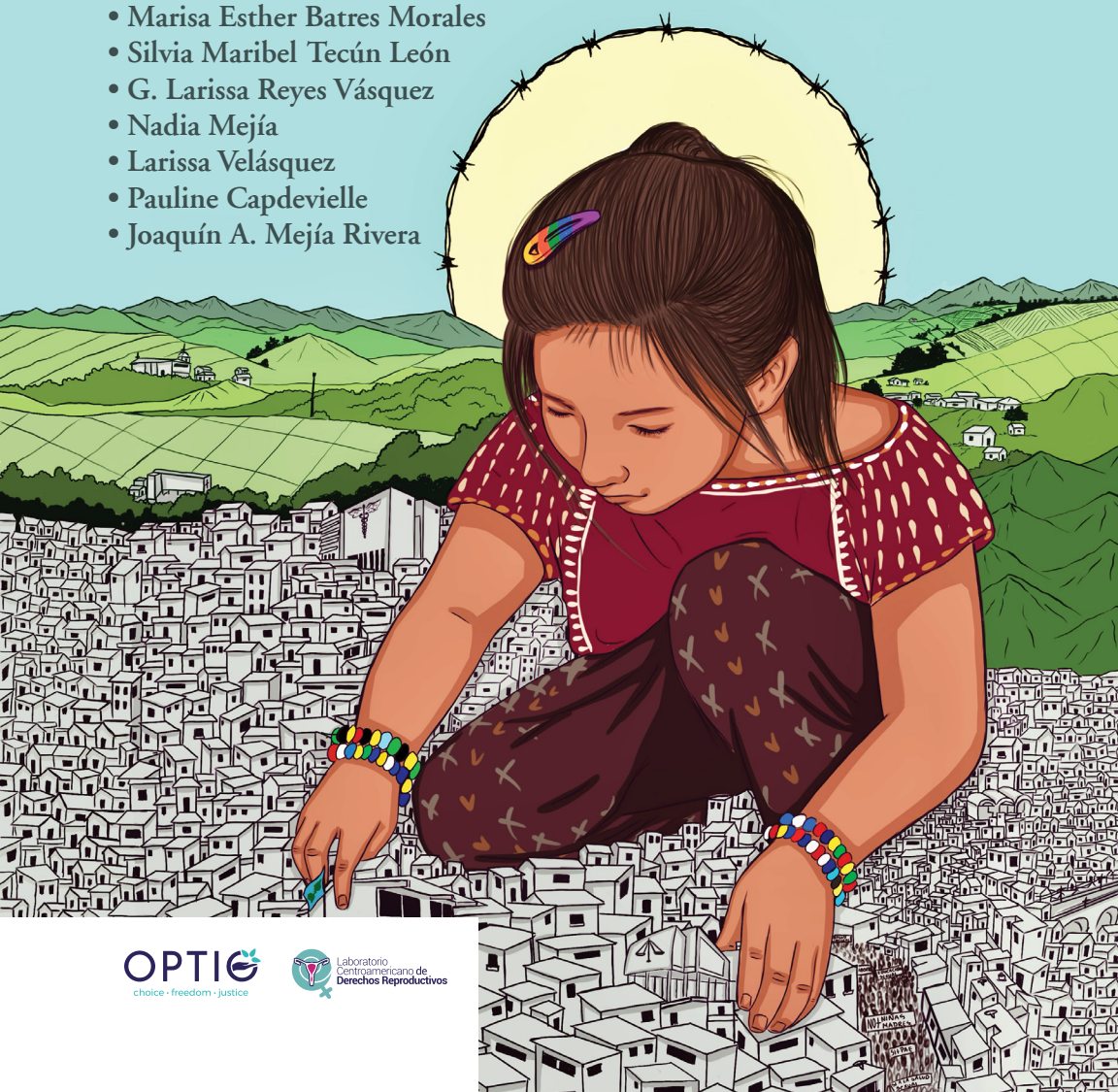


Una mirada regional a los Derechos Sexuales y Reproductivos

Prólogo de Marcia Aguiluz

- Paloma Lugo
- Adriana Beatriz Salinas Cerrillo
- Aura Guerrero
- Natalia Acevedo-Guerrero
- Patricio López Turconi
- Marisa Esther Batres Morales
- Silvia Maribel Tecún León
- G. Larissa Reyes Vásquez
- Nadia Mejía
- Larissa Velásquez
- Pauline Capdevielle
- Joaquín A. Mejía Rivera



**Una mirada regional
a los Derechos Sexuales
y Reproductivos**

Una mirada regional a los Derechos Sexuales y Reproductivos

Prólogo de Marcia Aguiluz

Paloma Lugo
Adriana Beatriz Salinas Cerrillo
Aura Guerrero
Natalia Acevedo-Guerrero
Patricio López Turconi
Marisa Esther Batres Morales
Silvia Maribel Tecún León
G. Larissa Reyes Vásquez
Nadia Mejía
Larissa Velásquez
Pauline Capdevielle
Joaquín A. Mejía Rivera

© Optio, 2024
PMB 464 2425 Channing Way Ste B,
Berkeley, CA 94704, Estados Unidos.
www.optio.org

ISBN: 978-99979-2-090-4

Primera edición: octubre de 2024

Diseño e impresión: Editorial Guaymuras
Ilustración de portada: Fernanda Betancourth

Impreso y hecho en Honduras.
Reservados todos los derechos.

Índice

PRESENTACIÓN	13
--------------------	----

PRÓLOGO

<i>Marcia Aguiluz</i>	15
-----------------------------	----

CAPÍTULO I

LOS SISTEMAS DEMOCRÁTICOS FRENTE A LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES EN AMÉRICA LATINA

Paloma Lugo y Adriana Beatriz Salinas Cerrillo

Introducción.....	23
1. Democracia, Constitución y derechos humanos.....	29
2. Obligaciones y deberes de los Estados democráticos frente a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres	34
3. Jurisprudencia constitucional mexicana: la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)	41
4. Jurisprudencia interamericana: el caso Gelman vs Uruguay ¿Se pueden someter a votación los derechos humanos de las mujeres?.....	49
Conclusiones	57

CAPÍTULO II

EL SECRETO MÉDICO PROFESIONAL Y LA SALUD REPRODUCTIVA DESDE UNA PERSPECTIVA BIOÉTICA Y LEGAL

*Aura Guerrero, Natalia Acevedo-Guerrero
y Patricio López Turconi*

Introducción.....	61
1. El deber de confidencialidad en la ética de las profesiones	66

2. El secreto médico en la bioética y el derecho médico internacional	69
3. Estándares del DIDH aplicables al secreto médico profesional y a la confidencialidad	83
4. El caso <i>Manuela y otros Vs. El Salvador</i> : desarrollos específicos en materia de secreto médico y sus excepciones	90
5. Recomendaciones y obligaciones de los Estados en materia de secreto profesional médico	97
Conclusiones	100

CAPÍTULO III
PERSPECTIVA DE GÉNERO
EN LA INVESTIGACIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA
SOBRE CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL
Marisa Esther Batres Morales
y Silvia Maribel Tecún León

Antecedentes:	
Mandato de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual	102
1. Justicia especializada:	
fiscalías y agencias con perspectiva de género.....	104
2. Denuncia: materialización de la sobreviviente.....	109
3. Debida diligencia y enfoque de género.	
Sentencias CIDH contra Guatemala	112
A modo de conclusión:	
mitos y estereotipos de los que deben despojarse las y los jueces para una verdadera sana crítica en la sentencia	133

CAPÍTULO IV
LA TEORÍA DEL DELITO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO:
EXIMENTES Y EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL
EN LOS CASOS DE CRIMINALIZACIÓN POR ABORTO
EN CENTROAMÉRICA
G. Larissa Reyes Vásquez

Introducción.....	136
-------------------	-----

1. La ausencia de antijuricidad en los casos de inviabilidad del feto	141
2. Las causas de justificación o eximentes de responsabilidad penal en los casos de criminalización por aborto	150
3. El miedo insuperable con enfoque de género	165
Reflexiones finales	171

CAPÍTULO V

LA IMPORTANCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE PERSONAS LGTBIQ

Nadia Mejía y Larissa Velásquez

Introducción	174
1. Obstáculos legales que enfrentan las personas LGBTI+ en Centro América frente al reconocimiento de los vínculos sexo afectivos, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos	179
2. Los derechos sexuales y reproductivos como derecho humano para las personas LGBTI+ ante la falta de discusión real en los temas sexo y género	188
3. Los derechos sexuales y reproductivos de las personas LGBTI en la jurisprudencia de la Corte IDH	195
4. Obligaciones de los Estados centroamericanos de adoptar disposiciones de Derecho Internacional para proteger los derechos sexuales y reproductivos de las personas LGBTI+	200
Conclusiones	207

CAPÍTULO VI
LA LIBERTAD DE CULTO Y SUS LÍMITES
ANTE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS
Pauline Capdevielle

Introducción.....	210
1. La laicidad como condición de los derechos sexuales y los derechos reproductivos	212
2. Religión, sexualidad y reproducción en contexto postsecular	222
3. Una visión jurídica desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	232
Conclusiones.....	243

CAPÍTULO VII
LAS VIOLENCIAS MACHISTAS
DESDE UNA MIRADA
DE LAS MASCULINIDADES DISIDENTES
Joaquín A. Mejía Rivera

Introducción.....	244
1. La expresión más extrema de las violencias machistas: los feminicidios	246
2. La violencia sexual como canibalismo y consumición del cuerpo.....	259
3. La responsabilidad del Estado de prevenir e investigar las violencias machistas	265
Reflexión final.....	270
RESEÑAS CURRICULARES	275

El ataque sexual y la explotación sexual de las mujeres
son hoy actos de rapiña y consumición del cuerpo
que constituyen el lenguaje más preciso
con que la cosificación de la vida se expresa.
Sus deyectos no van a cementerios, van a basurales.

RITA SEGATO*

* *Contra-Pedagogías de la crueldad*. Prometeo Libros. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2018, p. 11.

Presentación

Centroamérica es una de las regiones más restrictivas del mundo cuando se trata de respetar y garantizar el acceso a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y las niñas. El reducido reconocimiento sobre la autonomía de los cuerpos, las limitaciones y obstáculos en el acceso a métodos anticonceptivos, el rechazo rotundo a la educación sexual, así como las prohibiciones absolutas sobre el aborto, son algunas de las restricciones que ilustran cómo la cultura patriarcal ha perpetuado normas y políticas públicas que atentan contra los derechos humanos, especialmente en materia de salud.

Cabe resaltar que estas imposiciones restrictivas a menudo están influenciadas por convicciones morales personales que se propagan en todos los estratos sociales y que socavan aún más los derechos, cuando se perpetúan por los medios de comunicación o las personas tomadoras de decisiones que integran los gobiernos, organismos judiciales u órganos legislativos.

Este libro busca examinar y confrontar rigurosamente estas normas y prácticas patriarcales, con el objetivo de impulsar a las actoras y actores clave a reformar sus enfoques legales, políticos y sociales en favor de los derechos reproductivos de las mujeres y las niñas.

Estamos inmensamente agradecidas con Paloma Lugo, Adriana Beatriz Salinas Cerrillo, Aura Guerrero, Natalia Acevedo-Guerrero, Patricio López Turconi, Marisa Esther Batres Morales, Silvia Maribel Tecún León, G. Larissa Reyes Vásquez, Nadia Mejía, Larisa Reyes, Pauline Capdevielle y Joaquín A. Mejía Rivera —quien estuvo en la coordinación

del libro—, por el aporte de sus conocimientos y experiencias a esta contribución académica.

LAUREN VAN DER WALT
Directora Ejecutiva
Optio

Prólogo

Marcia Aguiluz

ABOGADA, FEMINISTA Y MADRE DE ADRIÁN E ISABEL

En Abya Yala (América Latina), ocho países permiten el aborto hasta cierto plazo, diez permiten el acceso al aborto en al menos en una causal, y cinco países no permiten ningún tipo de aborto; tres de estos (Honduras, El Salvador y Nicaragua) están en Centroamérica. Esto quiere decir que millones de mujeres y personas con capacidad de gestar¹ tienen el riesgo de morir si se enfrentan a la necesidad de acceder a un aborto y les es negado. Este es solo un ejemplo de las limitaciones que existen al respeto y garantía de los derechos sexuales y reproductivos en la región.

La violencia sexual, la violencia reproductiva, la violencia obstétrica, la falta de acceso universal a anticonceptivos y a la anticoncepción de emergencia, la falta de acceso a información sobre salud sexual y reproductiva y a la educación sexual integral constituyen otras de las problemáticas que se enfrentan cotidianamente. Sin embargo, los Estados se resisten a adoptar medidas adecuadas y oportunas para prevenirlas y eliminarlas.

