planteada en las *litis* de forma explícita, aunque sí implícita: ¿quién debe decidir sobre la vida reproductiva de las mujeres,³ niñas y adolescentes en México?

I. Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Ley Robles.⁴

El 24 de agosto de 2000 se reformó el Código Penal del Distrito Federal, lo que aumentó las causas de exclusión de punibilidad del delito de aborto de dos a cinco: existían ya la causal de violación y peligro de muerte para la mujer, y se añadieron el aborto imprudencial o culposo, el aborto por alteraciones congénitas o genéticas que dieran como resultado daños físicos o mentales graves, así como el aborto por inseminación artificial no consentida.⁵

Un grupo de veintitrés legisladores de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) promovieron acción de inconstitucionalidad en contra de la inclusión de la causal de alteraciones congénitas o genéticas del producto, bajo el argumento de una supuesta violación del derecho a la vida, así como presuntas violaciones a la Convención de los Derechos del Niño. Por su parte,

Franco González Salas resuelta el 2 de mayo de 2013; Controversia Constitucional 62/2009 (*Impugnación del texto de la Constitución local del Estado de Guanajuato por el cual se estableció la protección de la vida desde la concepción*), Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, resuelta en la misma sesión que la anterior; Controversia Constitucional 89/2009 (*Impugnación del texto de la Constitución local del Estado de Querétaro por el cual se estableció la protección de la vida desde la concepción*), Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponencia del Ministro José Fernando Franco González Salas, resuelta el 30 de marzo de 2013; Acción de Inconstitucionalidad 106 y 107/2018 (*Impugnación del texto de la Constitución local del estado de Sinaloa*) Ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelta el 09 de septiembre 2021; Acción de inconstitucionalidad 54/2018 (*Impugnación de la objeción de conciencia en la Ley General de Salud*), Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponencia del Ministro Luis María Aguilar Morales, resuelta el 20 de septiembre de 2021.

³ En lo sucesivo se hace referencia solamente a “mujeres” como quienes se ven directamente afectadas por la prohibición del aborto o la negación del servicio, por ser el lenguaje adoptado tanto en la legislación vigente como en sede judicial hasta septiembre de 2021. No obstante, se reconoce que el embarazo es una vivencia tanto de mujeres cisgénero, como de hombres trans y personas no binarias con capacidad de gestar.

⁴ Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 10/2000, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Olga María Sánchez Cordero, resuelto por mayoría de siete votos el 29 y 30 de enero de 2002.

⁵ Lamas, Marta, *La interrupción legal del embarazo. El caso de la Ciudad de México*, México, FCE, UNAM, CIEG, 2017, p. 34.

la ALDF sostuvo en su informe la constitucionalidad de la causal de no punibilidad, por ser una medida para proteger la salud mental de las mujeres que se enfrentan a un embarazo con dichas características.

La fracción agregada relativa a la no punibilidad en casos de alteraciones congénitas o genéticas del producto de la concepción preservó su constitucionalidad de acuerdo con el proyecto, votado a favor por siete de los once Ministros. El Pleno reconoció que el derecho a la vida se encontraba protegido por el artículo 14 constitucional y que comprendía “toda manifestación de vida humana, independientemente del proceso biológico en que se encuentre”, pero llama la atención que no se hizo un desarrollo argumentativo similar en términos del derecho a la salud de la mujer embarazada, aun cuando este fue también planteado por las autoridades emisoras de la norma.

Entonces, ¿cómo se llegó a la conclusión de constitucionalidad de la norma? A través del énfasis en que la fracción impugnada no se trataba de una norma que permitiera privar de la vida a alguien, sino solamente de un precepto que permite que no se sancione esta conducta mientras se actualizara el caso en que “a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo”.

De esta forma, si bien en el fondo se convalidó constitucionalmente este supuesto para interrumpir un embarazo, se hizo bajo la premisa de que el derecho que importa es el del producto de la concepción y no los derechos de la mujer embarazada. Por otra parte, la Corte envió otro mensaje con sus argumentos: la decisión de cómo terminar un embarazo no está en manos de las mujeres embarazadas, sino que depende de otras personas: primeramente, de dos médicos especialistas, y, en segundo lugar, de la autoridad que eventualmente tenga que decidir si se cumplen o no los requisitos para no sancionar la conducta.

II. Acción de Inconstitucionalidad 146 y su acumulada 147/2007. Despenalización del aborto en el Distrito Federal.⁶

El 26 de abril de 2007 se despenalizó el aborto voluntario en las primeras doce semanas de gestación y se creó el Programa de Interrupción Legal del Embarazo en el entonces Distrito Federal. Inconformes, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y la Procuraduría General de la República (PGR) promovieron acciones de inconstitucionalidad en contra de la reforma.

Los conceptos de invalidez consistían en que la despenalización del aborto era contraria al derecho a la vida, en un sentido prácticamente idéntico a los conceptos de invalidez de la Acción de Inconstitucionalidad 10/2000; que la despenalización del aborto era discriminatoria hacia los

⁶ Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, resuelto 28 de agosto de 2008.

hombres interesados en que el embarazo llegue a término, y hacia las niñas y adolescentes por no regular por separado la forma en que pudieran interrumpir sus embarazos; que el tipo penal reformado no cumplía con el principio de exacta aplicación de la ley penal, al ser imposible saber el momento exacto de la implantación del embrión en el endometrio y al contemplar penas distintas para quienes auxilian a abortar y las mujeres que otorgan su consentimiento para abortar; y que la definición de embarazo por parte de la ALDF invadía competencias del Legislativo Federal.

La Corte declaró infundados los conceptos de invalidez por varios motivos.⁷ En el caso de la impugnación a que la ALDF incluyera una definición del embarazo en el Código Penal por contrariar la dispuesta en la Ley General de Salud, el Tribunal estableció que no existe tal invasión de competencias puesto que la definición de la Ley General de Salud se acota únicamente al ámbito de la investigación para la salud, mientras que la definición que quedó establecida en el Código Penal del Distrito Federal aplicará solamente para la materia, sin que sea necesario armonizar la definición de embarazo en todos los ordenamientos.

Respecto a la aducida inconstitucionalidad por violación del derecho a la vida, la Suprema Corte hizo un análisis constitucional y de los tratados internacionales de los que México es parte, para concluir que no existe un derecho absoluto a la vida.⁸ En consecuencia, se advirtió que no existe un mandato constitucional de tipificar el aborto voluntario como delito, al igual que no existe un mandato constitucional para despenalizarlo, sino que es facultad del legislador valorar las medidas apropiadas para proteger el bien jurídico de la vida.

Sobre los argumentos relacionados con los derechos de los hombres a ser partícipes de la decisión de una mujer sobre cómo responder a su embarazo, la Corte fue enfática en señalar que la decisión no es discriminatoria, sino que responde a las evidentes consecuencias diferenciadas que tiene la continuación o terminación de un embarazo para la vida de las mujeres, por lo que son ellas quienes tienen preeminencia sobre la decisión. En el mismo sentido, refirió que no existen motivos constitucionales para señalar que las niñas y adolescentes deban regirse por estándares de autonomía y consentimiento informado distintos a aquellos de las mujeres adultas.

⁷ En un interesante ejercicio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación convocó a comparecencias públicas de organizaciones o personas que quisieran dar su opinión sobre el tema, como parte de la metodología de estudio de las Acciones de Inconstitucionalidad. *Cfr.* GIRE, *Constitucionalidad de la ley sobre aborto en la Ciudad de México*, 2009. Disponible en < https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2014/07/ConstAbortoCiudad_TD8.pdf > [Consultado el 05 de abril de 2022]

⁸ Tan solo ocho años antes de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica había realizado su propia interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos llegando a la conclusión contraria, es decir, que el derecho a la vida se debe proteger de forma absoluta desde el momento de la concepción, al grado de prohibir incluso la fecundación in vitro. La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó el artículo 4.1 hasta 2012, recuperando sentencias emitidas en otros Estados como la de la SCJN, y concluyó que el mencionado artículo de la CADH no implica que los embriones sean considerados personas protegidas por la Convención y que el derecho a la vida no es absoluto. *Cfr.* Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257.

Por último, en el caso de la aducida violación a los principios de legalidad y de exacta aplicación de la ley penal, refirió que, contrario a lo argumentado por la PGR y la CNDH, la reforma favoreció la garantía de legalidad y seguridad jurídica al establecer lo más exhaustivo posible cuál es la conducta típica. En lo conducente a la exacta aplicación de la ley penal, se decidió que dependerá de las autoridades de procuración e impartición de justicia en cada caso concreto.

Las primeras resoluciones de fondo de la Suprema Corte en torno al aborto fueron producto de sus tiempos. Si bien las discusiones no profundizaron en materia de derechos reproductivos, las decisiones sí tuvieron un impacto en el ejercicio de estos y en la vida de las mujeres en el país. Tan solo el Programa de Interrupción Legal del Embarazo de la Ciudad de México, que también fue impugnado por la entonces PGR y la CNDH, ha brindado 246,913 servicios de aborto seguro a mujeres de todo el país desde abril de 2007 hasta febrero de 2022.⁹

C. Décima Época (2011-2021): ¿aborto sí, aborto no?

La reforma constitucional de derechos humanos de 2011 significó una oportunidad histórica para reformular normas contrarias a estándares desarrollados por organismos internacionales de derechos humanos.¹⁰ Bajo este nuevo paradigma, el aborto se posicionó nuevamente como un asunto de derechos humanos.

Antes del 10 de junio de 2011 y después de las primeras sentencias de la Suprema Corte de 2002 y 2008, la regulación del aborto había tenido un interesante desarrollo en casos donde el embarazo era producto de violación. A partir del caso Paulina,¹¹ el Estado mexicano revisó la NOM 90-SSA1-1999 relativa a la atención médica a la violencia familiar, la cual se convirtió en la NOM 046-SSA2-2005 sobre violencia sexual, familiar y contra las mujeres, criterios para la prevención y atención. En la nueva norma quedó establecido el derecho de víctimas de violencia sexual al acceso a un aborto cuando el embarazo es producto de violación, y la obligación de garantizar el servicio por parte de autoridades de salud.

No obstante, prevalecieron obstáculos como la necesidad de contar con la autorización de una autoridad competente para que las instituciones de salud públicas hicieran un aborto. La expedición de la Ley General de Víctimas en 2013,¹² sumado al texto de los 33 Códigos Penales

⁹ Gobierno de la Ciudad de México, *Sistema de Información de Interrupción Legal del Embarazo, Información preliminar*, 2022. Disponible en < <http://ile.salud.cdmx.gob.mx/wp-content/uploads/WEB-ILE-20221.pdf> > [Consultado el 07 de abril de 2022]

¹⁰ Sobre la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos véase Medina Mora F. Alejandra *et al. Derechos Humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa, 2015, p. 13.

¹¹ Paulina era una adolescente de 13 años cuando se enfrentó a un embarazo producto de violación a finales de 1999. Las autoridades de su estado de residencia, Baja California, le negaron el aborto en repetidas ocasiones que ella y su mamá lo solicitaron. El caso llegó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en donde se resolvió mediante Acuerdo de Solución Amistosa. *Cfr.* Lamas, Marta, *La interrupción legal del embarazo. El caso de la Ciudad de México*, op. cit., p. 32.

¹² Esta ley general, obligatoria para todas las autoridades del país que tengan contacto con víctimas de delito o de violaciones a derechos humanos, reconoce la interrupción legal del embarazo como un servicio de atención de emergencia para las víctimas de violencia sexual, en el artículo 30 fracción IX. *Cfr.* Ley General de Víctimas. Disponible en < <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf> > [Consultado el 26 de marzo de 2022]

del país que no sancionan el aborto cuando el embarazo es producto de violación, permitió que la NOM 046 fuera modificada en 2016¹³ para eliminar el requisito de autorización de autoridad competente. La misma Ley General de Víctimas fue clave para que dos de los tres casos abordados en este apartado tuvieran como efecto el reconocimiento como víctimas de violaciones a derechos humanos a las mujeres a quienes se les negó un aborto por violación y de ordenar a las autoridades correspondientes la reparación integral del daño.

Por otra parte, el aborto estaba legalmente permitido en distintas entidades federativas en aquellos supuestos en que la continuación del embarazo pone en riesgo la salud de la mujer embarazada, pero no existía certeza jurídica por parte del Poder Judicial ni del Ejecutivo Federal sobre cómo proceder en aquellos lugares donde la legislación penal no prevé esta circunstancia. La Primera Sala dio luz al respecto en un amparo en revisión.

Este segundo grupo de resoluciones de la Suprema Corte relacionadas con aborto abarca los primeros tres casos resueltos de fondo que involucraron a mujeres a quienes se les negó el aborto. A diferencia de las resoluciones de 2002 y 2009, los hechos que se analizaron en estas sentencias de 2018 y 2019 parten de la premisa de que la decisión de abortar ya está tomada, entonces ¿qué deben hacer las autoridades cuando una mujer embarazada ha decidido interrumpir un embarazo?

I. Casos Marimar¹⁴ y Fernanda¹⁵

Marimar era una adolescente con un embarazo por haber sido víctima de violencia sexual siendo aún menor de edad. Además de que los hechos actualizaban los supuestos relativos a embarazo por violación, previstos en la Ley General de Víctimas y el Código Penal de Morelos —estado donde ocurrieron los hechos—, el producto presentaba alteraciones congénitas. Marimar y sus padres solicitaron la interrupción del embarazo a autoridades de salud públicas, quienes lo negaron con base en lo decidido por un comité de bioética que desconoció los derechos de Marimar al resolver como improcedente su solicitud, por considerar que su salud y la del producto no estaban en riesgo.

Por su parte, en el estado de Oaxaca vivía Fernanda, quien tenía un embarazo producto de violencia sexual. Al solicitar el aborto a las autoridades de salud pública fue referida a un Hospital General, en donde le negaron el servicio aduciendo que el personal de la institución estaba en huelga, por lo que solo podían atender emergencias.

¹³ GIRE, *Violencia sin interrupción*, México, 2017, p.8. Disponible en < https://aborto-por-violacion.gire.org.mx/assets/pdf/violencia_sin_interrupcion.pdf > [Consultado el 25 de marzo de 2022]

¹⁴ El nombre es ficticio para resguardar la privacidad de la víctima. *Cfr.* Sentencia recaída al Amparo en Revisión 601/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro Ponente: José Fernando Franco González Salas, resuelto por unanimidad de cinco votos el 04 de abril de 2018.

¹⁵ El nombre es ficticio para resguardar la privacidad de la víctima. *Cfr.* Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1170/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro Ponente: José Fernando Franco González Salas, resuelto por unanimidad de cuatro votos el 18 de abril de 2018.

En ambos casos se promovió amparo indirecto. Fueron atraídos para su revisión por la Suprema Corte, se resolvieron en abril de 2018 y guardan estrecha similitud en los hechos,¹⁶ los conceptos de violación, las conclusiones sobre violaciones a derechos humanos y los efectos que tuvieron las sentencias:¹⁷

Los conceptos de violación se enfocaron en el artículo 22 de la Constitución y el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre la negativa de aborto por violación como una forma de tratos crueles, inhumanos y degradantes, equiparables a tortura. La Corte refrendó lo que mandata la Ley General de Víctimas sobre el aborto por violación como un servicio de atención médica de emergencia y reconoció la negativa de aborto por violación como una violación grave a los derechos humanos; de modo que las autoridades de salud están obligadas a conocer los supuestos por los cuales se permite el aborto en su entidad y que no pueden implementar mecanismos para dilatar la prestación de un servicio de emergencia, ni siquiera en aquellos supuestos —como el del caso de Fernanda— en los que las instituciones están en huelga, sino que es su obligación asegurar que la interrupción del embarazo solicitada en casos de violencia sexual se materialice. En ambas sentencias se reconoció a Fernanda y Marimar como víctimas directas de las violaciones a derechos humanos, y a los padres de Marimar como víctimas indirectas. En consecuencia, se ordenó a la autoridad de atención a víctimas garantizar la reparación integral del daño a través de la restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y no repetición.

Ambos casos resultan paradigmáticos en la historia del aborto en la Suprema Corte, al ser los primeros que involucran casos concretos sobre los efectos que tiene la negación del aborto en la vida de mujeres en México. Sin embargo, limitaron el estudio al reconocimiento de esta práctica como una violación a los derechos humanos que debe ser reparada —lo cual no es asunto menor, en un país que reporta haber realizado solamente 487 abortos por violación en diez años—¹⁸; en tanto, permaneció pendiente la necesaria discusión en sede judicial sobre el derecho a la salud y derechos reproductivos, que se abordaría hasta el caso Marisa.

¹⁶ Ambos se relacionan con la negativa de las autoridades de realizar un aborto por violación. Aunque al emitir sentencia el embarazo ya había sido interrumpido a cargo de las recurrentes y no de autoridades de salud, se alegó que la afectación al derecho a la integridad personal permanecía, pues la sola negativa del servicio de aborto había dejado a las recurrentes en incertidumbre y angustia injustificadas.

¹⁷ La similitud en la estrategia jurídica seguida no es casualidad, puesto que ambos casos fueron litigados por el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) A.C. Cfr. GIRE, *La pieza faltante. Justicia reproductiva en México*, 2018, p. 19. Disponible en <<https://justiciareproductiva.gire.org.mx/assets/pdf/JusticiaReproductiva.pdf>> [Consultado el 26 de marzo de 2022]

¹⁸ GIRE, *El camino hacia la justicia reproductiva: una década de avances y pendientes*, México, 2021, p. 47. Disponible en <https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2021/11/GIRE_INFORME_2021.pdf> [Consultado el 04 de abril de 2022]

II. Caso Marisa¹⁹

Marisa tenía un embarazo de alto riesgo por ser una mujer de 41 años, haberse sometido meses antes de su embarazo a una cirugía de *bypass* gástrico y por vivir con obesidad grado III. Esto la colocaba en mayor riesgo de enfrentarse a preeclamsia, diabetes, tromboembolismo, malnutrición y obstrucción del intestino delgado por una hernia. Además, el feto presentaba alteraciones genéticas y Marisa tuvo amenazas de aborto en más de una ocasión. Solicitó la interrupción del embarazo al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado (ISSSTE), de donde era derechohabiente, y le fue negada alegando que el aborto no es un servicio de salud existente en la Ley General de Salud.

Vía amparo indirecto, Marisa señaló la negativa de aborto como una violación a su derecho a la salud reproductiva y a la igualdad y no discriminación.²⁰ Señaló como responsables a las diversas autoridades de salud pública que le negaron el servicio. También al Congreso de la Unión y al Presidente de la República, por emitir el Código Penal Federal vigente que no contempla la salud como una causal excluyente de delito de aborto, por constituir en sí misma una norma discriminatoria al inhibir el acceso al aborto cuando el embarazo pone en riesgo la salud de la mujer embarazada.

En primer lugar, la Primera Sala reconoció que existen normas penales –como la del delito de aborto– que causan efectos inhibitorios, pero confirmó el sobreseimiento decretado por el juez de distrito relativo a la inconstitucionalidad del tipo penal de aborto en el Código Penal Federal, puesto que la legislación penal en este caso no es competencia del personal de salud, y los oficios firmados por la autoridad de salud en los que se negó el aborto a Marisa, no hacen alusión alguna al Código Penal Federal, sino solamente a la inexistencia del servicio de aborto como un servicio de salud en la Ley General en la materia.

En segundo lugar, la Corte hizo un análisis con perspectiva de género²¹ a las reglas de procedencia del juicio de amparo en casos relacionados con la negación de un aborto, que concluye con la decisión de revertir el sobreseimiento que en primera instancia se había decretado al saber que la señora Marisa había interrumpido su embarazo en una clínica privada.²²

¹⁹ El nombre es ficticio para resguardar la privacidad de la víctima. *Cfr.* Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1388/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto por unanimidad de cinco votos el 15 de mayo de 2019.

²⁰ Artículos 1 y 4 de la Constitución; 1, 2 y 11 de la CADH; 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y 2, 3, 12 y 24 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

²¹ Para más información sobre el desarrollo jurisprudencial de la obligación de juzgar con perspectiva de género véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Derechos Humanos, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México, 2020, pp. 119-133. Disponible en <<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>> [Consultado el 05 de abril de 2022]

²² A esta conclusión había llegado el Juez Décimo de Distrito de Amparo en materia Penal en el Distrito Federal, aplicando la fracción XXII del artículo 61 de la Ley de Amparo relativa a la causal de improcedencia por haber dejado de existir el objeto o la materia del juicio de amparo, en este caso, por dejar de existir la necesidad del aborto.

El Tribunal Constitucional llegó a esta conclusión argumentando que ese razonamiento coloca a las mujeres que comparten supuestos como el de Marisa en el innecesario dilema de llevar a término un embarazo que pone en riesgo su salud y esperar una sentencia de fondo —que puede o no otorgar el amparo—, o de resolver la situación por sus propios medios, a sabiendas de que la Justicia de la Unión podría sobreseer. Esta aplicación tajante de la causal de improcedencia resulta discriminatoria, inútil y contraria al principio de igualdad en el acceso a la justicia, pues no toma en consideración que el estudio de procedencia y el estudio de fondo se encuentran estrechamente vinculados con las necesidades específicas de las mujeres embarazadas que desean abortar, ni toma en cuenta los efectos negativos que un sobreseimiento puede tener en la vida de estas mujeres.

En tercer lugar, la Primera Sala hizo un amplio desarrollo del contenido del derecho a la salud, a partir de una interpretación sistemática que abarca fuentes nacionales e internacionales. Al respecto, la Corte concluyó que el aborto motivado por riesgos a la salud es parte del ámbito normativo de tal derecho, entendiéndose como “riesgo a la salud” no solamente en términos de integridad física, sino en términos amplios de la angustia generada por la incompatibilidad entre el embarazo y el proyecto de vida de la mujer. En este sentido, es obligación del Estado asegurar la infraestructura e insumos para que dicho servicio de atención médica pueda garantizarse bajo un parámetro de calidad.

Llama la atención la evolución de la Suprema Corte en la protección de derechos entre la sentencia de la *Ley Robles* y la del caso Marisa. Anteriormente había señalado que la interrupción del embarazo no era una cuestión de derecho a la salud, sino solamente un supuesto para evitar el castigo. Diecisiete años después cambió su perspectiva al reconocer que, si bien la determinación del riesgo de un embarazo es una discusión médica, la decisión sobre cómo afrontar ese riesgo a la salud es de carácter personal y debe tomarla la mujer embarazada con toda la información disponible.

Las tres sentencias de la Novena Época dieron luz sobre cuáles son las obligaciones estatales frente a la decisión tomada de interrumpir su embarazo cuando es producto de violación o cuando pone en riesgo su salud:

- Del Poder Judicial de la Federación: juzgar con perspectiva de género las causales de improcedencia que puedan tener como efectos obstaculizar el acceso a la justicia a las mujeres por hechos relacionados con procesos biológicos y reproductivos que solamente ellas viven; así como conocer y aplicar la interpretación a la Ley General de Salud sobre el aborto como un servicio de salud;
- De las autoridades sanitarias: conocer las causales excluyentes de responsabilidad o de no punibilidad del aborto en el estado en el que laboran, reconocer el aborto por violación como un servicio médico de emergencia, reconocer el aborto por riesgo a la salud como un servicio contemplado en la Ley General de Salud a partir de la interpretación de la Suprema Corte y garantizar los servicios en ambos supuestos.

D. Undécima Época (2021- actualidad):²³ atisbos de justicia reproductiva²⁴

El 11 de marzo de 2021 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una reforma constitucional al Poder Judicial de la Federación que dio lugar, el 1 de mayo de 2021, al inicio de la Undécima Época del Semanario Judicial de la Federación.²⁵ Bastaron apenas cinco meses para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunciara sobre cuestiones relacionadas con el aborto en cuatro casos.

Este grupo de sentencias incluyen el primer caso sobre aborto que involucra a una mujer con discapacidad; cuestionamientos sobre los plazos para acceder al aborto por violación y sobre la constitucionalidad de la prohibición total del aborto; un mayor desarrollo sobre los derechos y obligaciones del personal de salud frente a la interrupción del embarazo; y una respuesta a la discusión, vigente casi quince años después, sobre la vida prenatal.

Propias de su época, en la que la Suprema Corte se ha pronunciado abiertamente comprometida con terminar las desigualdades basadas en el género, las siguientes sentencias dan luz a las interrogantes ¿cuál es el rol del aborto en la vida de las mujeres y personas con capacidad de gestar? ¿existe entonces un derecho constitucional a decidir? ¿cuál es su contenido y alcance? ¿quiénes son sus titulares?

I. Jessica²⁶

Jessica nació con parálisis cerebral y vive con su madre y su abuela en el estado de Chiapas, quienes le brindan los cuidados necesarios pues es complicado para ella comunicarse por sí misma. En 2018, tuvo una crisis convulsiva por la que su madre y abuela la llevaron al hospital, donde descubrieron que Jessica tenía cinco meses de embarazo. Había sido víctima de violación sexual siendo menor de edad. Solicitaron la interrupción del embarazo, pero les fue negada con base en lo dispuesto por el Código Penal del estado de Chiapas, que contempla un límite gestacional de 90 días para no castigar el aborto en casos de violación, el cual rebasaba el embarazo de Jessica.

Acompañada de su madre, promovieron amparo indirecto en contra de la porción normativa del tipo penal de aborto que limita el acceso al aborto por violación y en contra de la determinación de

²³ En el periodo desde 01 de mayo de 2021 hasta el 08 de abril de 2022 se resolvió también en la Primera Sala el Amparo en Revisión 45/2018, relativo a la negación de aborto por violación a una adolescente en el estado de Hidalgo. Sin embargo, no se aborda en el presente texto por encontrarse pendiente la publicación del engrose correspondiente.

²⁴ Para mayor información sobre el término, puede consultarse el trabajo de la organización *Sister Song* <<https://www.sistersong.net/reproductive-justice/> Sister Song>

²⁵ Un recuento de la reforma constitucional puede consultarse en Caballero Juárez, José Luis, *La reforma judicial de 2021, ¿Hacia dónde va la justicia?*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021. Disponible en <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6578/7.pdf>> [Consultado el 08 de abril de 2022]

²⁶ El nombre es ficticio para resguardar la privacidad de la víctima. Sentencia recaída al Amparo en Revisión 438/2020, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, resuelto por unanimidad de cinco votos el 07 de julio de 2021.

las autoridades de salud de negarle la interrupción del embarazo. Esto, bajo el argumento de que atentan contra los derechos de las víctimas de violación, el derecho a la salud, y son discriminatorios hacia las mujeres y adolescentes con discapacidad que se encuentran en ese supuesto.

En la resolución del amparo en revisión, la Corte revisó el actuar del juez de primera instancia, señalando que incumplió con su obligación de ponderar el interés superior de la infancia y de juzgar con perspectiva de género e interseccionalidad;²⁷ también señaló que desconoció el desarrollo jurisprudencial en materia de derechos de las personas con discapacidad.²⁸

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional analizó la fracción normativa que limita el aborto al primer trimestre de gestación en casos en que el embarazo es producto de violación y lo señaló como inconstitucional por diversas razones. En primer lugar, por encontrarla contraria a las obligaciones estatales en materia de erradicación de la violencia en contra de las mujeres; en efecto, la limitación del aborto por violación desconoce los largos y complicados procesos para expresar o dar a conocer que se sobrevivió a una situación traumática y se traduce en un obstáculo para la atención médica a la que tienen derecho, como la interrupción del embarazo, que además extiende la afectación de la violación sexual.

Por otra parte, se declaró inconstitucional la norma porque reproduce estereotipos de género contrarios al principio de igualdad y no discriminación, pues parte de la premisa de que es más valiosa la vida del ser en gestación que la de la mujer embarazada, lo que constituye una forma de violencia en contra de las mujeres.

La Primera Sala también llegó a la conclusión de la inconstitucionalidad de la porción normativa por encontrarla violatoria de los derechos de las personas con discapacidad de las menores de edad al referir que estos grupos:

... Por las condiciones de vulnerabilidad que presentan, pudieran ni siquiera saber que presentan un embarazo producto de una violación, por lo que no pueden acudir a los servicios de salud en los tiempos que marca la norma; es decir, la norma establece un plazo único y genérico que uniforma a las mujeres en una misma conceptualización, a las menores de edad y las mujeres con discapacidad, las cuales recientes con mayor afectación las consecuencias del delito de violación y, que tales condiciones (ya sea minoría de edad -dependiendo de la edad de la niña- o discapacidad -dependiendo de la discapacidad que presenten-), les impiden en muchas ocasiones que puedan saber o darse cuenta siquiera de su embarazo en etapas tempranas de éste, sino que lo advierten hasta muy avanzada la gestación.²⁹

²⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Derechos Humanos, Protocolo para juzgar con perspectiva de género, *Op. Cit.* Págs. 82-87.