En este contexto de fuertes restricciones, el libro *Una mirada regional a los derechos sexuales y reproductivos* constituye un aporte importante y oportuno para poner sobre la mesa algunas de las discusiones jurídicas y políticas que están cada vez más presentes en nuestros países.

1 La inclusión de ambos términos tiene como objetivo visibilizar el hecho de que no todas las mujeres tienen la capacidad de gestar y no todas las personas con capacidad de gestar se identifican como mujeres.

Los siete artículos que conforman la obra nos ofrecen un recorrido por temas que ejemplifican tensiones actuales, brindando importantes aportes conceptuales y jurídicos para desenredar conflictos que han sido creados con el único propósito de justificar las limitaciones a los derechos de las mujeres y personas con capacidad de gestar.

El libro inicia con una reflexión profunda sobre el rol de los sistemas democráticos frente a los derechos sexuales y reproductivos. Se nos ofrece un abrebocas fundamental para recordar las obligaciones estatales sobre la materia y, en particular, el papel que han jugado las cortes judiciales para prevenir retrocesos y avanzar en una adecuada garantía de dichos derechos. Las autoras hacen un análisis minucioso de dos casos: uno conocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y el caso *Gelman vs. Uruguay*, fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Más adelante, se hace un vínculo entre el secreto médico profesional y la salud reproductiva, ofreciéndose una perspectiva no solo legal, sino también bioética. En este, las autoras nos dan un panorama sobre los fundamentos éticos y legales que sustentan el secreto médico profesional. Cuestionan el impacto que ha tenido para las mujeres la constante violación de este principio y nos recuerdan estándares recientes, en particular, el desarrollo que realizó la Corte IDH en el caso *Manuela vs. El Salvador*, donde se afirmó que, «en casos de emergencias obstétricas, en los que está en juego la vida de las mujeres, deberá privilegiarse el deber de guardar el secreto médico». La conclusión a la que se llega es que, pese a la contundencia de esta decisión, el reto subsiste y los Estados todavía deben realizar adecuaciones normativas para que el secreto médico profesional efectivamente se cumpla.

Como mencioné antes, uno de los grandes problemas que persiste en la región es la violencia sexual. Por ejemplo, en Honduras, desde enero de 2022 a noviembre de 2023, el Ministerio Público recibió 5721 denuncias por delitos sexuales, de las cuales el 80% fue en perjuicio de niñas y mujeres, para un promedio de 7 violaciones por día; en El Salvador se recibieron 3145 denuncias entre junio de 2022 a mayo de 2023, para un promedio de 8 denuncias diarias; y en Guatemala, en el año 2021, 12 de cada 100,000 niñas y adolescentes mujeres habían acudido a los servicios de salud por eventos relacionados con abuso sexual.

Por ello, además de la necesidad de que existan acciones para prevenir este tipo de violencia, es esencial mejorar los procesos de investigación y valoración de la prueba; en tal sentido, el artículo que se refiere a la incorporación de la perspectiva de género en este tipo de procesos es un aporte relevante que llama a litigantes y, en particular, a operadores de justicia, a reflexionar sobre cómo fortalecer sus capacidades en la materia. Las autoras analizan el caso de Guatemala y hacen un llamado a «despojarse de estereotipos y prejuicios de género», lo cual es fundamental para que haya un verdadero acceso a la justicia.

En efecto, los estereotipos están presentes en numerosas actuaciones de operadores de justicia; históricamente se ha denunciado cómo, desde que se recibe una denuncia, se pueden observar juicios de valor sobre las víctimas que permean futuras actuaciones. Así, si una mujer trabajadora sexual ha sido víctima de una violación sexual o de una desaparición, el sistema judicial la juzga desde el inicio, no así a quienes la agredieron; por tanto, las probabilidades de que haya impunidad son elevadísimas. Por ello, la incorporación de la perspectiva de género es esencial para evitar este tipo de actos u omisiones.

La falta de diligencia que se observa en casos de violencia sexual contrasta con la excesiva diligencia cuando se trata de juzgar a mujeres que han ejercido su derecho a abortar, o que han sido víctimas de emergencias obstétricas. En la región encontramos casos de criminalización en Guatemala, Honduras y El Salvador; este último país es uno de los más peligrosos para las mujeres en lo que al riesgo de criminalización se refiere.

Debido a esta situación, el artículo que analiza la teoría del delito con perspectiva de género es de obligatoria lectura. La autora nos brinda pautas para cuestionar si en este tipo de casos se cumplen los elementos del tipo penal como la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad. Los insumos que plantea pueden ser de gran utilidad a la hora de definir estrategias legales para la defensa de mujeres o personas que han sido criminalizadas por aborto. Se agrega el análisis de dos causas de justificación o eximentes de responsabilidad que también deben considerarse en estas estrategias.

Este artículo nuevamente revela el peso de los estereotipos y prejuicios en la gran mayoría de los casos de criminalización, su persistencia y la influencia de los grupos fundamentalistas en los sistemas de justicia, desconociéndose la dignidad de las mujeres y sus derechos. Por eso, para combatir la criminalización en el marco de los límites actuales, se requieren argumentos creativos. No es tarea fácil, pero hay organizaciones que han logrado importantes victorias, y de estas es preciso aprender.

Otro de los temas que el libro nos plantea es la importancia del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las personas LGTBIQ, ya que una de las manifestaciones de discriminación que sufre esta población es, sin duda, la restricción a estos derechos.

Las autoras inician señalando cómo la sexualidad ha sido sometida al control ejercido por las iglesias y el Estado que, además, se refieren a este elemento fundamental de la vida como «un medio para la reproducción y no como parte del placer sexual». De manera muy acertada, plantean que estas ideas han sido sostenidas en el marco de la «heteronormatividad, monogámica y conyugal».

En este artículo se habla de las barreras actuales que afectan a las personas LGTBIQ y, a la vez, se mencionan algunos avances; particularmente valioso es el recorrido por los estándares que ha desarrollado la Corte IDH en varios casos.

La conclusión a la que se llega es clave y, en esta, todas las personas tenemos un rol: reconocer a las personas LGTBIQ como personas sujetas de derechos. Además, se llama a los Estados a asumir un compromiso con la «laicidad, pluralidad, educación sexual, asegurando que las sociedades puedan crecer y madurar en términos de derechos humanos y lograr el cambio social». Nada más que agregar.

En diversos artículos se menciona la laicidad. Sin embargo, es en el artículo sobre la libertad de culto y sus límites ante los derechos sexuales y reproductivos que se profundiza y se plantea con contundencia que «la separación entre el Estado y las iglesias es una condición necesaria para el desarrollo de políticas sexuales y reproductivas incluyentes y orientadas al fortalecimiento de la autonomía de las personas, especialmente la de las mujeres y de otras identidades sexo-genéricas disidentes».

La autora propone algunas claves para comprender la libertad de culto y, a la vez, ofrece elementos empíricos orientados a solucionar los problemas que surgen en la práctica, a nivel social y jurídico.

La mayoría de los Estados centroamericanos, salvo Costa Rica, se denominan laicos en sus constituciones políticas; sin embargo, en la práctica, ocurre todo lo contrario, pues cada vez están más presentes las denominaciones religiosas en la vida pública y política de nuestros países. Esta relación creciente Estado-Religión ha influido negativamente en los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y, por eso, la propuesta de la autora es muy valiosa.

Y los hombres, ¿qué tienen que ver con todo esto? Pues la respuesta a esta pregunta se obtiene de la lectura del artículo sobre «las violencias machistas desde una mirada de las masculinidades disidentes». En este, el autor inicia reconociendo la discriminación —no solo legal sino también de facto—, que todavía enfrentan las mujeres, así como las manifestaciones de violencia que de ahí se derivan.

De manera muy crítica, el autor nos lleva a reflexionar sobre qué hay detrás de las violencias machistas, enfocándose en los feminicidios y las violencias sexuales. En sus palabras, «lo que provoca tanta violencia contra las mujeres es la pervivencia de un modelo de ser hombre que en ocasiones necesita recurrir a la violencia con el fin de alcanzar o mantenerse en el poder, para restaurar el orden establecido o simplemente para sancionar la sumisión de quienes deben admirarlo y obedecerlo».

En efecto, seguimos inmersos en un sistema patriarcal que privilegia lo masculino por sobre lo femenino y, cuando las mujeres se atreven a cuestionar este sistema, la respuesta del *statu quo* es la violencia. El llamado entonces es a cuestionar la manera como los hombres se siguen construyendo, lo que implica que deben involucrarse activamente en la lucha contra la violencia patriarcal, tanto en el ámbito público como privado.

Así, el libro que están por leer es un menú variado y provocador, que nos ofrece insumos teóricos y prácticos para fortalecer nuestras opiniones y estrategias en torno a temas de la mayor importancia para las mujeres y personas con capacidad de gestar.

Gracias a *Optio* por esta gran iniciativa y por regalarnos diversas miradas que nos llaman a la reflexión y particularmente a la acción: los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos y, por tanto, no son negociables ni cuestionables.

Capítulo I

Los sistemas democráticos frente a los Derechos Sexuales y Reproductivos de las mujeres en América Latina



Paloma Lugo y Adriana Beatriz Salinas Cerrillo

INTRODUCCIÓN

La sexualidad y la reproducción son temas de intensas disputas democráticas. Esto es así pues se refieren a cuestiones que desestabilizan el *statu quo* y despiertan resistencias en tanto desactivan normas sociales, desafían expectativas y ponen en cuestión el entramado simbólico¹.

Sin embargo, tras una larga y consistente lucha feminista, los derechos sexuales y reproductivos han sido reconocidos como derechos humanos. El reconocimiento de estos derechos, así como su necesaria garantía para el disfrute y ejercicio efectivo de otros derechos humanos igualmente fundamentales, como el derecho a la libertad religiosa y de conciencia, derecho a la igualdad, derecho a la no discriminación, derecho a la vida, derecho a la seguridad personal, derecho a la privacidad, derecho al acceso a la información, entre otros, ha sido señalado por diversos instrumentos internacionales².

-
- 1 GÜEMES, Cecilia. «Estrategias de oposición a los derechos de salud sexual y reproductiva en América Latina». *Análisis Carolina*. Serie: Género. N° 11. 17 de mayo de 2022, p. 1. Disponible en: Estrategias de oposición a los derechos de salud sexual y reproductiva en América Latina - Dialnet (unirioja.es).
 - 2 Algunos de los instrumentos internacionales y regionales vinculados con los derechos sexuales y reproductivos son los siguientes: Decla-

Ahora bien, si los derechos fundamentales son *fragmentos de soberanía* que convierten a las personas en seres autónomos, capaces de tomar las decisiones más importantes de sus vidas, tanto en la esfera privada como en la pública³, los derechos sexuales y reproductivos forman parte de esa esfera privada en la que las decisiones se circunscriben en la más amplia libertad, igualdad y autonomía, elementos fundamentales de la dignidad de las personas en general y de las mujeres en particular.

Aun así, los derechos sexuales y reproductivos siguen escenificando simultáneamente mareas verdes y mareas conservadoras, que los colocan en jaque de manera permanente, ante la incertidumbre de su reconocimiento y legitimación. El aborto, por ejemplo, en la región latinoamericana, ha tenido un abordaje bastante plural y diverso oscilando entre tendencias a criminalizarlo, despenalizarlo y/o regularlo. De tal suerte que existen países que mantienen prohibiciones absolutas o parciales y otros más con supuestos específicos que permiten que la práctica se lleve a cabo sin alguna sanción penal.

ración Universal de Derechos Humanos (arts. 25, 26 y 27); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2, 3, 9, 10, 12, 13 y 15); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6, 7, 23, 24 y 26); Convención Americana sobre Derechos humanos (arts. 1, 4, 19 y 26). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo San Salvador» (arts. 1, 10, 13, 15 y 16); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (arts. 2, 10, 11, 12, 14, 15 y 16); Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 1, 2, 6, 24 y 37); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Belém Do Pará) (arts. 1, 2, 3, 4 y 6); Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán (1968); Conferencia Mundial de Población (1974); Conferencia Internacional de Población (1984); Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (1994); Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995).

3 FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Tomo II. Trotta, Madrid, 2011, p. 14.

Aunque persisten en América Latina países que prohíben de manera absoluta el aborto, como El Salvador, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Haití, también es cierto que el reconocimiento del aborto como una forma de materializar el derecho a decidir sobre la reproducción de las mujeres y personas gestantes, ha sido producto de impulsos sociales liderados por los movimientos feministas latinoamericanos que han desencadenado estrategias jurídicas tanto parlamentarias como judiciales.