²⁸ *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, *Cuadernos de jurisprudencia Núm. 5 Derechos de las personas con discapacidad*, 2020. Disponible en <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2020-10/Cuadernillo%20Discapacidad_Final%20octubre.pdf> [Consultado el 07 de abril de 2022]

²⁹ Sentencia recaída al Amparo en Revisión 438/2020, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Op. Cit.* Párr. 177.

El acto de autoridad que negó el aborto a Jessica también fue considerado inconstitucional por la Primera Sala. Por una parte, por haber estado fundado en la porción normativa que ya fue desarrollada como inconstitucional. Pero también por una deficiente motivación, puesto que la autoridad de salud pública se basó completamente en el Código Penal para el estado de Chiapas y desconoció que existía un marco jurídico de atención a víctimas, conformado por la Ley General de Víctimas y la Norma Oficial Mexicana 046, que contemplan el aborto por violación sin límite gestacional.

Por último, la Sala reconoció la calidad de víctima de Jessica y su mamá y ordena la reparación integral del daño, de la misma manera que lo hizo en los casos de Marimar y Fernanda.

Llama la atención que en este caso la Primera Sala se alejó de la postura asumida en el caso de Marisa, consistente en sobreseer lo relacionado a la inconstitucionalidad del tipo penal de aborto en el Código Penal Federal, basándose en que la autoridad sanitaria no tiene competencia en materia penal y no fue citado este ordenamiento en la negativa de aborto. En el caso de Jessica, en el que sí se utilizó la norma penal para negar el aborto por parte de autoridad sanitaria, la Primera Sala no discutió la competencia que se tenía para negarlo por esas razones, sino que lo vinculó con la inconstitucionalidad de la norma y el contenido del amparo en revisión 1388/2015 en lo relacionado con el riesgo que el embarazo de Jessica podía tener en su salud.

La Corte hizo un amplio desarrollo de las obligaciones de las personas juzgadas en casos que involucran a personas con discapacidad y personas menores de edad, así como de la obligación de juzgar con perspectiva de género. Debido a que se resolvió por unanimidad, resulta criterio obligatorio para todas las personas juzgadas del Poder Judicial Federal.

Sin duda, el mencionado desarrollo es positivo; sin embargo, no se aprecia que en el caso concreto se pongan en práctica las mencionadas obligaciones interpretativas. En especial, se extraña la ausencia de un análisis previo de contexto³⁰ sobre la situación particular de las niñas y adolescentes con discapacidad y la violencia estructural a la que se enfrentan –contexto del cual forma parte Jessica–³¹ y respecto del papel de las autoridades involucradas en estos casos.³²

³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Derechos Humanos, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, *Op. Cit.* p. 39

³¹ *Cfr.* Naciones Unidas, Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Observación General Núm. 3 (2016) sobre las niñas y mujeres con discapacidad*, 2016; Disability Rights International y Colectivo Chuhcán, *Abuso y negación de derechos sexuales y reproductivos a mujeres y niñas con discapacidad en México*, 2014, Disponible en <https://www.driadvocacy.org/wp-content/uploads/Informe-M%C3%A9xico-Mujeres-FINAL-Feb2415.pdf> [Consultado el 08 de abril de 2022]; Colectivo Chuhcán et al. *Informe Alternativo ante el Comité de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad*, 2019, Disponible en https://www.driadvocacy.org/wp-content/uploads/INFORME_ALTERNATIVO_10_sept_19.pdf [Consultado el 08 de abril de 2022]

³² En voto concurrente, el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena expresa que la resolución podría haber realizado un interesante y necesario desarrollo sobre las obligaciones de asegurar consentimiento libre, previo e informado, en casos que involucran derecho a la salud reproductiva y mujeres con discapacidad.

II. Coahuila³³

En noviembre de 2017, la Procuraduría General de la República promovió acción de inconstitucionalidad en contra del nuevo Código Penal para el estado de Coahuila. Los conceptos de invalidez relevantes para nuestro estudio son los relacionados con la autonomía y libertad reproductiva de las mujeres, vulneradas por el delito de aborto voluntario.

El primer gran giro que el Pleno dio a la jurisprudencia existente hasta entonces³⁴ fue reconocer que el desarrollo del contenido de derechos establecidos en su sentencia no está dirigido solamente a las mujeres cisgénero, sino también a otras personas con capacidad de gestar. Con este pronunciamiento, la Suprema Corte envió un claro y contundente mensaje a todas las autoridades sanitarias y de impartición de justicia sobre el reconocimiento de derechos reproductivos de las personas trans.

Más adelante, el Tribunal estableció que el artículo 4 constitucional es la piedra angular del derecho constitucional a decidir, el cual abarca la libre elección y acceso a anticoncepción, a técnicas de reproducción asistida y a la interrupción del embarazo. El derecho a decidir se basa en la dignidad humana; en que la autonomía y libre desarrollo de la personalidad se ven trastocados por normas de carácter paternalista que desconocen a las mujeres como protagonistas de sus proyectos de vida.

Por primera vez en análisis relacionados con aborto en el máximo tribunal, se incluyó la laicidad como un elemento preponderante en el análisis. La laicidad es el pilar en el que descansa el argumento básico feminista consistente en que la criminalización del aborto autoprocuroado marca un solo destino reproductivo para todas, pero su despenalización no obliga abortar a nadie que no lo quiera. Es decir, en palabras del Pleno “la laicidad se presenta en los hechos como una garantía para los derechos de las mujeres y de las personas con capacidad de gestar, por el reconocimiento de la libertad y autonomía de las personas en cuanto a la definición de sus convicciones y creencias”.

El derecho a decidir ahonda el Alto Tribunal, descansa también en la igualdad. Una norma como la combatida, cuyas destinatarias son las mujeres y las personas con capacidad de gestar, parte de la premisa de que el concepto de maternidad es sinónimo de mujer.

Por último, está el aspecto del derecho a la salud como parte del derecho a decidir. Al respecto, la Corte retomó el desarrollo del derecho a la salud reproductiva que han hecho órganos internacionales de derechos humanos, como el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Además, confirmó el contenido del Amparo en Revisión 1388/2015, abordado previamente.

³³ Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro Ponente: Luis María Aguilar Morales, resuelto por unanimidad de diez votos el 07 de septiembre de 2021.

³⁴ La Primera Sala en el Amparo en Revisión 1388/2015 había reconocido que también los hombres trans pueden enfrentarse a un embarazo y sus consecuencias, sin embargo, el pronunciamiento no fue tan contundente como en esta ocasión.

Al abordar las implicaciones específicas del derecho a decidir, por primera vez hizo referencia a que este derecho abarca “un corto periodo de tiempo al inicio de la gestación” como un espacio protegido por la Constitución en la que no le corresponde al Estado evaluar o inmiscuirse en las decisiones que la mujer o persona embarazada tome respecto de su embarazo.

La Corte realizó también un recuento sobre la situación de pobreza y rezago social en México, así como la situación de violencia en contra de las mujeres, como parte de su obligación de juzgar con perspectiva de interseccionalidad, y como elementos contextuales que dan sustento a los alcances del derecho a decidir, más allá del aborto en sí mismo. De esta forma, el derecho a decidir abarca: el derecho a la educación integral en sexualidad; el acceso a información y asesoría en materia de planificación familiar; el reconocimiento del derecho de las mujeres y personas con capacidad de gestar a decidir continuar o interrumpir un embarazo; la garantía de que esta decisión se tome de manera informada; y que se otorguen los servicios necesarios para llevar a término un embarazo de manera integral y saludable, tanto en el caso en el que se decida interrumpir, como en el caso de aquellas mujeres y personas gestantes que decidan no interrumpirlo.

El Tribunal reconoció también que el embrión o feto no es titular de derechos humanos, y que solo puede considerarse titular de derechos fundamentales la persona que nace viva. Sin embargo, también hizo un riesgoso ejercicio argumentativo en términos de señalar que el derecho a decidir interrumpir un embarazo por la sola voluntad de la persona embarazada solamente tiene cabida dentro de un breve plazo cercano a la concepción.

La consideración resulta contradictoria con el desarrollo que la misma Corte realizó sobre los estereotipos de género y el mandato tradicional de maternidad, pues al limitar el derecho a decidir solamente a un breve plazo cercano a la concepción, estigmatiza aquellos abortos que por múltiples razones se necesiten realizar fuera de este plazo. Un análisis de interseccionalidad más profundo habría de retomar la situación especial en que se encuentran, por ejemplo, las adolescentes y mujeres con discapacidad que por su propia situación son susceptibles de no enterarse de sus embarazos hasta avanzado el primer trimestre, tal como fue desarrollado en el Amparo en Revisión 438/2020. La limitación del derecho a decidir interrumpir el embarazo o no por parte de la Suprema Corte envía un peligroso mensaje sobre la existencia de abortos más aceptables –aquellos que se realizan en cualquier momento del embarazo bajo causales o los realizados por la sola voluntad en un periodo cercano a la concepción– que otros.³⁵

Por último, la Suprema Corte hizo un análisis para responder al cuestionamiento sobre el uso del derecho penal para regular la interrupción del embarazo concluyendo que, si bien el proceso de gestación es un bien jurídico a protegerse, la vía penal no ha resultado ser la vía idónea para ellos, además de que anula por completo los derechos de las mujeres y personas con capacidad de gestar a decidir interrumpir su embarazo en la fase inicial.

³⁵ Para profundizar sobre el estigma en la regulación del aborto véase J. Cook, Rebecca, “Significados estigmatizados del derecho penal sobre el aborto”, en J. Cook, Rebecca, N. Erdman, Joanna y M. Dickens Bernard (coords.), *El aborto en el derecho transaccional. Casos y controversias*, México, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 2016.

A diferencia de las Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, en este caso el Tribunal Constitucional fue contundente en señalar que la libertad configurativa del legislador está limitada al marco constitucional desarrollado sobre el derecho a decidir interrumpir un embarazo o continuarlo.

El balance final es positivo, puesto que efectos de la sentencia expulsaron del orden jurídico el artículo del Código Penal para el estado de Coahuila que establecía las penas para el delito de aborto e hicieron extensiva la inconstitucionalidad al plazo para el aborto por violación, que guardaba una redacción prácticamente igual a la de la legislación de Chiapas abordada en el Amparo en Revisión 438/2020. De forma que, en la actualidad, las autoridades se encuentran prohibidas por la constitución de aplicar el tipo penal de aborto.

E. Reflexiones finales

Sin duda alguna, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido una constante evolución en la protección y desarrollo del contenido de los derechos reproductivos, en específico, del derecho al aborto. Esta evolución se ha logrado dar, en gran parte, por los cuestionamientos estratégicos que organizaciones de la sociedad civil y órganos públicos han presentado en sede judicial.

El Tribunal Constitucional ha cambiado, en veinte años de resoluciones, la mirada bajo la que analiza el aborto: desde el aborto por alteraciones genéticas como una situación de excepción y la despenalización del aborto como una libertad configurativa de quienes legislan, hasta la declaración de que la prohibición completa del aborto es inconstitucional, pasando por el reconocimiento del aborto como un servicio de atención de salud y de la negación de esta práctica como una violación a derechos humanos que debe ser reparada integralmente. Las sentencias emitidas por el máximo tribunal han trascendido su alcance en sede judicial, expresándose incluso en política pública.³⁶

Las resoluciones del último año se han presentado además en un momento en el que se antoja complejo un escenario en el que puedan revertirse a partir de esfuerzos de grupos contrarios a los derechos reproductivos de mujeres y personas gestantes, puesto que se han emitido posteriormente a la reforma por y para el Poder Judicial de la Federación, que busca transitar a un sistema de precedentes.

Sin embargo, quedan aspectos por profundizar en términos del derecho a decidir desarrollado por la Corte en la última acción de inconstitucionalidad analizada. Por ejemplo, ¿abarca este derecho la decisión sobre dónde y cómo abortar o parir? ¿la exigencia de regulación no penal de técnicas de reproducción asistida? Tenemos en México aún bastante undécima época para averiguarlo.

³⁶ Véase Secretaría de Salud, Programa de Atención Específico para la Salud Sexual y Reproductiva 2020-2024, Disponible en < https://drive.google.com/file/d/1iEfpOX-zJ4vyBuKmQQdC5Q_Ks4uxTtGo/view > [Consultado el 08 de abril de 2022]

Bibliografía

- COLECTIVO CHUHCÁN et al. *Informe Alternativo ante el Comité de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad*. 2019.
- COOK, Rebecca J. et al. (coords.). *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, México, Fondo de Cultura Económica, primera edición en español, 2016.
- CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.
- DISABILITY RIGHTS INTERNATIONAL Y COLECTIVO Chuhcán. *Abuso y negación de derechos sexuales y reproductivos a mujeres y niñas con discapacidad en México*. 2014.
- GIRE. *Constitucionalidad de la ley sobre aborto en la Ciudad de México*. 2009.
- GIRE. *El camino hacia la justicia reproductiva: una década de avances y pendientes*. México, 2021
- GIRE. *La pieza faltante. Justicia reproductiva en México*. 2018.
- GIRE. *Violencia sin interrupción*. México. 2017.
- GOBIERNO DE LA CIUDAD DE MÉXICO. *Sistema de Información de Interrupción Legal del Embarazo. Información preliminar*, 2022.
- LAMAS, Marta. *La interrupción legal del embarazo. El caso de la Ciudad de México*. México. FCE, UNAM, CIEG. 2017.
- MEDINA MORA F. Alejandra et al. *Derechos Humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*. México. Porrúa. 2015.
- NACIONES UNIDAS, Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Observación General Núm. 3 (2016) sobre las niñas y mujeres con discapacidad*. 2016.
- PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Acción de Inconstitucionalidad 10/2000*.
- PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007*.
- PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017*.
- PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Amparo en Revisión 1388/2015.

- SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Amparo en Revisión 601/2017.*
- SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Amparo en Revisión 1170/2017.*
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Centro de Estudios Constitucionales. *Cuadernos de jurisprudencia Núm. 5 Derechos de las personas con discapacidad.* 2020.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Dirección General de Derechos Humanos. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género.* México. 2020.