Es decir, la discusión sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres no ha sido exclusiva de las Asambleas Legislativas, sino que constituyen también debate en los tribunales judiciales. Particularmente las Cortes Constitucionales, comienzan a entrar en el debate cuya resolución afecta la vida de millones de mujeres y personas gestantes. Según Bergallo, las cortes latinoamericanas han hablado más sobre el aborto en los últimos veinte años, que en los cien años anteriores⁴. De tal suerte que resulta innegable el papel central que juegan las cortes judiciales en la interpretación, implementación y reconocimiento de los derechos de libertad sexual y reproductiva.

Ejemplos de estos choques de mareas se posicionan en el continente americano. Por un lado, paradójicamente el país de las libertades, Estados Unidos de América, protagonizó recientemente una de las regresiones más peligrosas del mundo. En junio de 2022, la Corte Suprema de Estados Unidos anuló la decisión histórica de 1973 en el caso *Roe vs Wade*, que había protegido el derecho al aborto en la Cons-

4 BERGALLO, Paola, JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina y VAGGIONE, Juan Marco (Comp.). *El aborto en América Latina: Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Siglo XXI Editores, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

titudin de Estados Unidos⁵. Esta decisi3n trajo como consecuencia que los derechos sobre el aborto sean decididos en cada Estado en particular, causando una grave regresi3n a los derechos reproductivos de las mujeres en ese pa3s; mientras M3xico, inesperadamente, se est3 consolidando como un faro progresista para los movimientos de mujeres y el reconocimiento de sus derechos. La Suprema Corte de Justicia de la Naci3n (en adelante SCJN) ha emitido recientemente sentencias hito que reconocen el derecho a decidir de las mujeres y las personas con capacidad de gestar, adem3s de la inconstitucionalidad de la criminalizaci3n absoluta del aborto, con impactos a nivel nacional⁶.

Ahora bien, la oposici3n a los derechos sexuales y reproductivos en Am3rica Latina ha desarrollado narrativas⁷

5 En junio de 2022, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos dict3 sentencia para el caso *Dobbs vs Jackson*, en el que resolvi3, entre otras cosas, la desconstitucionalizaci3n del derecho al aborto que se hab3a conseguido en el caso *Roe vs Wade* y *Planned Parenthood Vs. Casey*, abriendo con ello el derecho de injerencia del Estado en las decisiones reproductivas de las mujeres y personas gestantes.

6 Si bien la SCJN ha discutido el aborto en diversas ocasiones, la sentencia derivada de la Acci3n de Inconstitucionalidad 148/2017(2021) reconoci3 que la criminalizaci3n absoluta del aborto comprendida en el C3digo Penal de Coahuila es inconstitucional y reconoci3 constitucionalmente el derecho a decidir de las mujeres y personas gestantes. V3ase https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2021-08/AI%20148.2017.pdf; por su parte, lo resuelto en el Amparo en Revisi3n 267/2023 (2023) reconoci3 que el sistema jur3dico que regula el aborto a nivel nacional es inconstitucional por ser contrario al derecho a decidir de las mujeres y personas con capacidad de gestar. V3ase <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documentos/2023-08/230830-AR-267-2023.pdf>

7 Siguiendo a G3emes, esta narrativa antig3nero materializa discursos, entre los que destacan los *biologicistas*, que pretenden la complementariedad de los sexos, fortaleciendo las teor3as dualistas o binarias; discursos *paternalistas* o *adulto centristas*, que buscan salvar a las infancias de supuestas ideas perversas; discursos que toman la *ciencia como argumento de autoridad*, que denuncian al g3nero como construcci3n social intencionada y pretenden legitimidad en investigaciones encabezadas por m3dicos o expertos con militan-

y argumentos basados en una «ideología de género» malentendida como un «dispositivo discursivo desde el que se resiste la ampliación y garantía de derechos democráticos»⁸.

Las estrategias han sido diversas. En el ámbito *jurídico* destacan estrategias preventivas, con el objetivo de evitar que se consagren en los ordenamientos jurídicos tales derechos, así como estrategias combativas, tales como el recorte de políticas públicas o de recursos económicos destinados al servicio público y acceso a tales derechos, las iniciativas de reformas constitucionales para otorgar protección a la vida desde el momento de la concepción, o también estrategias en sede jurisdiccional como los amparos o las acciones de inconstitucionalidad ante las reformas legislativas que garantizan los derechos sexuales y reproductivos; en el ámbito *político* se pueden visualizar los cabildeos o las negociaciones en los parlamentos y congresos; y en el ámbito *social* se encuentran las manifestaciones públicas, marchas o protestas, performance, campañas virtuales en redes sociales acompañadas de *hashtags* que hacen alusión a la vida y a las mujeres, hasta producciones cinematográficas con mensajes de alcance nacional que condenan la libertad sexual y reproductiva de las mujeres.

Al ser los derechos sexuales y reproductivos temas polémicos en los que juegan un papel predominante los discursos y argumentos dogmáticos, religiosos y de reforzamiento

cia; falsos discursos de *derechos humanos* que pretenden jerarquizar los derechos humanos volviendo permisibles unos y prohibidos otros; discursos *neocoloniales* o *neo imperiales* que consideran impuestos por elites que pretenden mantener el dominio extranjero al pueblo nacional; hasta discursos *anticorrupción* que consideran que detrás de los abortos existe una mafia que comercializa y mercantiliza los productos. Al respecto véase GÜEMES, Cecilia. «Estrategias de oposición a los derechos de salud sexual y reproductiva en América Latina» ... *op. cit.*, pp. 4-6.

8 GÜEMES, Cecilia. «Estrategias de oposición a los derechos de salud sexual y reproductiva en América Latina» ... *op. cit.*, p. 4.

to moral, resulta fundamental la discusión respecto de las obligaciones que tienen los Estados constitucionales y democráticos de derecho, de cara a respetar, promover, proteger y garantizar los derechos sexuales y reproductivos, no solo mediante las estrategias parlamentarias, sino también a partir de las estrategias jurisdiccionales.

Lo anterior puesto que, desde hace tiempo, los poderes judiciales llevan a cabo funciones básicas de los Estados democráticos de derecho: desde establecer límites al ejercicio arbitrario del poder, hasta garantizar el cumplimiento de las obligaciones estatales frente a la ciudadanía; y es en virtud de esta función jurisdiccional, que el trabajo realizado por los tribunales es fundamental en el proceso de democratización del país.

En ese sentido, el objetivo de este trabajo es analizar el papel que juegan los sistemas democráticos frente a los derechos sexuales y reproductivos y, particularmente, determinar sus obligaciones y responsabilidades, así como el alcance de las cortes judiciales en estos deberes. El artículo está estructurado en cuatro apartados. En un primer momento se definirá al Estado como constitucional y democrático, para determinar los principios, las obligaciones, deberes y alcances que tiene frente a los derechos sexuales y reproductivos; en un segundo momento se presenta un breve análisis de dos precedentes judiciales, que pretenden garantizar los derechos sexuales y reproductivos de manera jurisdiccional. En primer lugar el caso mexicano, a partir de la resolución a la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y en segundo lugar el caso interamericano, a partir del caso *Gelman vs Uruguay*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

Finalmente se presentan algunas conclusiones, que permiten vislumbrar los retos que enfrentan los derechos sexuales y reproductivos en los Estados democráticos, a fin de conseguir con certeza y estabilidad su verdadero reconocimiento y garantía.

1. DEMOCRACIA, CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

La democracia, más allá de un sistema político, se caracteriza por ser los gobernantes electos periódicamente por los electores; una distribución del poder entre varios órganos cuyas competencias son propias y con equilibrios y controles entre ellos; así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos fundamentales que la propia constitución reconoce directa e indirectamente⁹.

Democracia y constitución aparecen entonces como un binomio indisoluble, que ha sentado las bases de lo que se ha denominado *nuevo constitucionalismo*. Aunque el constitucionalismo surgió a finales del siglo XVIII, a partir de la Segunda Guerra Mundial se han ido cambiando los rasgos característicos que invitan a una nueva teoría constitucional, también llamada neoconstitucionalismo¹⁰. En este sentido, el tránsito del constitucionalismo al neoconstitucionalismo fue producto de lo que Guastini denominó *constitucionalización del derecho*¹¹ definido como el «proceso

9 CARPIZO Jorge. «Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie. Año XI, Vol. 40, N° 119. UNAM, IJ, México, 2007, pp. 325-384.

10 ALTERIO, Ana Micaela. «La esfera de lo indecible en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico». *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*. N° 13, enero 2011, p. 4.

11 De acuerdo con Guastini, la constitucionalización del derecho se refiere a un proceso que debe satisfacer al menos las siguientes siete condiciones: 1) rigidez de la constitución; 2) control de constitu-

de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales»¹².

Esta transición soportó transformaciones sustanciales que, en palabras de Luigi Ferrajoli, implicaron pasar de un modelo *paleo positivista* a uno *neo positivista*; es decir, transitar de un *estado legalista de derecho*, en el cual el poder legislativo representaba el poder máximo y el ordenamiento jurídico contaba con un omnipotente poder de actuación bajo el llamado «imperio de la ley», consolidando con ello una concepción formalista y procedimental de la democracia; hasta llegar a un *estado constitucional de derecho*, en el cual la omnipotencia corresponde a la Constitución, como marco y parámetro de actuación legal, apuntalando a una concepción constitucional también de la democracia¹³.

De tal suerte que, siguiendo a Ferrajoli, este cambio de paradigma conlleva afectaciones no solo al derecho, sino también a la democracia. La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial tanto en las condiciones de validez de las normas, como en la democracia para la que representa tanto un límite como un complemento¹⁴.

cionalidad de las leyes; 3) fuerza vinculante de la constitución; 4) «sobreinterpretación» de las disposiciones constitucionales; 5) aplicación directa de tales disposiciones por parte de los jueces; 6) interpretación conforme de la ley ordinaria; 7) influencia directa de la constitución en las relaciones políticas. En GUASTINI, Ricardo. «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano». En CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid, 2003, p. 49.

12 Ídem.

13 FERRAJOLI, LUIGI. «Pasado y Futuro del Estado de Derecho». En CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 14.

14 FERRAJOLI, Luigi. «Sobre la definición de 'Democracia'. Una discusión con Michelangelo Bovero». En *Isonomía*. N° 19, octubre 2003, pp. 228-240.

Si en el Estado legalista de derecho el imperio de la ley se concebía como un reconocimiento de soberanía popular expresada en la ley, en el Estado constitucional de derecho, esta soberanía es reemplazada por la propia constitución y por el control constitucional de las leyes por parte de los tribunales constitucionales. De tal suerte, que todos los poderes públicos, incluyendo al legislativo, se encuentran sujetos a la ley constitucional¹⁵.

Ahora bien, el modelo contemporáneo y vigente de democracia suele denominarse *democracia constitucional* que se caracteriza, como hemos señalado, por la existencia de un documento jurídico de máxima jerarquía (Constitución) que recoge los valores y las decisiones básicas de una determinada comunidad política. Estrictamente se pueden definir las democracias constitucionales como el «régimen de gobierno que mezcla principios formales y sustanciales»¹⁶; en la dimensión formal, se encuentran los procesos de toma de decisiones fundados en la soberanía popular y la regla de la mayoría; mientras que la dimensión sustancial se refiere al establecimiento de un catálogo de derechos que le da sentido y contenido al régimen democrático. En las democracias constitucionales los derechos humanos resultan ser la mejor expresión de los valores que caracterizan un sistema político democrático¹⁷.

De acuerdo con Ferrajoli, los derechos fundamentales son «todos aquellos derechos subjetivos (expectativas jurídicas) que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciu-

15 ALTERIO, Ana Micaela. «La esfera de lo indecible en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico» ... *op. cit.*, p. 7.

16 CARBONELL, Miguel. *Derechos fundamentales y democracia*. Instituto Nacional Electoral. Ciudad de México, 2020, p. 22.

17 *Ibid.*, p. 13.

dadanos o de personas con capacidad de obrar»¹⁸. Ahora bien, no se refiere a cualquier tipo de demandas o pretensiones, sino a aquellas que se relacionan con los elementos fundamentales de la dignidad humana reconocidos por las sociedades como bienes primarios fundamentales.

Es decir, se trata de exigencias éticas justificadas que, debido a su relevancia, requieren de una protección eficaz a través del ordenamiento jurídico de mayor jerarquía normativa, como es la Constitución. Por tanto, al corresponder a intereses y expectativas de todas las personas, forman el fundamento y el parámetro de igualdad jurídica y por ello, la dimensión sustancial de la democracia¹⁹.

En un Estado constitucional y democrático de derecho, los derechos fundamentales no pueden encontrar justificación en objetivos colectivos. En palabras de Dworkin, son una especie de triunfos individuales que ganan partida frente a la utilidad y conveniencia colectiva²⁰. Siguiendo a Robert Alexy «el sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo»²¹, pues «la garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica»²².

18 FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales: debate con Luca Baccelli, et al.* Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Trotta, Madrid, 2001, p. 19.

19 Luigi Ferrajoli entiende la democracia sustancial como el conjunto de límites y vínculos impuestos por los derechos y por los principios constitucionales tanto a la validez de las leyes como a la democracia política. En FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Trotta, Madrid, 2008, p. 88.

20 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1993, p. 37.

21 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007, p. 412.

22 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Trotta, Madrid, 1995, p. 859.

Es así que los derechos humanos representan, en palabras de Luigi Ferrajoli, «la ley del más débil»²³. Es decir, una garantía de mínimos vitales y dignos, que permite blindar a todas las personas de las relaciones asimétricas de poder en que pueden llegar a involucrarse a lo largo de su vida y que las hace susceptibles a mayores vulnerabilidades y discriminaciones. Esto permite que los derechos humanos se conviertan en una especie de muro protector de la dignidad humana, que busca garantizar que no estén al alcance del mercado y de las negociaciones sociales y/o políticas.

Siguiendo a Ferrajoli, si las reglas sobre la representación y el principio de mayoría se refieren a normas formales que corresponden a lo decidible por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar *esfera de lo indecidible*²⁴, lo intocable, el «coto vedado»²⁵, o lo «no opinable»²⁶. Ese «conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías»²⁷ y que se refiere no solo a aquello que no puede someterse a la decisión de la mayoría, es decir, que no puede ser decidible; sino también a aquello que no puede dejar de ser decidido; es decir, lo que debe, de manera imperativa, decidirse.

Es así como constitucionalismo y democracia se nutren recíprocamente, mediante los derechos humanos como punto de conexión. Se dice así que constitucionalizar los derechos significa dotarles de poder jurídico vinculante desde el

23 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez. Trotta, Madrid, 1999.

24 FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales: debate con Luca Baccelli, et al...* op. cit., p. 36.

25 GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho, ética y política*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 469.

26 BOBBIO, Norberto. «La regla de la mayoría: límites y aporías». En BOVERO, Michelangelo (Ed.). *Teoría general de la política*. Trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Trotta, Madrid, 2003, pp. 478-479.

27 FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo ... op. cit.*, p. 102.

texto de mayor jerarquía. Por tanto, podemos decir que el constitucionalismo *juridifica la democracia*, pues la dota de sentido, sustancia y contenido a través de la normatividad jurídica que recoge los valores y decisiones de una comunidad política (derechos humanos); mientras que la democracia, en tanto régimen, hace posible que se «materialicen en la práctica los valores de derechos humanos como la igualdad, libertad y seguridad jurídica que conforman la columna vertebral del constitucionalismo»²⁸.

En ese sentido, al estar los derechos humanos constitucionalizados, constituyen el parámetro de acción estatal a través de sus agentes estatales y no estatales para sus deberes tanto positivos (acciones) como negativos (abstenciones). Esto significa que los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) en el ámbito de sus jurisdicciones, deberán llevar a cabo su actuación dentro del marco de los derechos humanos.

2. OBLIGACIONES Y DEBERES DE LOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS FRENTE A LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES

Los derechos como meras declaraciones formales no alcanzan a asegurar su disfrute. Para ello es necesario una serie de principios y deberes que obliguen al Estado a garantizar su ejercicio. Es el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades estatales, lo que garantiza su ejercicio, siempre atendiendo a los contextos, casos particulares, políticas públicas, leyes, etc.

Una de las principales características de los derechos humanos es su *universalidad*. Es decir, que se adscriben a

28 CARBONELL, Miguel. *Derechos fundamentales y democracia ... op. cit.*, p. 21.

todas las personas sin discriminación alguna y que además son exigibles por todas las personas con independencia de su contexto político, jurídico, social, cultural. En ese sentido, «la universalidad se formula desde la vocación moral única de todos los seres humanos que deben ser considerados como fines y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida sociales que les permitan libremente elegir sus planes de vida»²⁹.

Esta característica tiene estrecha relación con el principio de igualdad. Según Ferrajoli, universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa, en tanto que «la igualdad jurídica no es más que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente por el hecho, y, al contrario, precisamente por el hecho de que sus titulares son diferentes entre ellos»³⁰.

En los derechos sexuales y reproductivos podemos encontrar una clara materialización de lo que Ferrajoli denominó «la igual valoración de las diferencias», para justificar su existencia y aplicación diferenciada. Para Ferrajoli, el modelo de igual valoración de las diferencias está basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales; no se trata de ser indiferente o intolerante a las diferencias, sino todo lo contrario. Se refiere a un «sistema de garantías capaces de asegurar la efectiva igualdad»³¹.

29 PECES-BARBA, Gregorio. «La universalidad de los derechos humanos». En NIETO NAVIA, Rafael (Editor). *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Corte IDH. San José, Costa Rica. 1994, p. 410.

30 FERRAJOLI, Luigi. «El principio de igualdad y la diferencia de género». En CRUZ PARCERO, Juan A. y VÁSQUEZ, Rodolfo (Coord.). *Debates Constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*. Fontamara, SCJN, México, 2010, pp. 13-14.

31 FERRAJOLI, Luigi. *Igualdad y Diferencia de Género*. CONAPRED, México, 2005, p. 10.

Para la materialización y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, se requiere atender, entre otras diferencias, las sexo genéricas. De aquí que sea imprescindible una perspectiva de género que permita entender y asimilar que las mujeres en tanto mujeres, y debido a sus características sexo genéricas, requieren de derechos y servicios distintos a los de los hombres, como puede ser el acceso a un aborto seguro y garantías de no discriminación respecto de la maternidad, precisamente con la finalidad de garantizar, en virtud de sus diferencias, una verdadera igualdad.

En ese sentido, «la diferencia de sexo debería justificar tratamientos diferenciados en todas las ocasiones en que un tratamiento igual penaliza al género femenino en contraste con los derechos de autodeterminación de las mujeres y con intereses específicos ligados a la identidad femenina»³².

Además, los derechos humanos son *interdependientes e indivisibles*, de manera que el disfrute de los derechos en general se lleva a cabo de manera conjunta. Es decir, se vinculan y necesitan recíprocamente. De tal suerte que no existen las jerarquías ni diferencias entre derechos, al mismo tiempo que no se encuentran aislados o separados, sino en un conjunto indisoluble, en tanto su importancia y necesidad de garantía tienen igual valor y apremio para garantizar a todas las personas una vida digna. Esto significa que los derechos sexuales y reproductivos deben considerarse de manera holística con otros derechos igualmente fundamentales para su verdadera garantía.

Por ejemplo, es fundamental garantizar el derecho a la información, el derecho a la salud y el derecho al libre desarrollo de la personalidad para ejercer los derechos re-

32 FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez. Trotta, Madrid, 2014, p. 90.

productivos. Así, el derecho a decidir implica que este sea de manera **libre** (sin que medie ninguna clase de coacción directa o indirecta y/o violencia); **responsable** (esto es conociendo y asumiendo las consecuencias de tales decisiones) e **informada** (mediante el conocimiento y dominio de información objetiva, clara, sin perjuicios o estereotipos de género, laica, científica y comprobable) respecto del **número** (que significa ¿cuántos hijos e hijas?) y el **espaciamiento** (o sea ¿cada cuándo? o ¿con qué frecuencia?) y finalmente, pero no menos importante, decidir si tener hijas, hijos, o no. Además, de este derecho se desprenden otras opciones importantes como el derecho a elegir con quién tener descendencia y cómo tenerla.

Finalmente, pero no menos importante, los derechos humanos deben ser *progresivos*, lo que además implica una prohibición a la regresividad; es decir, dar marcha atrás a derechos ya reconocidos y/o a los niveles alcanzados de satisfacción de tales derechos.

De acuerdo con Christian Courtis, la progresividad abarca dos sentidos: gradualidad y progreso. El primero se refiere a que, si bien la satisfacción de los derechos no es inmediata sino gradual, esto no puede interpretarse de manera que encuentre justificación el incumplimiento del deber estatal; por otro lado, respecto del progreso, se refiere al aceleramiento en la meta final del derecho, es decir, la obligación estatal de mejorar las condiciones tanto de goce como de ejercicio de los derechos³³.

Por otra parte, existen dos nociones de regresividad: regresividad en los resultados y regresividad normativa. Para

33 COURTIS, Christian. «La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios». En COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás a la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 3-52.

esta última es necesario llevar a cabo un ejercicio de comparación con la norma modificada, derogada o sustituida, con la finalidad de determinar si suprime, limita o restringe derechos o beneficios antes concedidos, lo que conllevaría a actualizar la señalada regresividad prohibida.

Por tanto, la no regresividad se entiende como la prohibición de adoptar políticas o medidas en general, incluyendo la sanción de normas jurídicas, que empeoren o retrocedan la situación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de que gozaba la población al momento de adoptar el tratado internacional. Así, con esta obligación, el Estado se compromete a no reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o a derogar los ya existentes³⁴.

Ahora bien, aunque la obligación de progresividad se fundamenta en el artículo 11.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de este precepto se desprende el deber de no regresividad, esta prohibición también constituye una obligación general de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que se traduce, por ende, en su aplicabilidad a todos los derechos establecidos por la Convención³⁵, alcanzando en ese sentido los derechos sexuales y reproductivos.

Lo anterior es particularmente importante para el tema que nos ocupa y en los contextos actuales, donde los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres se encuentran en jaque pues, como hemos advertido, las mareas conservadoras pretenden (y de hecho lo hacen) restringir, limitar y vulnerar derechos previamente reconocidos. Estas regresiones no solo limitan, sino que violan los derechos de autonomía y libertad de las mujeres, los cuales representan

34 Ibid., pp. 9-10.

35 Ibid., p. 12.

atributos indispensables para reconocer el carácter de humanas de las mujeres.

Ahora bien, además de los principios antes descritos, los Estados tienen obligaciones particulares frente a los derechos sexuales y reproductivos. Tales obligaciones permiten delimitar el alcance de la responsabilidad e intervención estatal respecto de estos derechos. El deber de *respetar* constituye la obligación más inmediata y básica de los derechos humanos, en tanto implica no interferir con o poner en peligro los derechos. Esta obligación la cumple el Estado por medio de abstenciones y la violenta a través de acciones³⁶. En materia de derechos sexuales y reproductivos, los Estados los respetan no solo cuando reconocen su existencia, sino también cuando no los privan arbitrariamente por razón de costumbres, tradiciones o creencias.

El Estado, en tanto obligado a vigilar el orden social, no debe encarnar valores morales; no debe pugnar por la afirmación, sustento o refuerzo de una determinada moral para todos sus ciudadanos y ciudadanas, basada en creencias ideológicas y/o religiosas, sino que debe limitarse a garantizar los principios básicos de todo Estado de Derecho: la igualdad, la libertad y la seguridad. El Estado democrático, sin duda, debe ser laico; por tanto, está obligado a impulsar sólidamente una ética social sostenida en los pilares de la tolerancia, el pluralismo, el anti dogmatismo y la igualdad.

Por otra parte, la obligación de *proteger* se dirige expresamente a los agentes estatales en el marco de sus respectivas funciones para crear un marco jurídico y la maquinaria institucional necesaria para prevenir las violaciones a los

36 SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel. *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*. FLACSO, México, 2013, p. 48.

derechos humanos³⁷. Nos encontramos, entonces, frente a una obligación positiva del Estado. Bajo esta obligación, se espera que el Estado despliegue las múltiples acciones necesarias a fin de proteger a las personas de las interferencias provenientes de particulares y de agentes estatales que puedan amenazar la efectividad de los derechos sexuales y reproductivos³⁸. Ejemplo de lo anterior puede ser los despidos o discriminaciones laborales a mujeres embarazadas, o la negación del acceso a servicios de aborto a mujeres y personas con capacidad de gestar que desean interrumpir su embarazo.

Finalmente, la obligación de *garantizar* no sólo tiene el objetivo de mantener el disfrute del derecho, sino también el de mejorarlo y restituirlo en caso de alguna violación. Fundamentalmente se trata de una obligación que exige la conducta positiva del Estado para asegurar la realización del derecho³⁹.

De acuerdo con la Corte IDH, la obligación de garantizar implica «el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos»⁴⁰.

Esta obligación tiene estrecha relación con el principio de efectividad, que proclama que los derechos están para ser vividos por las personas y ese es el objetivo que debe cumplir la garantía de los derechos⁴¹. El cumplimiento

37 SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel. *Los derechos en acción... op. cit.*, p. 50.

38 Ibid., p. 51.

39 Ibid., p. 54.

40 Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 21 de julio de 1989, párr. 166.