TERCERA PARTE

Sin dejar a nadie atrás,
sin dejar a nadie fuera: El
ejercicio de los derechos
sexuales y reproductivos
en grupos más excluidos



UNA APROXIMACIÓN AL MODELO DE AUTONOMÍA CON APOYOS PARA LA TOMA DE DECISIONES EN SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Natalia Acevedo Guerrero*

Sumario

A. Introducción. B. Estándares de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la anticoncepción no consentida en personas con discapacidad. C. La esterilización en personas con discapacidad en las normativas nacionales. D. El modelo de la toma de decisiones con apoyos para la salud sexual y reproductiva. E. Conclusiones.

A. Introducción

La anticoncepción forzada en personas con discapacidad no es un fenómeno nuevo. La historia ha estado marcada por políticas y normas que han permitido e impulsado procedimientos de anticoncepción no consentida en personas con discapacidad, bajo el argumento del “bienestar social” “el mejoramiento de la raza” y su propia “protección”, entre otras¹. Durante la eugenesia, los jueces asumieron posturas científicas que entendían que la falta de inteligencia y los comportamientos criminales y socialmente reprobables eran hereditarios, por lo que había que evitarlos². En 1927, la Corte Suprema de Estados Unidos autorizó la esterilización de Carry Buck considerada con un coeficiente intelectual bajo, afirmando que “Es mejor para todo el mundo si, en lugar de esperar a ejecutar la descendencia degenerada para el crimen o dejarlos morir de hambre por su imbecilidad, la sociedad puede evitar que aquellos que son manifiestamente impropios de continuar su especie (...) Tres generaciones de imbéciles son suficientes”³.

Las ideas eugenésicas fueron gestadas y recibidas en un contexto de crisis económica y problemas sociales y fueron entendidas como la explicación de las diferentes ansiedades sociales y la “falta de progreso” de la sociedad en la primera mitad del siglo XX⁴. Asimismo, estos argumentos se usaron para justificar la institucionalización forzosa y las medidas de esterilización contra personas con “bajo coeficiente intelectual”, quienes generalmente eran personas pobres, migrantes, personas que ejercían la prostitución, mujeres indígenas, afrodescendientes, entre

* Abogada de la Universidad de los Andes, con Maestría en Derecho -LLM- de la Universidad de McGill, 2015 y Maestría en Bioética de la Universidad de Pittsburgh, 2021 como becaria Fulbright del programa “Pasaporte a la Ciencia”. Consultora de la Iniciativa de Salud y Derechos Humanos del Instituto O’Neill para la Salud Global y el Derecho de la Universidad de Georgetown, Estados Unidos.

¹ Naciones Unidas, Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, “La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva de las niñas y las jóvenes con discapacidad”, A/72/133, 14 de julio de 2017.

² Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, *Buck v Bell*, 274 US 200 (1927) y *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

³ Estados Unidos, Corte Suprema de Justicia, *Buck v Bell*, 274 US 200 (1927).

⁴ Acevedo, Guerrero, Natalia, “The medical discourse and the sterilization of people with disabilities in the United States, Canada and Colombia: From eugenics to the present”, Disertación de la Maestría en Derecho LLM, McGill University, 2015. Disponible en línea: <<https://escholarship.mcgill.ca/concern/theses/pr76f630z?locale=en>>.

otras poblaciones socialmente excluidas⁵. Después de la Segunda Guerra Mundial y los procedimientos de esterilización y eutanasia no consentida realizados en el marco del Holocausto, los defensores de la eugenesia cambiaron el discurso y reemplazaron las ansiedades hereditarias por las preocupaciones en torno a la “buena maternidad” para argumentar que algunas personas no estaban en condiciones de ser madres o padres⁶. Así, las medidas de esterilización forzada por parte de algunos países persistieron hasta la década de 1970.⁷

En este contexto, este artículo plantea los contrastes entre el marco legal del derecho internacional de los derechos humanos y las normativas nacionales que siguen permitiendo la esterilización y otros métodos anticonceptivos no consentidas a personas con discapacidad bajo el modelo de la excepcionalidad. Además, este texto analiza el modelo de la toma de decisión con apoyos propuesto para la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) que busca modificar el antiguo modelo que sustituía la voluntad y la capacidad legal de las personas con discapacidad. Este modelo busca que los estados y los sistemas de salud provean los apoyos, ajustes razonables y salvaguardias que requieran las personas con discapacidad, en diferente medida e intensidad para tomar decisiones sobre su salud, incluyendo su salud sexual y reproductiva. En específico, se presenta una aproximación de cómo puede implementarse el modelo de toma de decisiones en procedimientos de salud sexual y reproductiva.

B. Estándares de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la anticoncepción no consentida en personas con discapacidad

En materia de discapacidad, el derecho internacional de los derechos humanos ha transitado del modelo médico de la discapacidad hacia el modelo social que afirma que esta es otra forma de opresión social, como el racismo, el sexismo y la homofobia, que debe abordarse mediante la inclusión de la diversidad funcional y la lucha contra la discriminación⁸. Este modelo supera el entendimiento de la discapacidad en términos de un diagnóstico clínico que debe ser “curado” o “superado” y se enfoca en las barreras que enfrentan las personas con discapacidad para ser incluidas en la sociedad.

Aunque persistan los debates filosóficos sobre la mejor manera de entender la discapacidad⁹, el modelo social ha sido adoptado por la CDPD,¹⁰ que define a las personas con discapacidad como

⁵ *Eugenics Archives*, University of Alberta, 2010. Disponible en línea: < <http://eugenicsarchive.ca> >. [Consultado el 10 de agosto de 2021]

⁶ Kline, Wendy, *Building a Better Race: Gender, Sexuality, and Eugenics from the Turn of the Century to the Baby Boom*, Berkeley, University of California Press, 2001, p.100.

⁷ Reilly, Philip R, *The Surgical Solution. A History of Involuntary Sterilization in the United States*, Baltimore, The Johns University Press, 1991, p, 148.

⁸ Davis, Lennard J. (editor), *Beginning with Disability: A Primer*, Nueva York, Routledge, 2017, p 32.

⁹ Tom Shakespeare es el exponente más importante de una revisión crítica sobre el modelo social de discapacidad. Propone un modelo material que reconoce la importancia del impedimento y la experiencia de sufrimiento que la discapacidad puede traer a las personas.

¹⁰ Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2006. Disponible en: <<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>>. [Consultado el 8 de agosto de 2021].

“aquellas que tienen impedimentos físicos, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que en interacción con varias barreras pueden dificultar su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás”¹¹. De acuerdo con el modelo social, argumenta que el enfoque ya no debe estar en el déficit individual y debe trascender a una comprensión social donde todos los esfuerzos deben centrarse en la eliminación de barreras, la solicitud de ajustes razonables y la comprensión de la discapacidad como una diversidad humana¹².

La CDPD explícitamente reconoce el derecho de las personas con discapacidad a ser reconocidas y protegidas en igualdad de condiciones ante la ley y el reconocimiento de su agencia y capacidad legal que incluye el derecho a ejercer derechos y deberes¹³. Para lograr esto, la Convención insta a los Estados a adoptar medidas que apoyen la toma de decisiones de las personas con discapacidad, previendo salvaguardas para prevenir abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas¹⁴. Específicamente, la Convención establece la necesidad de generar apoyos para que las personas con discapacidad puedan ejercer actos jurídicos, como acceder a la propiedad y manejar sus finanzas¹⁵. El derecho a la capacidad legal y a la inclusión social tiene consecuencias directas en el plano de la salud. Específicamente, la forma en la que se entiende el derecho a tener capacidad legal, a tener derechos y deberes y a poder tomar decisiones jurídicamente relevantes implica un cambio de paradigma en la toma de decisiones en salud sexual y reproductiva.

El Sistema de Naciones Unidas se ha referido expresamente a la práctica de anticoncepción no consentida en personas con discapacidad. La CDPD reconoce la discriminación interseccional que sufren las mujeres con discapacidad, reconoce sus derechos sexuales y reproductivos, incluido su derecho al acceso a la información y educación sexual integral y su derecho a decidir sobre su reproducción¹⁶. Teniendo en cuenta el contexto histórico de esterilización forzada de personas con discapacidad, la CDPD específicamente establece su derecho a “conservar su fertilidad en igualdad de condiciones con los demás”¹⁷.

El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité de DPC) y la Relatoría Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad han destacado específicamente su preocupación por las prácticas persistentes de anticoncepción forzada en personas con discapacidad intelectual y psicosocial.¹⁸ El Comité ha expresado que las mujeres con discapacidad

¹¹ *Idem*.

¹² Singer, Judy, *Neurodiversity. The birth of an idea*, Kindle version, 2016.

¹³ Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2006. Disponible en: «<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>». [Consultado el 8 de agosto de 2021].

¹⁴ *Ibidem*, artículo 12.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Ibidem*, artículos 9 y 13.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Naciones Unidas, Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, “La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva de las niñas y las jóvenes con discapacidad”, A/72/133, 14 de julio de 2017, párrafo 62.

enfrentan una negación directa e indirecta de adaptaciones, los estereotipos y las formas de discriminación estructural o sistémica, y reconoce que son el resultado de normas y tradiciones sociales que normalizan los estereotipos sobre su papel en la sociedad¹⁹.

Con respecto a la anticoncepción forzada, el Comité ha establecido que “[l]a anticoncepción y la esterilización forzada también pueden dar lugar a la violencia sexual sin la consecuencia del embarazo, especialmente en el caso de las mujeres con discapacidad psicosocial o intelectual, las mujeres internadas en centros psiquiátricos y otras instituciones y las mujeres privadas de libertad”²⁰. De manera similar, la Relatoría Especial ha alentado a los Estados a adaptar sus servicios de salud sexual y reproductiva, garantizando las condiciones de accesibilidad, privacidad y el consentimiento de las personas con discapacidad, evitando cualquier tipo de tratamiento involuntario que se constituye en un trato de tortura o trato cruel, inhumano y degradante²¹.

El Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha resaltado que la anticoncepción forzada en personas con discapacidad obedece a ideas relacionadas con su falta de “aptitud” para ejercer la maternidad, “la necesidad médica”, las “buenas intenciones” y el “interés superior de la persona afectada”²². En específico, el Relator se ha referido a la doctrina de la necesidad médica que “(...) sigue obstaculizando la protección contra los maltratos arbitrarios en entornos de atención de la salud. Es, por lo tanto, importante aclarar que el tratamiento proporcionado de forma contraria a las disposiciones de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ya sea mediante coacción o discriminación, no puede ser legítimo ni justificarse con arreglo a la doctrina de necesidad médica”²³. Así, el Relator ha enfatizado que las prácticas de esterilización no consentida constituyen una forma clara de violencia y una forma de control social, violando así su derecho a no ser sometido a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes²⁴.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos también se ha pronunciado en contra de los procedimientos de esterilización y cualquier otro medio de anticoncepción no consentida. En el caso *I.V. vs. Bolivia* Corte, la Interamericana concluyó que la esterilización no consentida practicada a la señora I.V. por un hospital público violó su derecho a la dignidad, la integridad personal, a la libertad personal, a la vida privada y familiar, a fundar una familia y de acceso

¹⁹ Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, CRPD/C/GC/3, párrafo 17 y 38.

²⁰ *Ibidem*, párrafo 45.

²¹ Naciones Unidas, Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, “La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva de las niñas y las jóvenes con discapacidad”, A/72/133, 14 de julio de 2017, párrafo 62.

²² Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párrafo 32 y 48.

²³ *Ibidem*, párrafo 35.

²⁴ *Ibidem*, párrafo 48.

a la información²⁵. En esta línea, reconoció que el consentimiento informado del paciente en contextos de prácticas médicas es una condición esencial para garantizar el derecho a la autonomía, la libertad y la dignidad de las personas. Este consentimiento necesariamente debe ser de carácter previo, libre, pleno e informado²⁶. De igual modo, la Corte reconoció que la esterilización no consentida constituye una forma de violencia y discriminación en el contexto de estereotipos de género que incluyen ideas asociadas al ejercicio de la maternidad²⁷.

Entonces, tanto el Sistema de Naciones Unidas como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos han rechazado cualquier medida de anticoncepción forzada o no consentida, vinculando la necesidad de eliminar los estereotipos de género y de discapacidad que siguen presentes en la práctica clínica.

C. La esterilización en personas con discapacidad en las normativas nacionales

Aunque la esterilización no consentida en personas con discapacidad se ha entendido como violación clara y contundente de los derechos sexuales y reproductivos, la autonomía y dignidad, el derecho a la capacidad jurídica, el derecho a no ser discriminado y a no ser sujeto de tortura o de tratos crueles, inhumanos y degradantes, esta práctica se mantiene y ha sido avalada por el marco legal de diferentes países. Usualmente, esta práctica ha sido justificada “cuando la persona no pueda consentir” y esté bajo una medida de curatela o interdicción legal. De este modo, se siguen permitiendo procedimientos bajo el concepto de autorización de un tutor o curador o bajo la figura de autorización judicial. En países como Chile existen normas que aún permiten explícitamente la esterilización de las personas con discapacidad bajo el consentimiento de sus padres o un juez, siempre que estén bajo medida de interdicción judicial²⁸. En Argentina la Ley 26.130 de 2006 permitía el procedimiento de esterilización sin consentimiento a las personas con discapacidad con sentencia de interdicción que cuenten con autorización de un juez²⁹. No obstante, el 9 de diciembre de 2021 el Congreso de la Nación expidió la Ley N° 27.655 que modificó la Ley N° 26.130 y prohibió expresamente la esterilización sin consentimiento a personas con discapacidad. Así, el artículo 3 de la Ley establece que:

Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir información sobre las prácticas reguladas en esta ley en medios y formatos accesibles y a solicitar sistemas de apoyo y ajustes razonables que les permitan consentir en forma autónoma. Deben adoptarse salvaguardas para evitar la sustitución en la toma de decisiones³⁰.

²⁵ Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

²⁶ *Ibidem*, párrafo 159.

²⁷ *Ibidem*, párrafo 186.

²⁸ En Chile la Ley núm. 20584 de 2021 posibilita la esterilización de personas con discapacidad en los casos en los que se encuentren bajo medida de interdicción judicial y con aprobación de un comité de ética.

²⁹ Congreso de la Nación Argentina, Ley N° 26.130 de 2006, disponible en: <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26130-2006-119260#:~:text=Resumen%3A,SERVICIOS%20DEL%20SISTEMA%20DE%20SALUD>>.

³⁰ Congreso de la Nación Argentina, Ley N° 27.655 de 2021, disponible en: <<https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27655-358636/normas-modifican>>.