41 SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel. *Los derechos en acción... op. cit.*, p. 56.

to de esta obligación implica al menos dos características: la creación de una maquinaria institucional para adoptar medidas, que se refiere a crear de la infraestructura legal e institucional de la que depende la realización práctica del derecho⁴²; y la provisión de bienes y servicios, que se refiere al deber estatal de proveer a las personas con los recursos materiales necesarios para que logren disfrutar tales derechos⁴³.

En ese sentido y desde una lógica de derechos, el Estado no es solamente el principal responsable de respetar, proteger y garantizar los derechos sexuales y reproductivos. Esta nueva configuración consolida el hecho de que las personas evolucionen en su carácter de «beneficiarias» de políticas públicas ofrecidas por el Estado, a titulares de derechos con poder de exigir el cumplimiento de las obligaciones estatales derivadas⁴⁴.

3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL MEXICANA: LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 148/2017 DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (MÉXICO)

Como se advierte en los apartados anteriores, los Estados constitucionales y democráticos tienen obligaciones específicas en materia de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Estas obligaciones se desprenden tanto de instrumentos internacionales de protección de los de-

42 Ibid., p. 57.

43 Ibid., p. 59.

44 PAUTASSI, Laura. «Perspectivas actuales en torno al enfoque de derechos y cuidado: la autonomía en tensión». En PAUTASSI, Laura y ZIBECCHI, Carla (Coord.). *Las Fronteras del cuidado, agenda, derechos e infraestructura*. Biblio, Buenos Aires, 2013, p. 112.

rechos humanos⁴⁵ como de diversas disposiciones en sus marcos jurídicos internos. Sin embargo, su reconocimiento formal no ha sido suficiente para garantizarlos, ya que persisten obstáculos de índole social, cultural e institucional que dificultan su materialización.

Los tribunales constitucionales han funcionado como un contrapeso al interior de los Estados para señalar los casos de vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, estableciendo pautas mínimas para garantizarlos y aportando criterios relevantes dirigidos a transformar los estereotipos antes mencionados, robusteciendo así el marco de protección de estos derechos y señalando obligaciones precisas para hacerlos cumplir de manera efectiva en un marco de protección a derechos humanos.

Un ejemplo de lo anterior es el tribunal constitucional mexicano (Suprema Corte de Justicia de la Nación), que

45 La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) establece en su artículo 16 que los Estados deberán adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujeres en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares; en particular, asegurarán condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y tener acceso a información, la educación y los medios que les permitan ejercer derechos. Por otro lado, en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo celebrada en 1994 se utiliza por primera vez el término derechos reproductivos; el Programa de Acción de la Conferencia contiene una definición de derechos reproductivos que fue ratificada más tarde en la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia sobre la Mujer en Beijing 1995, la cual plantea que «Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos».

ha emitido diversos fallos orientados a proteger la salud reproductiva de las mujeres, violencia obstétrica, el derecho a decidir, relación entre vida laboral y reproducción, entre otros⁴⁶. En este apartado se expone la acción de inconstitucionalidad 148/2017.

El 27 de noviembre de 2017, la Procuraduría General de la República Mexicana (PGR) promovió acción de inconstitucionalidad contra cuatro artículos del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza, contenidos en el Decreto 990 publicado en el Periódico Oficial del Estado el 27 de octubre de 2017. Esta sentencia, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año 2021, aborda el análisis de normas que tipifican el aborto voluntario en México, y el fallo constituye un referente en torno de los derechos humanos de las mujeres.

El tema del acceso al aborto legal implica una de las demandas centrales en la lucha de las mujeres por reivindicar su ciudadanía desde el campo de los derechos sexuales y reproductivos. Como plantea Estefanía Vela Barba, más allá de los efectos directos que tiene su tipificación, el acceso a la interrupción legal del embarazo representa primordialmente un asunto de *soberanía básica* pues, cómo se podría hablar de libertad y por lo tanto de ciudadanía de las mujeres como sujetas plenas de derechos, si no se les permite tomar decisiones cruciales sobre su propio cuerpo y sobre su propia vida. Más aún, plantea la autora, si la vida re-

46 Véase Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación (Caso de despenalización del aborto en el Distrito Federal, primer estado en México que autoriza el aborto voluntario hasta la 12 semana de gestación). Amparo en revisión 60/2017, Suprema Corte de Justicia de la Nación (Caso de negación de acceso al aborto en caso de violencia sexual). Amparo en revisión 1064/2019, Suprema Corte de Justicia de la Nación (Caso de una mujer a quien se le realizó una esterilización forzada durante un procedimiento de cesárea en una institución pública).

productiva conlleva un impacto en las posibilidades de las mujeres para incorporarse plenamente a la vida pública⁴⁷.

A pesar de lo anterior, continúa siendo un tema no resuelto. En México, el aborto se regula a nivel local. Por ello se ha intentado incidir desde los órganos democráticos representativos de cada Estado del país. Sin embargo, ha existido una resistencia generalizada por atender el tema en esta vía⁴⁸, especialmente por el componente cultural y social que implica, así como por la falta de reconocimiento literal del acceso al aborto dentro de las normas constitucionales que enmarcan los derechos a la autonomía reproductiva y sexual de las mujeres.

Lo anterior plantea una dificultad para establecer la interpretación y el alcance del derecho. Sin embargo, aunque la Constitución Federal Mexicana no lo enuncia de manera expresa, es posible identificar al menos tres derechos que lo tutelan a partir de múltiples aspectos: el derecho a la libertad, a la salud y a la igualdad; la sentencia permite constatar que la falta de enunciación en la Constitución de estos derechos no les resta concreción ni exigibilidad⁴⁹. A continuación se reflexiona sobre los criterios más relevantes.

En el fallo se analizan particularmente los artículos 195 y 196 del Código Penal del Estado de Coahuila⁵⁰. El análisis

47 VELA BARBA, Estefanía. «Desigualdad de género: más allá de los síntomas y el castigo». En BECK, Humberto y LEMUS, Rafael (Eds.). *El futuro es hoy. Ideas radicales para México*. Biblioteca Nueva, Madrid, 2018, p. 58.

48 Hasta 2021, antes de la emisión del fallo, tan solo cuatro de los 32 estados del país habrían despenalizado el aborto voluntario.

49 GONZÁLEZ CARVALLO, Diana Beatriz. *Cuadernos de Jurisprudencia núm. 16. Derechos Sexuales y Reproductivos*. Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022, p. 3.

50 El Código Penal del Estado de Coahuila establece en su artículo 195: «Comete el delito de aborto quien causa la muerte al producto de la concepción, en cualquier momento del embarazo». Y en su artículo 196: «Se impondrá de uno a tres años de prisión, a la mujer que

sis se centra en responder si dichas normas, que plantean procesar penalmente a las mujeres que decidan voluntariamente interrumpir su embarazo, devienen o no inconstitucionales. Al respecto, la SCJN resuelve sobre su inconstitucionalidad, pues sostiene que implican una vulneración al derecho de la autonomía reproductiva de las mujeres, «el derecho a decidir».

La primera aportación de la sentencia recae en la determinación de la existencia de un *derecho constitucional a decidir* bajo la consideración de que su reconocimiento deriva de la interpretación y combinación particular de diferentes derechos y principios tales como la dignidad humana, la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad jurídica, el derecho a la salud (psicológica y física) y la libertad reproductiva⁵¹. A partir de una interpretación de estos derechos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación va vinculando para reconocer la obligación del Estado de no intervenir en una decisión relativa a la vida privada de las personas, como lo es la maternidad o no maternidad⁵².

Por ejemplo, en relación con la *dignidad humana*, las vincula al establecer que un elemento esencial de este derecho humano implica que las mujeres y las personas con capacidad de gestar puedan disponer libremente de su cuerpo y, con ello, puedan construir su identidad y destino de forma autónoma, sin imposiciones y transgresiones. En este sentido, el derecho de las mujeres a decidir sobre su reproducción implica el despliegue de la libertad mínima para el desarrollo de su vida en plenitud⁵³. Este criterio sostiene, por tanto, que criminalizar el aborto tiene como resultado

voluntariamente practique su aborto o a la persona que la hiciere abortar con el consentimiento de aquella».

51 AI 148/2017 SCJN, 2021, p. 21, párr. 53.

52 Ibid., p. 22, párr. 56.

53 Ibid., p. 26, párr. 64.

una imposición sobre la vida y los cuerpos de las mujeres que resultaría en una transgresión a su dignidad humana.

Por lo que hace a la *autonomía reproductiva* de las mujeres y el libre desarrollo de la personalidad, establece que el derecho a decidir se vincula como una herramienta esencial para ejercer estos derechos. En este sentido, su garantía implica permitir a la mujer o persona con capacidad de gestar elegir quién quiere ser en relación con la posibilidad de ser madre o no serlo. De esta forma, el tribunal reconoce que la maternidad o la no maternidad forman parte del libre desarrollo de la personalidad y de la autonomía reproductiva; por tanto, está ligada a la noción de voluntad y deseo que la vida personal atravesase o no por tal faceta⁵⁴.

Respecto a la *igualdad y no discriminación*, el tribunal reitera la obligación de los estados —en términos de derechos humanos de las mujeres, y especialmente con relación a la sexualidad y reproducción—, de aplicar una perspectiva de género. Esto implica tomar en cuenta factores estructurales y contextuales, como las relaciones de subordinación en torno al género, para analizar si el resultado del contenido o aplicación de normas, políticas, prácticas o programas, aparentemente neutros, generan un impacto desproporcionado en personas o grupos en situación de desventaja histórica⁵⁵.

En el fallo se sostiene que las normas que tipifican el aborto actualizan dicho supuesto, pues se sustentan en constructos nocivos respecto a la feminidad y la maternidad que colocan a las mujeres en una situación de vulneración que transgrede el principio de igualdad y no discriminación. Detrás de la penalización con cárcel para aquellas mujeres que optan por la interrupción de su embarazo, se posiciona

54 Ibid., p. 31, párr. 74.

55 Ibid., p. 87, párr. 37.

la idea de que la maternidad es un destino blindado y obligatorio para las mujeres. Sobre esto la Corte sostiene que, por el contrario, la maternidad constituye una acción que para realizarse en plenitud tiene que ser resultado de una decisión voluntaria⁵⁶.

Este caso ilustra que los estados tienen *la obligación de incorporar una perspectiva de género para analizar las controversias que involucren derechos de las mujeres*. En tal sentido, para dotar de contenido estos derechos, siempre debe atenderse a las condiciones estructurales y contextuales específicas de lo que se analice. Ello permitirá adecuar las normas para responder de forma efectiva en atención al principio de igualdad. Por lo que hace al caso concreto, las normas que penalizan el aborto tienen un impacto desproporcionado en grupos o personas en situación de desventaja histórica, como las mujeres y las personas con capacidad de gestar.

A partir de las consideraciones anteriores, el tribunal mexicano determina la constitucionalización del derecho a decidir. Y sostiene que no tiene cabida en la doctrina jurisprudencial del mismo, un escenario en el cual la mujer y las personas con capacidad de gestar no puedan plantearse el dilema de continuar o interrumpir su embarazo por un corto periodo de tiempo al inicio de la gestación, pues ello tendría como resultado asumir que su dignidad y autonomía personal pueden modularse y restringirse en función de supuestos basados en un constructo social que, antes que personas independientes, las configura como instrumentos de procreación⁵⁷.

La segunda aportación relevante de la sentencia consiste en la delimitación de los bordes externos e internos del de-

56 Ibid., p. 90, párr. 38.

57 Ibid., p. 56, párr. 131.

recho a decidir. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de un ejercicio de interpretación conforme, utilizando normativa nacional e internacional, dota de contenido al derecho y lo traduce en *obligaciones estatales esenciales* para garantizarlo. Así, reconoce que los estados deberán cumplir mínimamente con los siguientes puntos⁵⁸:

- a) Educación sexual como pilar de la política pública en materia de salud reproductiva.
- b) Acceso a la información sobre métodos anticonceptivos y control de natalidad.
- c) La titularidad del derecho a decidir sobre la interrupción del embarazo recae sobre las mujeres y las personas con capacidad de gestar.
- d) Acompañamiento informado en procesos de interrupción del embarazo.
- e) Garantía a las mujeres y personas gestantes de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en clínicas de salud pública, de forma accesible, gratuita, confidencial y sin discriminación.
- f) El derecho de la mujer o persona gestante a decidir sólo puede comprender el procedimiento de interrupción del embarazo dentro de un breve periodo cercano al inicio del proceso de gestación. Esto es resultado del encuentro entre el derecho a elegir, que encuentra su límite en la protección constitucional que amerita el no nacido.

Con lo anterior el tribunal hace una interpretación del derecho en el sentido más amplio posible (pro persona). No reduce su intervención a una delimitación normativa, sino

58 Ibid., párrs. 157, 159, 162, 164, 170, 175 y 180.

que también se pronuncia sobre garantías de efectividad que será obligación de las demás autoridades del Estado implementar como forma de garantizar el derecho a la autonomía de las mujeres.