La jurisprudencia de países como Estados Unidos, Colombia y España se ha basado en conceptos médicos como los diagnósticos, escalas, puntajes de coeficiente intelectual y otra evidencia médica, como hechos relevantes y evidencia neutral y objetiva para definir los casos de esterilización³¹. Los jueces también han incluido argumentos médicos para definir la sexualidad y las habilidades reproductivas y maternas de las personas con discapacidad³². En Colombia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha afirmado que uno de los requisitos para autorizar judicialmente una esterilización en una persona con discapacidad sujeta a medida de interdicción es la certeza de que ésta “no pudiese decidir en el futuro”. Para probar este estándar, los jueces se han apoyado en dictámenes médicos, historias clínicas y diagnósticos³³. Si bien en 2017 la Corte Constitucional Colombiana cambió el rumbo de la jurisprudencia³⁴ y mediante la Resolución 1904 de 2017 el Ministerio de Salud prohibió los procedimientos de esterilización no consentida en personas con discapacidad, persiste la alternativa de autorización judicial, incluso en menores de edad³⁵.

Por su parte, en países como México, Perú, Guatemala y Chile las esterilizaciones en personas con discapacidad ocurren, sobre todo, en contextos de institucionalización. Recientemente, el Comité de DPD manifestó su preocupación por este fenómeno. En las observaciones finales al Estado de México en 2014, el Comité reafirmó una tendencia de esterilización forzada en instituciones de personas con discapacidad³⁶. De forma similar, el mismo Comité afirmó que en Guatemala se observa una tendencia de esterilización, abortos y otros métodos anticonceptivos, sin consentimiento a mujeres y niñas³⁷.

Ahora bien, en los argumentos usados para justificar o autorizar la esterilización o anticoncepción se pueden resaltar por lo menos tres paradigmas frecuentes en las discusiones y en las decisiones judiciales de países como Canadá, Estados Unidos, Colombia, España, Argentina y México.

³¹ Acevedo, Guerrero, Natalia, “The medical discourse and the sterilization of people with disabilities in the United States, Canada and Colombia: From eugenics to the present”, *Disertación de la Maestría en Derecho LLM*, McGill University, 2015. Disponible en línea: <<https://escholarship.mcgill.ca/concern/theses/pr76f630z?locale=en>>.

³² *Ibidem*, PP. 103-140.

³³ Colombia. Corte Constitucional, sentencias T-850 de 2002, T-248 de 2003, T-492 de 2006, T-1019 de 2006, T-650^a de 2007, T-063 de 2021, T-740 de 2014, C-131 de 2014, C-182 de 2016, T-303 de 2016, T-573 de 2016, T-690 de 2016, T-665 de 2017.

³⁴ Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-573 de 2016, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-573-16.htm>

³⁵ Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 1904 de 2017, disponible en: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minsaludps_1904_2017.htm

³⁶ Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de México, CRPD/C/MEX/CO/1, 27 de octubre de 2014, párrafo 37.

³⁷ Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Guatemala, CRPD/C/GTM/CO/1, 30 de septiembre de 2016, párrafo, 49-50.

I. Paradigmas más frecuentes para autorizar anticoncepción no consentida en personas con discapacidad

1. El paradigma de la protección

Por un lado, el *paradigma de la protección* entiende que la esterilización es una medida que protege a las personas con discapacidad de situaciones de vulneración y violencia. La Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado que la esterilización suele entenderse como “una medida de precaución” que protege a la población de mujeres y niñas con discapacidad de posibles violencias y también les mejora su calidad de vida, ya que les quita la posible “carga de un embarazo”³⁸.

La Corte Constitucional Colombiana ha estudiado casos en los que las madres, padres y/o cuidadoras solicitan la esterilización de sus hijas para prevenir situaciones de violencia sexual. De igual modo, la misma Corte ha autorizado procedimientos de ligadura de trompas en mujeres con discapacidad bajo el lema de protegerles ante la violencia sexual.³⁹ En el 2012 la Corte estudió un caso donde un padre justificó la solicitud judicial de esterilización de su hija con discapacidad intelectual afirmando que “(...) se escapa de la casa y no sabe medir las consecuencias, ya que personas u hombres inescrupulosos pueden abusar, aprovechándose de su situación y le pueden transmitir cualquier enfermedad de transmisión sexual (sic)”⁴⁰. Aunque en este caso la Corte no autorizó el procedimiento y ordenó brindarle información accesible y educación en derechos sexuales y reproductivos a la joven, este caso muestra la persistencia del argumento.

Aunque la violencia sexual en mujeres con discapacidad es un fenómeno común y persistente, la esterilización no puede entenderse como un factor protector⁴¹. Por el contrario, puede convertirse en un factor de riesgo, sobre todo en personas con discapacidad que requieren un nivel de apoyos alto. Ahora bien, es necesario centrar la atención en la educación integral para la sexualidad, el acceso a la información sobre derechos sexuales y reproductivos y la accesibilidad de los programas de prevención y judicialización de la violencia sexual en personas con discapacidad, ya que estos sí pueden ser factores relevantes para la prevención de dichas violencias. Persisten barreras en la detección, denuncia y acceso a la justicia como la falta de accesibilidad en los mecanismos de prevención de la violencia y la denuncia, la poca credibilidad que se le da a los testimonios de las personas con discapacidad, los conflictos de interés cuando los agresores son

³⁸ Naciones Unidas, Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, “La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva de las niñas y las jóvenes con discapacidad”, A/72/133, 14 de julio de 2017, párrafo 30.

³⁹ Colombia. Corte Constitucional, sentencia T-248 de 2003, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-248-03.htm>

⁴⁰ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-063 de 2012, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-063-12.htm>

⁴¹ Naciones Unidas, Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, “La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva de las niñas y las jóvenes con discapacidad”, A/72/133, 14 de julio de 2017.

cuidadores de la persona con discapacidad y la culpabilidad, entre otros⁴². Entonces, no solo la esterilización no protege a las personas en contra de la violencia sexual, sino que persisten las barreras en los sistemas de educación, prevención y judicialización.

2. Paradigma de la carga del cuidado

En esta misma línea, el *paradigma de la carga del cuidado* entiende que la esterilización puede ser un mecanismo para “alivianar” la carga del cuidado que llevan en su mayoría las cuidadoras y madres de personas con discapacidad. En particular, se ha entendido que la esterilización u otros métodos anticonceptivos pueden hacer las labores de higiene, cuidado menstrual y las tareas de anticoncepción más sencillas. Por ejemplo, son comunes las prácticas de histerectomía, los tratamientos hormonales para detener e inhibir la pubertad, el crecimiento y el aumento de peso, con el propósito de facilitar los cuidados hacia las personas con discapacidad⁴³. Además, suele ser común que, si una familia busca anticonceptivos para sus hijas con discapacidad, los médicos o lugares de cuidado sugieran métodos permanentes y no los que necesariamente se le ofrecerían a una persona sin discapacidad de la misma edad, bajo el argumento de la facilidad y practicidad⁴⁴.

En 1986, la Corte Suprema de Canadá decidió *Eve, Re*, caso en el que examinó la solicitud de esterilización hecha por la madre de una mujer de 24 años con “extrema afasia expresiva”. La madre de la mujer consideró que los deberes higiénicos de la menstruación y la experiencia de la maternidad causarían estrés a su hija y el cuidado se volvería más difícil⁴⁵. La Corte Suprema determinó que la posibilidad de que los padres decidan algunas cosas por sus hijos debe usarse para proteger el mejor interés y bienestar de la persona con discapacidad, y no los de los tutores o los padres⁴⁶. De este modo, limitó la posibilidad del consentimiento de los tutores en materia de anticoncepción a aquellos casos donde la vida, salud o integridad de las personas con discapacidad estuviese en riesgo, eliminando la carga del cuidado como un argumento suficiente para autorizar la práctica⁴⁷.

Con un argumento similar, la Corte Constitucional Colombiana autorizó la esterilización de Manuela, una adolescente con discapacidad cognitiva cuya madre describe que es de “(...) muy difícil manejo y que además debe encerrarla porque es asediada por los hombres; motivo

⁴² Naciones Unidas, Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, “La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva de las niñas y las jóvenes con discapacidad”, A/72/133, 14 de julio de 2017, párrafo 36-46.

⁴³ *Ibid*, párrafo 32. También ver: L. Lin, J. Lin, C. M. Chu y L. Chen “Caregiver attitudes to gynaecological health of women with intellectual disability”, *Journal of Intellectual and Developmental Disability*, vol. 36, núm. 3, septiembre de 2011.

⁴⁴ McCarthy, M. “‘I have the jab so I can’t be blamed for getting pregnant’: contraception and women with learning disabilities”, *Women’s Studies International Forum*, vol. 32, núm. 3, mayo y junio de 2009.

⁴⁵ Canadá. Corte Suprema de Justicia, *E. (Mrs.) v. Eve* (1986), 2 S.C.R. 388, 1986 CarswellPEI 22.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 434.

⁴⁷ *Idem*.

por el cual solicitó al ginecólogo de la EPS que le ordenara la ligadura de trompas para evitar un embarazo no deseado. (...) su calidad de vida ha cambiado pues es madre cabeza de familia y debe trabajar para sostener su hogar, lo cual le implica dejar sola a su hija durante largas jornadas”⁴⁸.

En España, en el 2020 el Congreso prohibió expresamente la esterilización de personas con discapacidad en el Código Penal, después de que en 1994 el Tribunal Constitucional de España había autorizado la esterilización de personas con discapacidad bajo el modelo de autorización de un juez⁴⁹. Sin embargo, el Tribunal Constitucional reflexionó sobre la carga que la violencia sexual, el cuidado de las hijas con discapacidad y un posible embarazo puede implicar para los padres y cuidadores. En palabras de la Corte:

La atenta vigilancia de los padres que propugna el Juez como alternativa eficaz para evitar un embarazo no deseado es, por de pronto, una carga que en ciertos momentos puede ser irrazonable, además de que no puede asegurar en medida aceptable que produzca el efecto perseguido. Ni, por otra parte, el hecho de que la esterilización aporte tranquilidad a los padres, o hasta, si se quiere, comodidad, puede conceptuarse como un propósito no noble⁵⁰.

Estos casos dejan ver cómo las altas cargas de cuidado que en ocasiones enfrentan los padres, madres o cuidadores de las personas con discapacidad se han considerado como un argumento a favor de la esterilización. Las sobrecargas de cuidado que obedecen a la falta de políticas y apoyos estatales para el cuidado, la falta de garantía de apoyos y ajustes razonables, la exclusión educativa, la falta de acciones de protección social y la exclusión laboral y cultural, entre otras, se terminan convirtiendo en una justificación de la práctica de esterilización. De este modo, intentar sopesar la ausencia de sistemas eficaces de cuidado y de medidas que garanticen los derechos de las personas con discapacidad con una restricción extrema de los derechos reproductivos resulta desproporcionado y viola gravemente la dignidad de las personas con discapacidad y su derecho a la igualdad. En cambio, se requiere que los Estados tomen medidas urgentes que garanticen la inclusión social de las personas con discapacidad, incluyendo su derecho a ser independientes y ser incluidos en la comunidad, tal como lo establece el artículo 19 de la CDPD.

3. El paradigma del valor social y el capacitismo

Por último, es necesario referirse a aquellas motivaciones para esterilizar a las personas con discapacidad basadas en que sus vidas tienen menos valor y que no deben ejercer la maternidad

⁴⁸ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-303 de 2016, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-303-16.htm>

⁴⁹ España. Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-16345>

⁵⁰ España. Tribunal Constitucional de España, sentencia 215/1994, de 14 de julio (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1994).

por el bienestar de la sociedad. Estas ideas están enmarcadas en el capacitismo que puede definirse como “un sistema de valores que considera que determinadas características típicas del cuerpo y la mente son fundamentales para vivir una vida que merezca la pena ser vivida”⁵¹.

En un informe realizado en Argentina en 2020, algunos testimonios de mujeres con discapacidad que habían recibido sugerencia de esterilización por parte de sus médicos dan muestra de estas ideas. Una mujer relató que el médico le dijo: “¿Segura querés tener hijos? Mirá si sale como vos”⁵². Otra mujer afirmó “El médico de mi primer embarazo me dijo que era una inconsciente, que debía ir a cesárea sí o sí por discapacidad y no volver a quedar embarazada”⁵³.

En otros casos, la esterilización viene acompañada del entendimiento de las personas con discapacidad como una “carga social”, por lo que su reproducción implica una carga más que deberá asumir el Estado y la sociedad⁵⁴. Las instituciones médicas y jurídicas siguen reproduciendo estereotipos e ideas capacitistas sobre lo que implica vivir con una discapacidad. La Relatoría especial sobre los derechos de las personas con discapacidad advirtió la persistencia de estas ideas en la práctica médica, lo que incluye ideas generalizadas sobre la “mala calidad de vida” de las personas con discapacidad y su “incapacidad” para tomar decisiones sobre su propia salud. Así, la Relatoría advirtió que:

La hegemonía del capacitismo en la sociedad ha perpetuado la idea de que una vida con discapacidad no merece la pena ser vivida. Existe la creencia arraigada, imprimida con miedo, estigma e ignorancia, de que las personas con discapacidad no pueden tener una vida plena, que su vida es incompleta y desafortunada, y que no pueden disfrutar de una buena calidad de vida.⁵⁵

Siguiendo esta idea, es frecuente que en las discusiones sobre esterilización en personas con discapacidad se resalten los estereotipos sobre cómo es vivir con una discapacidad en una cultura que entiende la discapacidad como algo intrínsecamente negativo, como una carga y una tragedia en la vida de las personas. Incluso este estigma permea a las mismas personas con discapacidad que pueden enfrentar situaciones de auto estigma, respondiendo a la violencia social, el rechazo y la segregación generalizada⁵⁶. Así, la deshumanización de las personas

⁵¹ Naciones Unidas, Reportera especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, “Informe temático sobre los efectos del capacitismo en la práctica médica y científica”, A/HRC/43/41, 17 de diciembre de 2019, párrafo 73.

⁵² Flier, David, “Que nadie decida por ellas: paremos las esterilizaciones forzadas de mujeres con discapacidad”, *Redacción Periodismo Humano*, 19 de octubre de 2020. Disponible en línea «<https://www.redaccion.com.ar/que-nadie-decida-por-ellas-paremos-las-esterilizaciones-forzadas-de-mujeres-con-discapacidad/>». [Consultado el 5 de septiembre de 2021].

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Troya, María Sosa, “Me ligaron las trompas con 18 años. Mi decisión no fue libre”, *El País*, 15 de octubre de 2020. Disponible en línea «<https://elpais.com/sociedad/2020-10-15/me-ligaron-las-trompas-con-18-anos-mi-decision-no-fue-libre.html>» . [Consultado el 5 de septiembre de 2021].