La determinación del tribunal mexicano marca una pauta importante en términos de derechos humanos de las mujeres. En primer lugar, al resaltar la importancia de aplicar una óptica diferenciada que involucre una perspectiva de género en casos que aborden estos derechos como obligación de los estados para garantizarlos de forma efectiva. Por otro lado, en cuanto a la importancia de materializarlos y la obligación de los órganos democráticos en este sentido. Por lo anterior, la sentencia es un claro ejemplo de cómo las decisiones judiciales pueden llegar a tener un carácter transformador que resulten en un impacto positivo en la protección a derechos humanos de las mujeres ante la inactividad u omisión del legislativo.

Finalmente, reviste especial importancia en términos de obligaciones de los estados de garantizar derechos sexuales y reproductivos, pues la argumentación que realiza para llegar a este resultado contiene elementos innovadores que aportan sustancialmente a la transformación cultural, jurídica y social del aborto, elemento esencial en la garantía de estos derechos que, sin duda, marca pautas mínimas de interés para otros países.

4. JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA:

EL CASO GELMAN VS URUGUAY

¿SE PUEDEN SOMETER A VOTACIÓN

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha resuelto diversos casos relaciona-

dos con derechos humanos de las mujeres, de los cuales se desprende jurisprudencia relevante en términos de obligaciones para los estados que reconocen su competencia contenciosa.

En el tema de derechos reproductivos destaca la sentencia *Gelman Vs. Uruguay*, emitida por la Corte IDH en el año 2011⁵⁹. El caso trata sobre la desaparición forzada de Marcelo Ariel Gelman Schubaroff y su esposa María Claudia García Iruretagoyena de Gelman —quien al momento de la detención tenía alrededor de siete meses de embarazo—, así como de la supresión y sustitución de la identidad de su hija María Macarena Gelman García.

Los hechos acontecieron entre 1973 y 1985, periodo en que se desarrolló la dictadura cívico-militar en Uruguay. Este periodo se caracterizó por las prácticas sistemáticas de detenciones arbitrarias, torturas y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia de la dictadura uruguaya en colaboración con autoridades argentinas. En este contexto, el 24 de agosto de 1976, María Claudia García Iruretagoyena y su esposo Marcelo Gelman fueron detenidos en Buenos Aires y trasladados a un centro clandestino, donde permanecieron juntos unos días y después fueron separados. Después de la separación, Marcelo fue torturado y ejecutado; sus restos fueron descubiertos en 1989.

En lo que respecta a María Claudia, de nacionalidad argentina y quien en ese momento tenía 19 años y estaba embarazada, fue trasladada en el marco de la «operación cóndor» por autoridades uruguayas a Montevideo, donde durante su cautiverio habría dado a luz a su hija. Poco des-

59 Salvo observación en contrario, a partir de ahora se sigue en lo establecido en Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

pués del nacimiento le fue sustraída, colocada en un canasto y dejada en la puerta de la casa de la familia del policía uruguayo Ángel Tauriño. Él y su esposa, quienes no tenían hijos, recogieron el canasto y se quedaron con la niña, registrándola como hija con el nombre María Macarena Tauriño.

Tiempo después, en el año 2000, María Macarena Gelman García, quien en ese momento tenía 23 años, tuvo contacto por primera vez con Juan Gelman, su abuelo paterno. Lo anterior la llevó a realizar una prueba de ADN que determinó la identificación positiva del parentesco con la familia Gelman en un 99,99%.

A pesar de la búsqueda de justicia por parte de María y su abuelo, por la grave vulneración a los derechos humanos de los miembros de su familia, los hechos nunca fueron investigados ni sancionados por el Estado uruguayo. Esto fue posible en virtud de que en 1986 el mismo gobierno de Uruguay aprobó la Ley No. 15.848 o Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, aprobada a partir de un procedimiento de consulta ciudadana (referendo), que implicaba una amnistía para todos los delitos cometidos por las autoridades en el periodo del régimen militar.

Después del análisis de los hechos, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado uruguayo por la desaparición forzada de María Claudia García y por la sustracción y entrega a terceros de su hija María Macarena Gelman que, además, tuvo como resultado la sustitución de su identidad. Señaló la vulneración del derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, al nombre, a la familia, a los derechos de los niños y niñas, y a la nacionalidad.

También se reconoció responsabilidad internacional al Estado uruguayo por la falta de investigación efectiva de los hechos, así como por el incumplimiento de la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana so-

bre Derechos Humanos, como consecuencia de la interpretación y aplicación que se le dio en el caso a la Ley 15.848 de la Pretensión Punitiva del Estado de Uruguay.

La Sentencia Gelman plantea dos aristas relevantes en relación con la obligación de los sistemas democráticos frente a la vulneración de derechos humanos de las mujeres. La primera particularmente sobre derechos reproductivos, al establecer parámetros respecto del derecho que tienen las mujeres a la autonomía de su cuerpo, y que este no puede ser cosificado con fines reproductivos. En el fallo se razonó sobre las condiciones particulares de vulnerabilidad que implican casos de mujeres, que pueden configurar una afectación diferenciada en virtud del género y que, obligatoriamente, deben ser observadas por los estados.

Por otro lado, aborda la relación entre leyes de amnistía y violaciones graves a derechos humanos en el caso particular de las mujeres, debido a las circunstancias y particularidades de la víctima. Sobre lo anterior, el elemento central de análisis recae en que la Ley de Caducidad objeto de controversia fue aprobada por un procedimiento de referendo; es decir, que los hechos juzgados podrían entenderse como democráticamente avalados.

Lo anterior confronta e invita a reflexionar sobre las implicaciones de someter a consulta la garantía de derechos humanos de las mujeres; especialmente si tomamos en cuenta que su ejercicio y garantía siempre han estado sujetas a la eliminación de preconcepciones culturales arraigadas y normalizadas en la sociedad. En este contexto, ¿es viable someter a votación popular la protección de estos derechos?

En relación con la primera arista, los derechos humanos reproductivos de las mujeres, el caso es relevante pues se trata de una desaparición forzada que suma dos elementos

diferenciados por el contexto de la persona desaparecida, en su condición de mujer y su estado de embarazo avanzado. En la sentencia se desarrollan argumentos para sostener que los actos realizados contra María Claudia García al momento de su detención revisten un carácter distinto a otro tipo de desapariciones, pues, como consecuencia de la condición de género, se enfrentó de forma diferente a los efectos de la desaparición, situación que la coloca en un estado de mayor vulneración.

La Corte IDH señala que los actos perpetrados contra María Claudia García configuraron *violencia basada en el género*, pues su estado de embarazo al momento de la detención implica una condición de particular vulnerabilidad que tuvo como resultado una afectación diferenciada. Tal diferencia consistió en que la violencia ejercida en su contra tuvo como eje la instrumentalización de su cuerpo en función del nacimiento y el periodo de lactancia de su hija, quien fue sustraída y entregada a otra familia.

Lo anterior, sostiene la Corte IDH, revela una particular concepción sobre el cuerpo de la mujer que atenta contra la libre maternidad, un aspecto de la vida de las mujeres que, además, es parte esencial del libre desarrollo de la personalidad. Así, estos actos fueron clasificados como una de las más graves y reprochables formas de violencia contra la mujer, que tuvieron como consecuencia daños y sufrimientos tanto físicos como psicológicos.

Con lo anterior, la Corte posiciona un criterio jurisprudencial relevante en términos de derechos reproductivos de las mujeres, al reconocer la maternidad como un elemento vinculado directamente al desarrollo de la personalidad de las mujeres que decidan ejercerla y que, por tanto, las condiciones asociadas a ella tienen que darse en un contexto de libertad, sin imposiciones ni violencia.

Respecto a la segunda arista, el Caso Gelman aborda el análisis de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley 15.848). Esta norma fue aprobada en el proceso de salida de la dictadura y concedió una amnistía «respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto».

Tras la promulgación de la Ley de Caducidad, víctimas y representantes de personas desaparecidas presentaron acciones de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, solicitando su pronunciamiento respecto a la constitucionalidad de la norma. El tribunal sostuvo la constitucionalidad de la norma por mayoría de tres votos a dos⁶⁰.

El 19 de junio de 2002 el señor Juan Gelman presentó una denuncia en Uruguay en relación con los hechos ocurridos a su nuera María Claudia y a su nieta María Macarena. Desde el año 2003, los procedimientos fueron desestimados

60 La primera ocasión sucedió un año después de la determinación del tribunal constitucional y consiste en la interposición de un recurso de referéndum (párrafo 2º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay) en 1989 contra la Ley de Caducidad. El mecanismo fue promovido por la Comisión Nacional pro-Referéndum contra la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, conformada por un grupo de ciudadanos y familiares de detenidos desaparecidos. En el ejercicio se recolectaron las firmas de más del 25% de los electores (aproximadamente 630.000), con las cuales se interpuso el recurso, el cual no fue aprobado por la ciudadanía uruguaya, pues solo el 42.4% de los votantes se pronunció a favor de hacer lugar al recurso y el resto en contra (párr. 147). La segunda ocasión ocurrió el 25 de octubre de 2009, mediante el mecanismo de «iniciativa popular» plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) por medio del cual se sometió a consideración de la ciudadanía un proyecto de reforma constitucional por el que se introduciría en la Constitución una disposición especial que declarararía nula la Ley de Caducidad. Sin embargo, esta propuesta sólo alcanzó el 47.7% de los votos emitidos, por lo que no fue aprobada.

por diversos motivos, pero principalmente por la aplicación de la Ley de Caducidad. Finalmente, en instancias internas, no hubo acceso a justicia para las personas afectadas del caso.

La Ley de Caducidad representó el principal elemento que inhibió la investigación, sanción y resolución del Caso Gelman a nivel interno. Es importante mencionar que dicha normativa gozaba de legitimidad democrática pues, al ser sometida a escrutinio en diversas ocasiones, la mayoría de la población la confirmó.

A pesar de la reiterada legitimidad democrática que reviste a la norma en análisis, la Corte IDH la confronta y la desestima. Para hacerlo desarrolló diversos argumentos; el primero se sostiene en las innegables vulneraciones graves a derechos humanos que el caso plantea: desaparición forzada y violencia de género.

Sobre lo anterior, la Corte puntualizó y recordó las obligaciones internacionales que tienen los estados de investigar y, en su caso, sancionar graves violaciones de derechos humanos, como es el caso de la desaparición forzada. Por otro lado, sostiene con base en su jurisprudencia⁶¹ que son inadmisibles las normas de amnistía, como lo es la Ley de Caducidad, así como todas aquellas disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos como las que implica el caso.

61 Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 41; Id. *Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párr. 129; Id. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 171.

La Corte sostiene una línea argumentativa que deja fuera de la conversación el elemento democrático cuando se trata de decisiones que pretendan impedir el acceso a la justicia en casos de violaciones graves de los derechos humanos. Por ejemplo, señala que el hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aun ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones, no le concede automáticamente, ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional.

Así, la Corte IDH confirma una postura que excluye los procesos democráticos, como las consultas populares a las que se sujetó la aprobación y ratificación de la Ley, cuando se trate de este tipo de asuntos⁶². Sostiene que la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad tiene límites. Dichos límites devienen en las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana⁶³.

Por lo anterior, sostiene que la existencia de un verdadero régimen democrático se determina por sus características formales, pero también las sustanciales y particularmente en casos de graves violaciones a normas de derecho internacional, la protección y garantía de los derechos constituyen un límite necesario a la regla de las mayorías⁶⁴. Es decir, que la garantía derechos humanos de las personas queda fuera de lo *susceptible a ser decidido* por las mayorías en estados constitucionales y democráticos.

Con lo anterior, la Corte rechaza de modo categórico que la protección de los derechos de las personas sea consulta-

62 MEX ÁVILA, Luis Fernando. «Caso Gelman vs Uruguay: una revisión bajo la idea de Razón Pública de John Rawls». En *Andamios*. Vol. 17, Núm. 42, enero-abril 2020, pp. 167-193.

63 Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay... op. cit.*, párr. 239.

64 Idem.

da. La combinación de ambas aristas que desarrolla la Corte en la sentencia Gelman permite concluir que la garantía de los derechos reproductivos de las mujeres, en ningún caso, constituyen objeto de consulta.

El Caso Gelman Vs. Uruguay sentó un precedente importante en la protección de los derechos reproductivos como derechos humanos fundamentales, pues se reconoció que estos deben ser respetados y protegidos por los estados. Este reconocimiento marcó un hito significativo al respaldar la idea de que los derechos reproductivos son derechos inherentes al desarrollo de la personalidad de las mujeres y no deben ser violados, ni siquiera en situaciones de conflicto o dictadura.

Además, el caso Gelman Vs. Uruguay destacó la importancia de la prevención y sanción de las violaciones a los derechos reproductivos. El Estado tiene la responsabilidad de garantizar que estas violaciones no ocurran, y de sancionar a los responsables en caso de que ocurran. Esto fortalece el marco legal y constitucional para la protección de estos derechos en Uruguay y otros países que se guían por el derecho internacional.

CONCLUSIONES

Los derechos sexuales y reproductivos siguen siendo temas de grandes y profundas disputas democráticas. Sin embargo, en los estados que imperan democracias constitucionales, al ser los derechos fundamentales un límite inquebrantable de la actuación estatal, las prerrogativas asociadas a la sexualidad y reproducción no solo deben ser reconocidas, respetadas, protegidas y garantizadas, sino que deben quedar fuera de cualquier negociación política,

económica y de cualquier índole, y no estar sujetas a regresiones ni a determinaciones de las mayorías.

Aunque podría decirse que la constitucionalización de los derechos ha sido en su mayoría trabajo de los parlamentos y los órganos legislativos, también es cierto que las cortes constitucionales han contribuido a garantizar el cumplimiento de las obligaciones estatales respecto a los derechos humanos y, particularmente, a los derechos sexuales y reproductivos.

En diversas ocasiones los tribunales constitucionales han funcionado como un contrapeso al interior de los estados para señalar los casos de vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, estableciendo pautas mínimas para garantizarlos y aportando criterios relevantes dirigidos a transformar los estereotipos asociados a la sexualidad y reproducción, robusteciendo así el marco de protección a estos derechos y señalando obligaciones concretas para hacerlos cumplir de manera efectiva en un marco de protección a derechos humanos.

En este trabajo se analizaron dos sentencias importantes en la materia en contextos democráticos, que ponen en evidencia la labor jurisdiccional en la democratización de los estados. La primera, respecto del caso mexicano, referente a la Acción de Inconstitucionalidad 148/2017 resuelta por la SCJN, que no solo determinó que la pena de prisión que imponía el Código Penal del Estado de Coahuila a las mujeres que decidieran voluntariamente interrumpir un embarazo era inconstitucional, sino que constitucionalizó el derecho a decidir, imponiendo al Estado deberes y obligaciones particulares que no habían estado expresamente reconocidas.

Como consecuencia, la interpretación tuvo efectos para todas las legislaciones y tipificaciones escritas en el mismo

sentido, lo que constituyó un precedente fundamental para garantizar el derecho a decidir de las mujeres y personas con capacidad de gestar en todo el país.

Sin embargo, del caso mexicano también se derivan retos pendientes fuera del alcance del logro jurisdiccional. El hecho de que la SCJN reconozca que el delito de aborto, en los términos señalados por el Código Penal de la entidad, es inconstitucional, no hace emerger ni garantizar automáticamente el derecho a decidir. A partir de las implicaciones que la propia SCJN desarrolló en torno al derecho a decidir, toca ahora materializar y activar la maquinaria estatal a fin de adoptar medidas e infraestructura legal e institucional de las que depende la realización práctica del derecho, y la provisión de bienes y servicios⁶⁵.

Por otro lado, el Caso Gelman Vs. Uruguay, resuelto por la Corte IDH, plantea cuestiones interesantes sobre la inviolabilidad de los derechos humanos, y el no sometimiento a la decisión de la mayoría. Con ello quedó claro que los derechos reproductivos son inherentes al desarrollo de la personalidad de las mujeres y no deben ser violados, ni siquiera en situaciones de conflicto o dictadura. Los derechos humanos, incluyendo los derechos sexuales y reproductivos, al constituir la esfera de lo indecible, no se consultan, se garantizan.

La capacidad de tomar decisiones autónomas y libres respecto de la sexualidad y reproducción es fundamental para el ejercicio de una ciudadanía plena. En este contexto, la intromisión estatal en estos ámbitos resulta en la vulneración de diversos derechos humanos, lo cual impide el desarrollo de todas las personas en igualdad de condiciones.

65 SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel. *Los derechos en acción... op. cit.*, p. 59.

Finalmente, es importante señalar que la imposición de restricciones por parte del Estado en esta esfera de la vida de las personas no solo menoscaba la autonomía individual, sino que también perpetúa desigualdades de género que inhiben el desarrollo de una sociedad inclusiva, justa e igualitaria.

Capítulo II

El secreto médico profesional y la salud reproductiva desde una perspectiva bioética y legal



*Aura Guerrero, Natalia Acevedo-Guerrero
y Patricio López Turconi*

INTRODUCCIÓN

El secreto médico profesional cuenta con una larga y fuerte tradición legal. Son varios los instrumentos de derecho internacional que han protegido la confidencialidad de los datos médicos, incluyendo todo aquello que sea revelado por una persona en el marco de una consulta médica¹.

El deber de guardar el secreto profesional y la confidencialidad de la información médica se entiende como regulador de la relación entre pacientes y médicos, y como un elemento esencial en la naturaleza moral de la práctica de la medicina². Su cumplimiento es necesario, entre otras razones, para asegurar la provisión de bienes y servicios médicos aceptables y accesibles, tal y como fuera reconocido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH)³, la Corte Interamericana de Derechos Hu-

1 Ver la Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, la Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente y El Manual de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial.

2 FERGUSON, Angus H. «History of Medicine. The Evolution of Confidentiality in the United Kingdom and The West». En *American Medical Association Journal of Ethics*. Vol. 14, Núm. 9, septiembre 2012, pp. 738-742.

3 Comisión IDH. *Informe de solución amistosa No. 59 de 2014*, Alba Lucía Cardona. Colombia, 2014, párr. 29.

manos (en adelante Corte IDH)⁴, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité DESC)⁵ y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante Comité CEDAW)⁶.

En su decisión en el caso *Manuela y otros vs. El Salvador* (2021), la Corte IDH se pronunció específicamente sobre el derecho de las personas a recibir atención médica confidencial y a la protección de los datos de su salud, como corolario de los derechos a la vida privada y a la salud⁷. La sentencia también estableció que en casos de emergencias obstétricas, en los que está en juego la vida de las mujeres, deberá privilegiarse el deber de guardar el secreto médico. Además, gran parte de las legislaciones nacionales en materia de ética médica, salud y protección de datos personales hoy cuentan con salvaguardas claras para la protección de la confidencialidad y privacidad en el ámbito de la salud.

El principio de confidencialidad no puede considerarse absoluto, ya que tradicionalmente la figura del secreto médico ha tenido excepciones⁸. En la actualidad, diversas legislaciones han incorporado excepciones al secreto médico, previendo su revelación o denuncia obligatoria en ciertos casos⁹. Entre estas cabe mencionar la obligación de denunciar

4 Corte IDH. *I.V. v. Bolivia*. Serie C, No. 329 y Caso *Manuela y otros Vs. El Salvador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 441.

5 Comité DESC. *Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. E/C.12/2000/4.11 de agosto de 2000, párr. 12 c).

6 CEDAW. *Recomendación General 24, La mujer y la salud*. 1999, párr. 22.

7 Corte IDH. *Caso Manuela y otros Vs. El Salvador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 206.

8 THOMPSON, Ian E. «The nature of confidentiality». En *Journal of Medical Ethics*, N° 5, 1979, pp. 57-64. También CABRERA, Oscar. «Peritaje presentado ante la Corte IDH en el caso *Manuela y Familia Vs. El Salvador*». Washington, 2021, párr. 47.

9 Por ejemplo, en Colombia, la sentencia C-301 de 2012 de la Corte Constitucional ha admitido excepciones al secreto en situaciones ex-

cuando se sospeche de la comisión de un hecho delictivo o de un posible peligro a terceras personas; cuando se esté ante enfermedades con relevancia epidemiológica; cuando existan pruebas o indicios de violencia contra niñas, niños y adolescentes o de género, o cuando una entidad competente requiera la revelación del secreto médico¹⁰.

tremas y para prevenir la consumación de un delito grave o ante la existencia de un peligro actual. En República Dominicana, la Ley N° 172 de 2013 protege el deber de secreto para diferentes profesionales y solo admite excepciones por razones relativas a la seguridad pública, defensa nacional o salud pública. En Guatemala, el Código Penal y el Código Deontológico contempla como excepciones: el requerimiento de autoridad competente; por imperativo legal en los casos en que es obligatoria la denuncia; cuando existe claro peligro para el paciente, otras personas o para la sociedad; en casos de enfermedades que requieran notificación obligatoria ante las autoridades sanitarias; en la atención de menores de edad ante quienes tienen la patria potestad, y/o cuando el médico se vea perjudicado legalmente por mantener el secreto profesional. En Honduras, el Código Penal y el Código Deontológico establecen como excepciones el daño al paciente, a terceros y/o a la sociedad; cuando el paciente (i) esté bajo responsabilidad del médico y (ii) no tenga «la capacidad de evaluar su problema y solucionarlo por sus propios medios»; en casos de tortura o trato cruel, inhumano o degradante; cuando se esté ante casos de violación de derechos como la violencia física, sexual o psicológica, o cuando se esté ante un paciente menor de 18 años cuyos derechos han sido vulnerados. En Panamá, el Código Penal y el Código de Ética también contempla como excepciones la denuncia de delitos de explotación sexual y corrupción de menores y enfermedades de denuncia obligatoria; cuando haya serio peligro para el bien común o pueda haber «grave perjuicio para terceros inocentes»; cuando haya riesgo para el propio paciente; por solicitud de un órgano judicial; cuando se requiere para la defensa legal del médico; cuando haya curadores de personas con discapacidad mental; en contextos de educación con estudiantes de Medicina o en casos de peritajes o exámenes forenses.

- 10 SCHLEITE, Kristin E. «When Patient-Physician Confidentiality Conflicts with the Law». En *AMA Journal of Ethics*. 2009, Vol. 11, N° 2, pp.146-148. Consultado el 23 de septiembre de 2023. Recuperado de: <https://journalofethics.ama-assn.org/article/when-patient-physician-confidentiality-conflicts-law/2009-02> También: KNOPPERS, Barbara Maria. «Confidentiality of Health Information: International Comparative Approaches, Protecting Data Privacy in Health Services Research». En: National Library of Medicine. Consultado el 23/09/2023. Recuperado de: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK222816/> . STEWART, Dudley. «In defense of exceptions to confidentiality». En

En otras legislaciones persisten obligaciones ambiguas respecto a la revelación del secreto y restricciones a la confidencialidad frente a emergencias obstétricas o cuando se tenga sospecha de abortos, lo que sigue siendo un factor frecuente y detonante de la criminalización¹¹.

En algunos países de la región los marcos normativos no solo son ambivalentes, sino que los profesionales de la salud también suelen enfrentarse a la disyuntiva entre cumplir con el secreto médico que manda su profesión o enfrentar cargos por omisión de denuncia. Por ejemplo, en Perú, persiste en la Ley General de Salud la obligación de los médicos de denunciar cuando detecten indicios de aborto¹², mientras que el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico prevé el deber del médico de mantener el secreto profesional para proteger la confidencialidad de los datos proporcionados por sus pacientes¹³.

Esta situación lleva a menudo a la criminalización en el contexto de servicios de salud sexual y reproductiva, fenómeno que suele involucrar distintos tipos de violaciones al secreto médico. Ciertamente, en algunos casos, los profesionales de la salud suelen ser la principal fuente de denuncias ante las autoridades, y sus testimonios son utilizados

AMA *Journal of Ethics*, 2003. Vol. 5, N°10, pp. 445-448. GAMARRA HERRERA, Ronald, UCEDA PÉREZ, Ricardo y GIANELLA MALCA, Gonzalo. *Secreto profesional: Análisis y perspectiva desde la medicina, el periodismo y el derecho*. Promsex, Lima, 2011.

11 CONSTANTIN, Andrés. *Muerte o cárcel persecución y sanción por aborto*. Consorcio Latinoamericano Contra el Aborto Inseguro (CLACAI), Lima, 2018.

12 LOAYZA TAMAYO, Carolina, MARÍN SANDOVAL, Ysabel. *El Derecho de las médicas y los médicos al Secreto Profesional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. PROMSEX. Lima. 2010.

13 Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú. Consultado el 6 de octubre de 2023. Recuperado de: <https://www.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2020/01/CODIGO-DE-ETICA-Y-DEONTOLOG%.pdf>.

en los procesos judiciales¹⁴. Por ejemplo, en Brasil, los hospitales y centros de salud son escenarios donde se genera gran parte de las denuncias por aborto ante las autoridades judiciales¹⁵. Aunque existen algunos estándares importantes por la vía judicial, muchos de ellos no cuentan con efectos generales. Recientemente, el Supremo Tribunal Federal suspendió la acción penal contra una mujer que realizó un aborto autogestionado, al considerar que las pruebas existentes (denuncia del médico y testimonio del médico en el proceso) eran ilícitas por haber sido obtenidas en violación al secreto profesional¹⁶.