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo 9.

⁵⁶ *Ibidem*, párrafo 14.

con discapacidad y los mensajes sociales que siguen reproduciendo el poco valor que tienen para la sociedad motivan decisiones reproductivas que niegan la posibilidad de que exciten más personas con discapacidad.

D. El modelo de la toma de decisiones con apoyos para la salud sexual y reproductiva

Ahora bien, es necesario plantear una alternativa a los procedimientos de anticoncepción no consentida desde el modelo de la toma de decisiones con apoyos, enmarcado en el derecho a la capacidad legal, la autonomía y la determinación, el derecho a ser incluido en la comunidad y los derechos sexuales y reproductivos consignados en la CDPD y otros tratados de derechos humanos.

El concepto de toma de decisión con apoyos se propone como una alternativa a la sustitución de la voluntad para abordar la toma de decisiones de las personas con discapacidad. El Comité de la CDPD explica que el modelo de apoyos “(...) comprende apoyos y ajustes informales y formales, de diferente tipo e intensidad”⁵⁷. Este modelo puede incluir la adopción de estándares de accesibilidad, ajustes razonables y apoyos para la comunicación y la comprensión de información. Nandini Devi describe este modelo como:

un proceso en el que una tercera parte (ejemplo, el apoyo de una persona, un par o un grupo de apoyo) asiste o ayuda a una persona con discapacidad intelectual a tomar decisiones que tienen implicaciones legales por sí mismas, sin sustituir sus decisiones. El apoyo le permite a la persona con discapacidad ejercer su capacidad legal en el mayor nivel posible, manteniendo sus deseos y preferencias⁵⁸.

Los apoyos pueden ser herramientas, recursos, tecnologías y/o personas que pueden apoyar y/o soportar a una persona con discapacidad a expresar o comunicar su voluntad o tomar alguna decisión⁵⁹. Las personas que surten como apoyos usualmente están dentro del círculo de confianza de la persona con discapacidad, como sus pares, familiares, cuidadores y/o profesionales interdisciplinarios que pueden conformar “juntas” para abordar los deseos de la persona con discapacidad e interpretar sus preferencias y voluntad⁶⁰.

⁵⁷ Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general N° 1, 19 de mayo de 2014, CRPD/C/GC/1 para 17.

⁵⁸ Devi, Nandini, “Supported decision-making and personal autonomy for persons with intellectual disabilities: article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 41, n.º 4, 2013. La cita original dice: “a process by which a third party (e.g., a support person or a peer support group) assists or helps a person with the intellectual disability to make legally enforceable decisions by themselves, without substituting their decision for the person supported. The support person enables the individual to exercise his or her legal capacity to the greatest extent possible, by maintaining the wishes and preferences of the individual”.

⁵⁹ Naciones Unidas, Reportera especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, “El acceso de las personas con discapacidad a apoyo”, A/HRC/34/58, 20 de diciembre de 2016, párrafo 14.

⁶⁰ Nina A. Kohn, Jeremy A. Blumenthal and Amy T. Campbell, “Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship?”, *PENN STATE LAW REVIEW*, 117, no 4, (2013): 111-1257, p. 122-123.

De igual modo, los ajustes razonables, entendidos como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas para garantizar a la persona con discapacidad el pleno ejercicio de sus derechos, pueden ser entendidos como complementarios a los apoyos en un modelo de toma de decisiones con apoyos⁶¹. De esta forma, este modelo reemplaza la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad, y en cambio, entiende que las personas, en ocasiones, necesitan apoyo para tomar ciertas decisiones sobre sus vidas. Esto implica un entendimiento relacional de la autonomía.

El concepto de autonomía relacional en contextos de salud reconoce que las personas toman decisiones en un entorno en el que sus seres queridos, la sociedad, el contexto histórico y las condiciones sociales, culturales y económicas juegan un papel importante⁶². La autonomía para tomar decisiones en salud no se puede limitar a un entendimiento estrecho del individuo y su racionalidad, sino que debe entenderse en línea con un contexto y las relaciones que desarrollan las personas, desde su interdependencia y sus relaciones familiares y sociales⁶³. Esto no implica desconocer el plano de la autonomía individual e impenetrable en la toma de decisiones en salud, sino que reconoce que ser autónomo no necesariamente implica tomar decisiones sin considerar los puntos de vista y opiniones de los demás y que los procesos de socialización también pueden determinar y ayudar a fortalecer el ejercicio de la autonomía⁶⁴. En este sentido, autores como Carl E. Schneider, Edward S. Dove, Susan E. Kelly han entendido que apoyarse en otros para tomar decisiones tiene un valor moral desde el concepto de solidaridad social⁶⁵. Apoyarse en otros para tomar decisiones puede forjar la colaboración y solidaridad, nutre la intimidad y, por lo tanto, ayuda a fortalecer la autonomía⁶⁶.

Asimismo, el Comité CDPD y la Relatoría Especial han entendido que el derecho a la autonomía individual e independencia personal consignado en el artículo 3 de la CDPD, reconoce que las personas pueden tomar sus propias decisiones, teniendo en cuenta la interdependencia de las experiencias humanas.⁶⁷ A su vez, este entendimiento de la autonomía con apoyos va de la mano con las premisas del movimiento de la vida independiente que ha defendido el derecho de las personas con discapacidad a vivir vidas autónomas y ser incluidas en la comunidad, a través de un sistema de apoyos que cuestiona el modelo de la “autosuficiencia” y reconoce que apoyarse en otros es parte de las relaciones humanas y comunitarias⁶⁸.

⁶¹ Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2006. Disponible en: <<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>>. [Consultado el 8 de agosto de 2021].

⁶² Dove, Edward S, Kelly, Susan E et al, “Beyond individualism: Is there a place for relational autonomy in clinical practice and research?”, *clinical Ethics*, 12 n° 3, 2017, pp.150–165, p.153.

⁶³ Álvarez, Silvina, “La autonomía personal y la autonomía relacional”, *Análisis Filosófico*, XXXV n.º 1, 2015, pp, 13- 26.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ Schneider, Carl E, *The Practice of Autonomy. Patients, Doctors, and Medical Decisions*, Nueva York, Oxford University Press, 1998, p. 166.

⁶⁶ *Idem*.

Con todo, queda claro que la alternativa al modelo que sustituye la voluntad y las voces de las personas con discapacidad es un modelo en el que las familias, cuidadores, profesionales de salud y funcionarios judiciales se entienden como apoyos para que las personas con discapacidad puedan expresar sus deseos y preferencias y puedan tomar decisiones informadas sobre sus propias vidas. Esto necesariamente implica entender y reconocer que las personas tienen derecho a tomar riesgos, lo que puede venir con errores y equivocaciones. Así lo reconoce, por ejemplo, la ley de capacidad legal de Colombia que afirma que “las personas tienen derecho a equivocarse, a tomar riesgos y cometer errores, siempre que éstos no sean contrarios a la constitución y las normas vigentes”⁶⁹. Igualmente, este modelo de toma de decisiones con apoyos reitera que las relaciones humanas y comunitarias se componen del apoyo mutuo, sin que esto implique perder la agencia y la voz frente a las decisiones propias. Ahora, es necesario entender cómo este modelo aplicaría en el contexto de los servicios de salud sexual y reproductiva.

Desde el sistema de salud y educativo se deben implementar todos los ajustes razonables y apoyos que requieran las personas con discapacidad para decidir sobre su sexualidad y su reproducción. Esto puede incluir acciones tendientes a brindar información y educación integral en sexualidad que sea accesible y aborde temas relacionados con el reconocimiento del cuerpo, la diversidad, la detección de factores de riesgo, la violencia sexual, la autoestima, entre otros. Se debe reconocer que muchas personas con discapacidad han estado excluidas del sistema educativo, lo que implica que en muchos casos no han recibido información o educación en materia de derechos sexuales y reproductivos⁷⁰. Por esto, antes de abordar decisiones tan trascendentales como la anticoncepción permanente, es necesario brindar información accesible en esta materia. Esto puede incluir la garantía de traducción a lengua de señas, formatos de lectura fácil, pictogramas, el uso de imágenes y material audiovisual que pueda facilitar la comprensión para algunas personas⁷¹.

Además, como un ajuste razonable, se debe pensar en la garantía de tiempos adicionales en la consulta o la toma del consentimiento informado. Las personas con discapacidad pueden requerir más tiempo para tomar una decisión. Esto, entendiendo que muchas de ellas no han tenido contacto previo con esta temática o requieren más tiempo para poder

⁶⁷ Naciones Unidas, Reportera especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, “El acceso de las personas con discapacidad a apoyo”, A/HRC/34/58, 20 de diciembre de 2016, párrafo 42.

⁶⁸ *Ibidem*, párrafo 26.

⁶⁹ Colombia. Congreso de la República, Ley 1996 de 2019 “Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad”, disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1996_2019.html

⁷⁰ Naciones Unidas, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, CRPD/C/GC/3

25 de noviembre de 2016, párrafos 40-41.

⁷¹ Ministerio de Salud de Colombia, “Orientaciones técnicas para la implementación del consentimiento informado para personas con discapacidad, en el marco de los derechos sexuales y derechos reproductivos”. Disponible en línea: «<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/orientaciones-tecnicas-consentimiento-pcd3.pdf>». [Consultado el 5 de septiembre de 2021].

expresar sus deseos o para tomar una decisión sobre su fertilidad. En este punto, es necesario entender que hay muchas formas en las que las personas expresan su voluntad. Esto puede incluir otras formas de comunicación que no necesariamente son verbales, como la expresión escrita o a través de imágenes, la vocalización de sonidos, los gestos y expresiones corporales que pueden significar aprobación, confort o desaprobación, la comunicación mediante dispositivos como celulares y computadores, entre otros. Para esto, los actores de los sistemas de salud son los que deben capacitar a su personal en la provisión de apoyos y ajustes razonables para personas con discapacidad⁷².

Un modelo de toma de decisiones con apoyos en salud sexual y reproductiva también debe garantizar el derecho a la intimidad y confidencialidad de las personas con discapacidad. Los apoyos que requieren las personas para expresar su voluntad no implican la violación de su confidencialidad y privacidad en los diferentes momentos de la prestación de servicios. Es por esto que el modelo de toma de decisiones con apoyos resalta que la persona con discapacidad, cuando pueda hacerlo, es quien debe determinar quién quiere que le apoye y para qué aspecto de su vida⁷³. Como la afirma la Relatoría especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, ante la ausencia de sistemas de apoyo adecuados, las familias se vuelven el único proveedor de apoyo, lo que puede afectar la autonomía de las personas con discapacidad, ya que “(...) no tienen ningún tipo de elección o control en cuanto a la asistencia que necesitan para realizar su proyecto de vida y suelen surgir problemas relacionados con la sobreprotección y los conflictos de intereses”⁷⁴. Considerando los contextos de violencia sexual que suelen vivir las personas con discapacidad, se deben prever mecanismos que protejan sus deseos e intereses⁷⁵.

Por último, es necesario preguntarse por aquellos escenarios en los que, tras haber usado los ajustes y apoyos para conocer la voluntad de las personas con discapacidad, no sea posible conocer sus deseos y preferencias para ciertos procedimientos en salud sexual y reproductiva. Para abordar este escenario se requiere tener en cuenta aspectos como la urgencia y necesidad terapéutica de los procedimientos. Este criterio debe tener en cuenta el bienestar y la salud de las personas con discapacidad, garantizando que la discusión sobre el mejor interés no pierda de vista su dignidad. De igual modo, para aquellos procedimientos en salud sexual y reproductiva que sí requieran una decisión urgente y necesaria, como lo pueden ser los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo u otros procedimientos diagnósticos o ginecológicos, algunos órdenes legales como el colombiano

⁷² *Ibidem*, pp. 14-16.

⁷³ Naciones Unidas, Reportera especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, “El acceso de las personas con discapacidad a apoyo”, A/HRC/34/58, 20 de diciembre de 2016, párrafo 55.

⁷⁴ *Ibidem*, párrafo 20.

⁷⁵ Colombia. Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 1904 de 2017, artículo 5.7, disponible en: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minsaludps_1904_2017.htm

han considerado el criterio de la “mejor interpretación de la voluntad de la persona con discapacidad”⁷⁶. Para esto, se podrán tener en cuenta aspectos como la trayectoria de vida, la historia, los conceptos de sus familiares y amigos y otros recursos que den cuenta que se busca conocer lo que la persona con discapacidad hubiera querido si pudiera expresar sus deseos frente a un procedimiento concreto⁷⁷.

E. Conclusiones

Con todo, este texto muestra que el fenómeno de la anticoncepción no consentida en personas con discapacidad ha sido ampliamente abordado por el derecho internacional y por las legislaciones y decisiones judiciales de diferentes países. Si bien la práctica ha sido rechazada en el plano del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las legislaciones internas siguen permitiendo y justificando esta práctica en personas con discapacidades psicosociales y/o intelectuales. Bajo el modelo de las “excepciones” y de la autorización de los curadores o autoridades judiciales, se sigue decidiendo sobre la sexualidad y la reproducción de las personas con discapacidad, como algo que debe ser “resuelto” por terceros, bajo paradigmas como el de la protección, el alivio de la carga de cuidado y el bienestar social bajo las premisas del capacitismo. Es urgente que los Estados aborden la práctica de esterilización en personas con discapacidad desde un marco de derechos humanos que incorpore el modelo social de la discapacidad y el modelo de toma de decisiones con apoyo. Esto implica reconocer el derecho a la capacidad jurídica y a tomar decisiones libres, informadas y con apoyos de las personas con discapacidad. Este modelo debe poner en el centro los deseos y preferencias de las personas con discapacidad frente a su salud sexual y reproductiva, lo que requiere adecuaciones por parte de los sistemas de salud y de los estados para garantizar los ajustes razonables, apoyos y salvaguardias que requieren las personas, de acuerdo con su discapacidad y su contexto específico.

⁷⁶ *Ibidem*, artículo 8, párrafo 1.

⁷⁷ Colombia. Congreso de la República, Ley 1996 de 2019 “Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad”, artículo 4, párrafo 3, disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1996_2019.html

Bibliografía

- ACEVEDO GUERRERO, Natalia, “The medical discourse and the sterilization of people with disabilities in the United States, Canada and Colombia: From eugenics to the present”, Disertación de la Maestría en Derecho LLM, McGill University, 2015. Disponible en línea: <<https://escholarship.mcgill.ca/concern/theses/pr76f630z?locale=en>>.
- ÁLVAREZ, Silvina, “La autonomía personal y la autonomía relacional”, *Análisis Filosófico*, XXXV n.º 1, 2015, pp, 13- 26.
- DAVIS, Lennard J. (editor), *Beginning with Disability: A Primer*, Nueva York, Routledge, 2017, p 32.
- DEVI, Nandini, “Supported decision-making and personal autonomy for persons with intellectual disabilities: article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 41, n.º 4, 2013.
- DOVE, Edward S, Kelly, Susan E et al, “Beyond individualism: Is there a place for relational autonomy in clinical practice and research?”, *clinical Ethics*, 12 n.º 3, 2017, pp.150–165.
- EUGENICS ARCHIVES, University of Alberta, 2010. Disponible en línea: < <http://eugenicsarchive.ca> >. [Consultado el 10 de agosto de 2021]
- FLIER, David, “Que nadie decida por ellas: paremos las esterilizaciones forzadas de mujeres con discapacidad”, *Redacción Periodismo Humano*, 19 de octubre de 2020. Disponible en línea <<https://www.redaccion.com.ar/que-nadie-decida-por-ellas-paremos-las-esterilizaciones-forzadas-de-mujeres-con-discapacidad/>>. [Consultado el 5 de septiembre de 2021].
- KLINE, Wendy, *Building a Better Race: Gender, Sexuality, and Eugenics from the Turn of the Century to the Baby Boom*, Berkeley, University of California Press, 2001.
- KOHN, Nina A, Blumenthal, Jeremy A. Campbell, Amy T, “Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship?”, *PENN STATE LAW REVIEW*, 117, no 4, 2013: 111-1257.
- L. LIN, J. LIN, C. M. CHU Y L. CHEN “Caregiver attitudes to gynaecological health of women with intellectual disability”, *Journal of Intellectual and Developmental Disability*, vol. 36, núm. 3, septiembre de 2011.
- MCCARTHY M, “‘I have the jab so I can’t be blamed for getting pregnant’: contraception and women with learning disabilities”, *Women’s Studies International Forum*, vol. 32, núm. 3, mayo y junio de 2009.
- MINISTERIO DE SALUD DE COLOMBIA, “Orientaciones técnicas para la implementación del consentimiento informado para personas con discapacidad, en el marco de los derechos sexuales y derechos reproductivos”. Disponible en línea: <<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/orientaciones-tecnicas-consentimiento-pcd3.pdf> >.[Consultado el 5 de septiembre de 2021].

- REILLY, Philip R, *The Surgical Solution. A History of Involuntary Sterilization in the United States*, Baltimore, The Johns University Press, 1991.
- SCHNEIDER, Carl E, *The Practice of Autonomy. Patients, Doctors, and Medical Decisions*, Nueva York, Oxford University Press, 1998.
- SHAKESPEARE, Tom. *Disability rights and wrongs*. New York: Routledge, 2014.
- SINGER, Judy, *Neurodiversity. The birth of an idea*, Kindle version, 2016.
- TROYA, María Sosa, “Me ligaron las trompas con 18 años. Mi decisión no fue libre”, *El País*, 15 de octubre de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-10-15/me-ligaron-las-trompas-con-18-anos-mi-decision-no-fue-libre.html>. [Consultado el 5 de septiembre de 2021].

Documentos de derecho internacional

- COMISIÓN IDH, “La CIDH llama a los Estados a adoptar medidas especiales para garantizar la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad con enfoque de derechos humanos”, 3 de diciembre de 2020. Disponible en: «<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/289.asp>». [Consultado el 6 de septiembre de 2021].
- CORTE IDH. *Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312.
- CORTE IDH. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.
- CORTE IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2015. Serie C. No. 298.
- CORTE IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.
- NACIONES UNIDAS, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de México*, CRPD/C/MEX/CO/1, 27 de octubre de 2014.
- NACIONES UNIDAS, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Guatemala*, CRPD/C/GTM/CO/1, 30 de septiembre de 2016.
- NACIONES UNIDAS, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general N° 1*, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014.
- NACIONES UNIDAS, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación general núm. 3 (2016)*, sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, CRPD/C/GC/3.

- NACIONES UNIDAS, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 2006. Disponible en: «<https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>». [Consultado el 8 de agosto de 2021].
- NACIONES UNIDAS, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013.
- NACIONES UNIDAS, Relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, “La salud y los derechos en materia sexual y reproductiva de las niñas y las jóvenes con discapacidad”, A/72/133, 14 de julio de 2017.
- NACIONES UNIDAS, Relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, “Informe temático sobre los efectos del capacitismo en la práctica médica y científica”, A/HRC/43/41, 17 de diciembre de 2019.
- NACIONES UNIDAS, Reportera especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, “El acceso de las personas con discapacidad a apoyo”, A/HRC/34/58, 20 de diciembre de 2016.

Fallos y normatividad nacional

- ARGENTINA. Poder Legislativo Nacional, Ley N° 26.130 Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica. Consentimiento informado, Sanción: 09/08/2006; Promulgación: 28/08/2006; Boletín Oficial 29/08/2006, disponible en <https://e-legis-ar.msal.gov.ar/hdocs/legisalud/migration/html/6627.html>
- CANADÁ. Corte Suprema de Justicia, *E. (Mrs.) v. Eve* (1986), 2 S.C.R. 388, 1986 CarswellPEI 22.
- CHILE. Ley núm. 20584 Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, Promulgación: 13-ABR-2012. Publicación: 24-ABR-2012, disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1039348>
- COLOMBIA. Congreso de la República, Ley 1996 de 2019 “Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad”, disponible en http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1996_2019.html
- COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencias T-850 de 2002, T-248 de 2003, T-492 de 2006, T-1019 de 2006, T-650^a de 2007, T-063 de 2021, T-740 de 2014, C-131 de 2014, C-182 de 2016, T-303 de 2016, T-573 de 2016, T-690 de 2016, T-665 de 2017.
- COLOMBIA. Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 1904 de 2017, disponible en: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minsaludps_1904_2017.htm

- ESPAÑA. Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-16345>
- ESPAÑA. Tribunal Constitucional de España, sentencia 215/1994, de 14 de julio (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1994).
- ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Justicia, *Buck v Bell*, 274 US 200 (1927).
- ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de Justicia, *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).
- ESTADOS UNIDOS. *In the matter of Mary Moe* 385 Mass. 555 (Sup Jud Ct Mass 1982) *Guardianship of Mary Moe*, 960 N.E.2d 350 (Mass. App. Ct. 2012); *In re Guardianship of Hayes*, 93 Wn.2d 228 (Sup Ct Wash 1980); *In Re Grady*, 426 A.2d 467 (NJ Sup Ct 1981); *In the matter of Terwilliger*, 450 A.2d 1376 (Pa. Super. Ct. 1982); *In re Estate of K.E.J.*, 887 N.E.2d 704 (Ill. App. Ct. 2008); *Conservatorship of Valerie N.*, 40 Cal.3d 143 (Cal Sup Ct 1985).
- PODER LEGISLATIVO NACIONAL, Ley N° 27.655 de 2021, Sanción: 9/12/2021; Promulgación: 24/12/2021, disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27655-358636/normas-modifican> .

MI CUERPO, MI DECISIÓN: EL TRABAJO SEXUAL Y LA LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS

Georgina Orellano *

Sumario

A. Introducción. B. Criminalización del trabajo sexual. C. ¿Trabajo sexual con derechos reconocidos o trabajo sexual clandestino? D. La criminalización y el estigma, obstáculos para el acceso a la salud.

A. Introducción

En Argentina, las personas trabajadoras sexuales nos organizamos a fines de 1994. Cansadas de la persecución policial empezamos a reunirnos y creamos la Asociación de Mujeres Meretrices de la Argentina, AMMAR. A principios de 1995 nos sumamos a la Central de Trabajadores de la Argentina CTA donde articulamos con sindicatos y trabajadoras y trabajadores de otros rubros que, como el trabajo sexual, tampoco tienen un reconocimiento formal ante el Estado.

Al inicio AMMAR estaba conformada principalmente por personas trabajadoras sexuales de la vía pública, sin embargo, con el correr de los años se acercaron compañeras de otras modalidades como puertas adentro, internet, actrices porno, asistentes sexuales, entre otras.

En todos los casos distintas situaciones de violencia institucional y discriminación nos motivaron a organizarnos y a entender la importancia de pertenecer a un colectivo para reclamar nuestros derechos. Al estar organizadas nos dimos cuenta que, en su mayoría, las problemáticas que enfrentamos se deben a la criminalización de nuestro trabajo, a la clandestinidad y al estigma.



* Trabajadora sexual, militante feminista que lucha por la garantía de los derechos humanos y laborales para las trabajadoras sexuales en Argentina. Es Secretaria General Nacional de AMMAR Sindicato de Trabajadorxs Sexuales de Argentina.

B. Criminalización del trabajo sexual

En Argentina el trabajo sexual no es un delito – no está tipificado como tal en el Código Penal- pero en 16 de las 24 provincias es una contravención que contempla multa y arresto de hasta 30 días. La criminalización en lo contravencional es una herramienta de control que da lugar a conductas abusivas y discriminatorias por parte de las fuerzas policiales.

Los códigos contravencionales¹ datan de la última dictadura militar y criminalizan el uso del espacio público por parte de personas trabajadoras sexuales y otras personas trabajadoras informales como vendedorxs ambulantes. Al tener una jerarquía menor, estas normativas ponen a los agentes policiales en el lugar de juez y parte y su punto de vista es suficiente para considerar que alguien cometió una falta contra “la moral y las buenas costumbres” o “contra la decencia y moralidad públicas”.



En un informe realizado durante 2017 sobre la relación entre las fuerzas de seguridad y personas trabajadoras sexuales² encontramos que, en particular, quienes ejercen en modalidad calle sufren un constante hostigamiento por parte de las fuerzas de seguridad. En la investigación se aplicaron 363 encuestas a personas trabajadoras sexuales de los barrios de Once, Flores, y Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹ AMMAR – RedTraSex, *Trabajo sexual y violencia Institucional: Vulneración de derechos y abuso de poder hacia mujeres trabajadoras sexuales*, 2016. Disponible en: http://ammar.org.ar/IMG/pdf/informe_violencia_institucional_ammargentina-3.pdf

² AMMAR - RedTraSex, *Informe nacional situación de DDHH de las mujeres trabajadoras sexuales en Argentina: “Una mirada hacia la relación entre las fuerzas de seguridad y las trabajadoras sexuales en nuestro país”*, 2017. Disponible en: <http://ammar.org.ar/IMG/pdf/informe-nac-ddhh-ammarg.pdf>

Del total de personas trabajadoras sexuales de modalidad calle encuestadxs, un 90% admitió haber sufrido algún tipo de violencia por parte de las fuerzas de seguridad durante el último año. Casi un 80% del total de las encuestadas dijeron haber sido detenidas o demoradas durante el 2016. El 46% de las trabajadoras sexuales detenidas sufrieron la detención mientras estaban trabajando en la calle.

Un 60% de las personas trabajadoras sexuales fueron amenazadas verbalmente por las fuerzas de seguridad al ser interrogadas, el 58% fueron increpadas con la solicitud de sobornos para no ser trasladadas o que se les labre un acta contravencional. Un 73% declaró haber sido tratada con un lenguaje inapropiado, lo cual implica referencias a su condición laboral o de género a modo de estigma. Ninguna trabajadora sexual dijo que las fuerzas de seguridad la trataron bien y un 54% dijo que el trato fue malo.

Por otra parte, las personas trabajadoras sexuales hemos denunciado en innumerables oportunidades la vulneración de derechos que sufrimos por la confusión que existe entre trata de seres humanos y trabajo sexual. La modificación de la ley de trata en el 2012 (Ley 26.842³) eliminó la posibilidad de que se pueda prestar consentimiento para dedicarse al trabajo sexual y, por lo tanto, anuló nuestras voces.

La ley de trata de 2012 también amplió el ámbito de las conductas criminalizables, lo que generó que se penalice inclusive la más mínima organización para el desarrollo del trabajo sexual y habilitó que se juzgue, por ejemplo, a quien suscriba el alquiler del espacio y lo ponga a disposición de otras trabajadoras para afrontar colectivamente los gastos, a quien publicite por medio de páginas web o de volantes en la vía pública, o a quien figure en la boleta de algún servicio. Igualmente, quien asuma las responsabilidades propias de la organización para la prestación de servicios se expone a ser condenadx por explotación sexual.



³ Protex, *Nueva Ley de trata de personas*, 2016. Disponible en: https://www.mpf.gob.ar/protex/files/2016/06/nueva_ley_de_trata_de_personas.pdf

Todas las leyes que se han sancionado para gobernar la prostitución a lo largo del tiempo han buscado impedir cualquier acción que implique que las personas trabajadoras sexuales podamos organizarnos. Estudios e investigaciones de AMMAR⁴, Amnistía Internacional⁵ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁶ han dado cuenta de los efectos concretos de estas políticas sobre la vida de personas trabajadoras sexuales.

El Poder Judicial machista, clasista y patriarcal reduce el amplio espectro de realidades en un esquema de víctimas vs. victimarias en el desarrollo del trabajo sexual. Un criterio que ha sido amplificado por los medios de comunicación que irresponsablemente reproducen testimonios de jueces y fiscales sin tener en cuenta las voces de las trabajadoras sexuales. Todo esto implica no comprender la clandestinidad y la estigmatización por la que estamos atravesadas quienes intentamos organizarnos para trabajar.

La ley de trata impide a las trabajadoras sexuales la posibilidad de trabajar de manera colectiva y organizada porque todos los lugares donde podemos ejercer de esta forma están criminalizados.

Desde nuestra militancia seguiremos exigiendo el reconocimiento de nuestro trabajo, la modificación de la ley de trata que equipara trata y trabajo sexual, el acceso a derechos laborales y la legalización de las formas de organización del trabajo, la derogación de los Códigos Contravencionales que criminalizan la oferta de servicios sexuales en la vía pública y el respeto a las decisiones que tomamos sobre nuestros propios cuerpos.

C. ¿Trabajo sexual con derechos reconocidos o trabajo sexual clandestino?

Históricamente el Estado argentino ha legislado para criminalizar las decisiones que las mujeres tomamos sobre nuestros cuerpos y nos ha perseguido no solo por ofertar servicios sexuales sino también por practicarnos un aborto. El 30 de diciembre de 2020, el debate público logró un avance importante en esta materia al aprobar la Ley 27.610 que regula el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención posaborto, sin embargo, sigue pendiente la discusión sobre el trabajo sexual.

La penalización del trabajo sexual y la clandestinidad en la que lo ejercemos habilita el hostigamiento y la persecución policial de las personas que nos dedicamos a la actividad y nos expone a múltiples riesgos, desde ese lugar, personas trabajadoras sexuales proponemos dar el debate. En el caso del aborto, la penalización era un riesgo para la vida de las mujeres y cuerpos gestantes, principalmente de sectores populares y se legisló desde esa perspectiva.

⁴ Varela, C; Daich, D, *Políticas anti-trata y vulneración de derechos de las trabajadoras sexuales*. Buenos Aires, AMMAR, 2014. Disponible en: <http://ammar.org.ar/IMG/pdf/informe-ammar.pdf>

⁵ Amnistía Internacional, “*Lo que hago no es un delito*”. *El coste humano de penalizar el trabajo sexual en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina*, 2016. Disponible en: https://www.amnesty.org/es/documents/amr13/4042/2016/es/?_cf_chl_jschl_tk__=pmd_kJ15HnwWNdFVA7YCw3WLCIVf1bL49V_GJ8i6CXPrGEw-1630415378-0-gqNtZGzNAfujcnBszQil

⁶ CIDH, *CIDH celebra primera audiencia sobre los derechos de las trabajadoras sexuales en América*, 2017. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/036.asp>



Claramente, el Estado debe legislar para garantizar derechos y no para juzgar nuestras decisiones porque no responden a los mandatos patriarcales ni a la moral judeo-cristiana. Las mujeres tenemos derecho a tener control sobre nuestra reproducción y a ser madres o no si es lo que queremos. También tenemos derecho a decidir si ejercemos o no el trabajo sexual y si lo decidimos, el derecho a ejercerlo en condiciones seguras.

Descriminalizar el aborto garantizó el derecho a la autonomía y a la salud. Descriminalizar el trabajo sexual también lo haría. El movimiento feminista, del que hacemos parte las personas trabajadoras sexuales, logró que el aborto sea debatido y aprobado, pero cuando se trata de trabajo sexual las aguas se dividen y hay quienes están en contra de nuestro reclamo por derechos laborales.



Las personas que nos dedicamos al trabajo sexual en Argentina ejercemos en la clandestinidad y no tenemos acceso a una obra social ni a una jubilación. Esta precarización a la que nos hemos enfrentado históricamente se hizo más evidente en el contexto de la pandemia por COVID-19.

Según los datos obtenidos en el informe sobre trabajo sexual y pandemia⁷, realizado por AMMAR durante los meses de julio y octubre de 2020 en 13 provincias argentinas, la situación económica de las personas trabajadoras sexuales durante la crisis sanitaria por COVID-19 fue mala en un 72% y regular en un 25%. De la población alcanzada casi la totalidad describió su contexto económico como agobiante y un 96% manifestó haber sufrido una necesidad alimentaria, de productos de higiene o limpieza, abrigo o ropa.

Los porcentajes obtenidos resultan preocupantes debido a que el 62% de personas trabajadoras sexuales alcanzadas tiene hijas, hijos e hijes o personas a cargo y en el caso de las migrantes, no cuentan con redes familiares de asistencia. A esto se suma el contexto de violencia, estigma y discriminación en el que está inmerso nuestro sector.

El 50% de las personas trabajadoras sexuales manifestó haber sufrido algún tipo de violencia durante el aislamiento social obligatorio. Las violencias con mayor presencia fueron la institucional (20%) y de género (20%). Se visibilizaron también situaciones de violencia como la ejercida por los dueños de los hoteles de familia donde viven las personas trabajadoras sexuales o por parte de vecinxs.

En cuanto a la violencia institucional, se recrudeció y tuvo mayor impacto en la población travesti y trans, migrante. Según nuestros registros, hubo casos de persecución policial en situaciones cotidianas para personas trabajadoras sexuales como ir a un comercio de barrio. El principal argumento del accionar policial fue el incumplimiento del aislamiento social.

Con respecto a la violencia de género, en el contexto de pandemia, las mujeres e identidades de la diversidad sexual estuvimos más expuestxs a violencias de este tipo y personas trabajadoras sexuales no fuimos la excepción.

Dos estudios previos que publicamos desde AMMAR, también reflejan el contexto de vulnerabilidad y persecución al que nos enfrentamos personas trabajadoras sexuales. Uno es el Informe del Observatorio de Violencia Institucional OVITS (2015)⁸, el cual evidenció que el 81% de las denuncias de personas trabajadoras sexuales son por violencia institucional. Otro es el Registro Nacional de Femicidios de Trabajadoras Sexuales en Argentina del periodo 1996 a marzo del 2016⁹, publicado en el 2016, donde se demostró que el 91% de los femicidios de personas trabajadoras sexuales queda en la impunidad.

⁷ AMMAR, *PUTXS DATOS: Trabajo Sexual y pandemia en Argentina Perfil sociodemográfico de personas trabajadoras sexuales alcanzadxs por AMMAR*, 2020. Disponible en: http://www.ammar.org.ar/IMG/pdf/informe_putxs_datos_trabajo_sexual_y_pandemia_en_arg-2.pdf

⁸ AMMAR, *Aniversario Línea Roja, Informe resumen*, 2015. Disponible en: http://www.ammar.org.ar/IMG/pdf/primer_informe_linea_roja.pdf

⁹ AMMAR, *El estigma también mata. Registro Nacional de Femicidios hacia Trabajadoras Sexuales en Argentina 1996-2016*, 2016. Disponible en: http://www.ammar.org.ar/IMG/pdf/registro_nacional_de_femicidios_de_trabajadoras_sexuales_en_argentina_1996-marzo_2016.pdf

Ante la crisis habitacional, alimentaria y de violencia agudizada en el contexto de pandemia, desde AMMAR gestionamos asistencia humanitaria y redes de colaboración para dar apoyo a las personas trabajadoras sexuales. Una de las estrategias de la Organización fue crear un Fondo Nacional de Emergencia que sigue vigente.

A través de la autogestión y con el apoyo de otras organizaciones de la sociedad civil y de organismos nacionales, además de donaciones, hicimos frente al contexto de crisis y asistimos a más de 10.000 personas trabajadoras sexuales en todo el país desde el inicio de la cuarentena en Argentina.



En CABA, creamos comedores comunitarios en Constitución y en Flores. En la Casa Roja, nuestra sede en Constitución, habilitamos además múltiples servicios para brindar una asistencia integral a personas trabajadoras sexuales: apoyo psicológico, jurídico, asesoría para acceder a ayudas y programas estatales, testeos de VIH y entrega de viandas con una cobertura de 700 personas por semana.

D. La criminalización y el estigma, obstáculos para el acceso a la salud

Como lo mencioné anteriormente, el trabajo sexual no está reconocido y quienes lo ejercemos no tenemos una obra social garantizada. Esta situación sumada a la mirada peyorativa de la sociedad genera una barrera para que personas trabajadoras sexuales acudamos al sistema de salud. El miedo a ser discriminadas por familiares o entornos de trabajo hace que busquemos lugares de atención lejanos.

Según un estudio sobre estigma y discriminación hacia personas trabajadoras sexuales en los servicios de salud, realizado por AMMAR y RedTraSex en el 2013¹⁰, “seis de cada diez encuestadas en Argentina tuvo dificultades para ir al hospital o servicio de salud porque los horarios se superponían con el trabajo”. Casi la mitad buscó lugares alejados de su vivienda para atenderse, el 48.3% no fue a un hospital o servicio de salud por temor a cuestionamientos y el 36% de las que se atendieron manifestaron haber sufrido discriminación.

El miedo a ser descubiertas y a ser excluidas por nuestras familias y nuestros entornos hace que busquemos atendernos en el sistema sanitario más alejado del lugar donde vivimos o trabajamos. Hay compañeras que le temen más a la exclusión de su familia o entorno por ser personas trabajadoras sexuales que a ir presas por la vigencia de los Códigos Contravencionales que criminalizan nuestra actividad.

Otra situación que encontramos al acudir al sistema de salud es que tan pronto decimos que ejercemos el trabajo sexual nos derivan a las áreas ginecológicas y de infectología. Es decir, que por ser personas trabajadoras sexuales la única salud a la que podemos acceder es de la cintura para abajo, cuando deberíamos tener la posibilidad de acceder a una salud integral. Asimismo, es común la pregunta sobre ¿por qué no nos dedicamos a otro trabajo?

Como herramienta para derribar los prejuicios y el estigma que existen hacia personas trabajadoras sexuales en el sistema de salud, diseñamos junto a la RedTraSex una “Guía de buenas prácticas”¹¹ para sensibilizar al personal de hospitales y centros de salud. Desde AMMAR definimos delegadas territoriales cuya tarea es articular las instituciones de salud de las zonas de trabajo sexual para organizar jornadas de capacitación y hacerles entrega de la guía.

Justamente nuestra lucha por el reconocimiento del trabajo sexual es para tener una herramienta transformadora y también la posibilidad de contar con canales de apoyo y amparo cuando sufrimos discriminación o una atención prejuiciosa en los centros de salud.

Luego, en lo referido específicamente a los derechos sexuales y reproductivos, la articulación que tenemos con el sistema sanitario siempre se da a través de la prevención en VIH Sida e Infecciones de Transmisión Sexual (ITS). En esos casos articulamos con las coordinaciones de SIDA de las distintas provincias del país para acceder a la entrega de preservativos.

Aquí considero importante mencionar que a personas trabajadoras sexuales nos cargan con la responsabilidad de usar el preservativo y negociar su uso con el cliente, pero después no nos dan ningún otro mecanismo de apoyo o acompañamiento, por ejemplo, frente a los embarazos no deseados o cuando se rompe un profiláctico.

¹⁰ AMMAR – RedTraSex, *Estudio sobre estigma y discriminación en los servicios de salud a las mujeres trabajadoras sexuales en América Latina y el Caribe*, 2013. Disponible en: http://www.ammar.org.ar/IMG/pdf/estudio_discriminacion.pdf

¹¹ RedTraSex. *Ponte en nuestros zapatos. Guía de buenas prácticas para el personal del sistema de salud*. Disponible en: https://www.redtralsex.org/IMG/pdf/buenas_practicas_04_final.pdf

Un aspecto a destacar es que para nuestro sector la distribución de preservativos a lxs compañerxs en las zonas de trabajo es una gran herramienta para acercarnos y a partir de ahí seguir fortaleciendo la organización de las personas que nos dedicamos a esta actividad.

Finalmente, es importante plantear que en los feminismos, cuando hablamos de salud sexual y reproductiva respetamos la autonomía y la soberanía de los cuerpos, la posibilidad de tener un Estado presente que garantice que esos derechos no sean vulnerados y que la sociedad respete las decisiones que tomamos, pero cuando entrecruzamos trabajo sexual y salud sexual y reproductiva nuestros cuerpos son victimizados, nuestras decisiones tuteladas por el Estado, y nuestra palabra puesta en duda al punto de tratarnos siempre como infantiles sin capacidad de agencia.



Personas trabajadoras sexuales estamos organizadas, somos parte del movimiento feminista y reclamamos por la descriminalización del trabajo sexual y el reconocimiento de derechos laborales para tener una vida libre de estigma, violencia institucional y discriminación. Lograr derribar los prejuicios que existen hacia nosotras y que nos acepten como somos es la gran batalla cultural que damos día a día.

Bibliografía

- AMMAR – RedTraSex, *Estudio sobre estigma y discriminación en los servicios de salud a las mujeres trabajadoras sexuales en América Latina y el Caribe*, 2013. Disponible en: http://www.ammар.org.ar/IMG/pdf/estudio_discriminacion.pdf
- AMMAR – RedTraSex, *Informe nacional situación de DDHH de las mujeres trabajadoras sexuales en Argentina: “Una mirada hacia la relación entre las fuerzas de seguridad y las trabajadoras sexuales en nuestro país”*, 2017. Disponible en: <http://ammар.org.ar/IMG/pdf/informe-nac.-ddhh-ammар-.pdf>
- AMMAR – RedTraSex. *Trabajo sexual y violencia Institucional: Vulneración de derechos y abuso de poder hacia mujeres trabajadoras sexuales*, 2016. Disponible en: http://ammар.org.ar/IMG/pdf/informe_violencia_institucional_ammар_argentina-3.pdf
- AMMAR, *Aniversario Línea Roja. Informe resumen*, 2015. Disponible en: http://www.ammар.org.ar/IMG/pdf/primer_informe_linea_roja.pdf
- AMMAR, *El estigma también mata. Registro Nacional de Femicidios hacia Trabajadoras Sexuales en Argentina 1996-2016*, 2016. Disponible en: http://www.ammар.org.ar/IMG/pdf/registro_nacional_de_femicidios_de_trabajadoras_sexuales_en_argentina_1996-marzo_2016.pdf
- AMMAR, PUTXS DATOS: *Trabajo Sexual y pandemia en Argentina Perfil sociodemográfico de personas trabajadoras sexuales alcanzadxs por AMMAR*, 2020. Disponible en: http://www.ammар.org.ar/IMG/pdf/informe_putxs_datos_trabajo_sexual_y_pandemia_en_arg-2.pdf
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Lo que hago no es un delito”. *El coste humano de penalizar el trabajo sexual en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina*, 2016. Disponible en: https://www.amnesty.org/es/documents/amr13/4042/2016/es/?__cf_chl_jschl_tk__=pmd_kJl5HnwWNdFVA7YCw3WLCIVfIbL49V_GJ8i6CXPr-GEw-1630415378-0-gqNtZGzNAfujcnBszQil
- CIDH, CIDH celebra primera audiencia sobre los derechos de las trabajadoras sexuales en América, 2017. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/036.asp>
- REDTRASEX, *Ponte en nuestros zapatos. Guía de buenas prácticas para el personal del sistema de salud*. Disponible en: https://www.redtralsex.org/IMG/pdf/buenas_practicas_04_final.pdf
- VARELA, C; DAICH, D, *Políticas anti-trata y vulneración de derechos de las trabajadoras sexuales*, Buenos Aires, AMMAR, 2014. Disponible en: <http://ammар.org.ar/IMG/pdf/informe-ammар.pdf>

El diseño y formación de este libro
estuvieron a cargo de la Dirección General
de Comunicación Social y Vicería del
Consejo de la Judicatura Federal