A pesar de algunos ejemplos aislados, la criminalización apoyada en la violación del secreto médico sigue siendo una práctica generalizada y aceptada por los sistemas judiciales en diferentes países de la región. Dadas estas circunstancias, en este artículo revisaremos los fundamentos éticos y legales que respaldan el secreto médico profesional para luego precisar las obligaciones de los estados en este ámbito, según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Primero desarrollamos el marco general del deber del secreto profesional, que se considera un elemento funda-

14 Human Rights Watch. «¿Por qué me quieren volver hacer sufrir?» El impacto de la criminalización del aborto en Ecuador, 2021. Consultado el 23 de septiembre de 2023. Recuperado de: <https://www.hrw.org/es/report/2021/07/14/por-que-me-quieren-volver-hacer-sufrir/el-impacto-de-la-criminalizacion-del>

15 Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. «Coordenação de Defesa de Mulher dos Direitos Humanos». En *Entre a morte e a prisão: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro*. CEJUR, 2018.

16 STJ. «Sexta Turma tranca ação penal por aborto ao ver quebra de sigilo profissional entre médico e paciente», 2023. Consultado el 23 de septiembre de 2023. Recuperado de: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/14032023-Sexta-Turma-tranca-acao-penal-por-aborto-ao-ver-quebra-de-sigilo-profissional-entre-medico-e-paciente.aspx>

mental en la ética de diferentes profesiones. Segundo, analizamos la larga tradición del secreto en el derecho médico internacional y su relación con diferentes principios de la bioética, incluyendo la autonomía, la beneficencia y la no maleficencia, la justicia, el deber de lealtad y la confianza. Posteriormente, estudiamos los estándares sobre secreto médico que existen en el DIDH y ahondamos en los pronunciamientos sobre confidencialidad en el contexto de los servicios de salud sexual y reproductiva. Luego nos centramos en los estándares específicos sobre secreto médico desarrollados por la Corte IDH en el caso *Manuela y otros Vs. El Salvador*, explicando su relevancia para los casos de emergencias obstétricas y aborto. Finalizamos puntualizando las obligaciones de los estados en este tema.

1. EL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD EN LA ÉTICA DE LAS PROFESIONES

El deber de confidencialidad se entiende normalmente como una obligación que recae en quienes ejercen determinadas profesiones. Este deber consiste en guardar reserva sobre toda aquella información a la que tengan acceso en virtud de su ejercicio profesional y en ocasión de este. Se trata de un deber usualmente exigido a los profesionales liberales, es decir, a quienes desarrollan actividades de forma independiente, bajo su responsabilidad y en función del interés público. Esto incluye, por ejemplo, a abogados/as, contadores/as, médicos/as, psicólogos/as, periodistas y trabajadores sociales¹⁷.

¿Cuál es la razón de esta exigencia? En términos generales, se plantea que la necesidad de mantener la con-

17 GAMARRA HERRERA, Ronald, UCEDA PÉREZ, Ricardo y GIANELLA MALCA, Gonzalo. *Secreto profesional: Análisis y perspectiva desde la medicina, el periodismo y el derecho*. Promsex, Lima, 2011.

fidencialidad de cierta información en el contexto de estas profesiones responde a que todas ellas comparten una característica en común. En estas relaciones profesionales, es esencial que el cliente, usuario o colaborador confíe en el profesional, por un lado, y que comparta toda información necesaria para la prestación del servicio o actividad profesional, por el otro¹⁸. La información compartida en este contexto suele describir los aspectos más personales, sensibles o delicados de una persona.

En ese sentido, el secreto profesional pretende proteger distintos bienes jurídicos en simultáneo. Por un lado, resguarda los derechos e intereses del cliente o usuario. Toda vez que la relación exige que una persona comparta información altamente sensible, el deber de guardar reserva sobre esa información busca proteger la dignidad, autonomía y privacidad de esa persona. Ello es particularmente relevante en ciertos contextos, como en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, donde la información compartida se relaciona con aspectos extremadamente íntimos de la vida personal. En ese sentido, una primera justificación del secreto se enfoca en el valor intrínseco de la información divulgada al amparo de la relación profesional¹⁹.

Al garantizar la confianza del usuario en el profesional, la confidencialidad también busca preservar el correcto funcionamiento de la profesión y del ámbito institucional al que sirve o en el que se encuentra. Sin la confianza que se deposita en el profesional, las personas podrían abstenerse de buscar la asistencia de ciertas profesiones o instituciones, lo que no sólo puede afectar su ejercicio adecuado sino también su legitimidad. Por ejemplo, quien no confía en que

18 Ibid., p. 9.

19 RIVERA LÓPEZ, Eduardo. *Manual de ética profesional de la abogacía*. La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 109-142.

su abogado guardará secreto sobre la información compartida, puede evitar proporcionar información esencial para la defensa adecuada. Ello no sólo perjudicaría la labor del profesional, sino que también podría repercutir en la legitimidad y funcionamiento adecuado del sistema de justicia en su conjunto. Este tipo de razonamiento se ha identificado como la justificación utilitarista o consecuencialista, que se abordará más adelante desde la perspectiva de la bioética²⁰. Así, esta segunda justificación del secreto se centra en el valor instrumental de la información divulgada al amparo de la relación profesional.

Es posible considerar que cada una de estas justificaciones del secreto profesional opera en simultáneo y de forma independiente. Por ejemplo, aunque la información compartida por el cliente a un abogado en un encuentro no sea altamente sensible, delicada o esencial para su defensa, la confianza que el cliente deposita en el profesional y en el sistema de justicia es razón suficiente para justificar la exigibilidad del deber de guardar secreto sobre esa información compartida.

En este contexto, el secreto médico debe ser visto tanto como un derecho de quien necesita los servicios o el auxilio de estos profesionales como del propio profesional, quien puede oponer el secreto frente a terceros²¹. En principio, la confidencialidad se convertirá en una obligación jurídicamente exigible en virtud de leyes en sentido amplio, o de

20 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-062 de 1998. También ver: ESTROFF, Sue E. y WALKER Rebecca L. «Confidentiality: Concealing 'Things Shameful to be Spoken About'». En *AMA Journal of Ethics*. Vol. 14, N° 9, 2012, pp. 733-737. Consultado el 23/ 09/ 2023. Recuperado de: <https://journalofethics.ama-assn.org/article/confidentiality-concealing-things-shameful-be-spoken-about/2012-09>.

21 RIVERA LÓPEZ, Eduardo. *Manual de ética profesional de la abogacía... op. cit.*, pp. 109-142.

normas que regulan las profesiones y que resultan vinculantes para quienes formen parte de esa profesión.

2. EL SECRETO MÉDICO EN LA BIOÉTICA Y EL DERECHO MÉDICO INTERNACIONAL

Uno de los primeros antecedentes de la tradición médica y del secreto profesional es el juramento hipocrático, que establecía: «Guardaré el silencio sobre todo aquello que, en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deban ser públicos, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas»²². El juramento limitaba el secreto del médico a lo que «debería no ser publicado en el extranjero», sin definir lo que estaba prohibido²³.

Posteriormente la Declaración de Ginebra, que acogió el juramento hipocrático, señaló que uno de los principios que el personal médico debe seguir es «guardar y respetar los secretos que se [le] hayan confiado, incluso después del fallecimiento de [sus] pacientes»²⁴. El Código Internacional de Ética Médica, adoptado un año después, estableció que los profesionales de la salud deben «respetar el derecho del paciente a la confidencialidad». El Código dispone que solo es viable revelar la información confidencial si el paciente otorga su consentimiento o si existe «una amenaza real e

22 REMIS, José Antonio. «Pasado y presente del juramento Hipocrático. Análisis de su vigencia». En *Revista Argentina de Radiología*. Vol. 73, N° 2. Buenos Aires, 2009, pp. 139-141. Consultado el 1 de octubre de 2023. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/3825/382538474001.pdf>

23 Id.

24 Asociación Médica Mundial. Declaración de Ginebra. Adoptada por la 2ª Asamblea General de la AMM, Ginebra, septiembre 1948. Consultado el 10 de septiembre de 2023. Recuperado de: <https://www.wma.net/es/polices-post/declaracion-de-ginebra/>

inminente de daño para el paciente u otros y esta amenaza sólo puede eliminarse con la violación del secreto»²⁵.

Más tarde, la Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente dejó claro que «toda la información identificable del estado de salud, condición médica, diagnóstico y tratamiento de un paciente y toda otra información de tipo personal, debe mantenerse en secreto, incluso después de su muerte»²⁶. Esta información confidencial solo puede ser divulgada si el paciente otorga su consentimiento expreso o si la ley claramente lo permite. Esto también fue ratificado por la Regulación de los Principios de Ética Médica Europea, que establece que el médico debe mantener en confidencialidad la información que haya obtenido o presenciado durante su asistencia profesional. Así, el médico «[...] tomará las medidas necesarias para hacer imposible la divulgación de cuanto haya llegado a saber con ocasión de su ejercicio profesional [...]»²⁷.

El Manual de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial (AMM) también llama al personal médico a «considerar con un ojo crítico todo requerimiento legal para violar el secreto y asegurarse que está justificado [...]»²⁸. «Si el médi-

25 Asociación Médica Mundial. Código Internacional de Ética Médica. Adoptado por la 3a Asamblea General de la Asociación Mundial de Medicina. Londres, octubre 1949. Consultado el 10/09/2023. Recuperado de: <https://www.wma.net/es/polices-post/codigo-internacional-de-etica-medica/>

26 Asociación Médica Mundial. Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente. 34° Asamblea Médica Mundial, Lisboa, septiembre/octubre 1981. Consultado el 10/09/2023. Recuperado de: <https://www.wma.net/es/polices-post/declaracion-de-lisboa-de-la-amm-sobre-los-derechos-del-paciente/>

27 Conferencia Internacional de Órdenes Médicas. Principios de ética médica europea, enero 1987. Consultado el 10/ 09/ 2023. Recuperado de: <https://www.bioeticadesdeasturias.com/wp-content/uploads/2020/10/Principios-de-%C3%89tica-M%C3%A9dica-Europea-1987.pdf>

28 Asociación Médica Mundial. *Manual de Ética Médica*. AMM, Ginebra, 2015, p. 53.

co está convencido de que cumple con las exigencias legales para revelar la información médica de un paciente, es mejor que hable con el paciente sobre la necesidad de toda revelación antes que lo haga y obtenga su cooperación»²⁹.

De forma más específica, las Regulaciones en Tiempo de Conflicto Armado y Otras Situaciones de Violencia de la AMM también se refieren al secreto médico en este contexto. Las regulaciones establecen que, en contextos de guerra y violencia, «[...] el médico tendrá que considerar su obligación con el paciente contra su obligación con otras personas amenazadas»³⁰.

El secreto médico y la confidencialidad no solo están respaldados por diferentes instrumentos de derecho médico internacional, sino que también se fundamentan en principios bioéticos que han reiterado su importancia para el funcionamiento de la profesión médica. La labor del personal médico es proporcionar un servicio de salud centrado en las necesidades particulares de sus pacientes, actuando siempre en función de su mejor interés³¹. En ese sentido, la Declaración de Ginebra establece que las y los miembros de la profesión médica deben «velar ante todo por la salud y el bienestar de [sus] pacientes»³².

El Manual de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial indica que la importancia de la confidencialidad reside en tres fuentes: «la autonomía, el respeto por los demás y la

29 Ibid., p. 54.

30 Asociación Médica Mundial. Regulaciones en Tiempo de Conflicto Armado y Otras Situaciones de Violencia. Adoptadas por la 10ª Asamblea Médica Mundial. La Habana, octubre 1956. Consultado el 10/09/2023. Recuperado de: <https://www.wma.net/es/policies-post/regulaciones-de-la-amm-en-tiempos-de-conflicto-armado-y-otras-situaciones-de-violencia/>

31 CABRERA, Oscar. Peritaje presentado ante la Corte IDH en el Caso Manuela y Familia Vs. El Salvador, párr. 4.

32 Declaración de Ginebra... *op. cit.*

confianza»³³. Por su parte, el Código Internacional de Ética Médica indica que el personal médico debe actuar de forma competente, independiente y respetando la dignidad de las personas y, en el Principio General 1, también establece la obligación de prestar atención médica, respetando la vida y dignidad humana «y la autonomía y los derechos del paciente».

La Corte IDH también ha reconocido que la relación entre el personal médico y sus pacientes está gobernada por «ciertos principios de ética médica»³⁴. Lo anterior, con el objeto de balancear la «asimetría en el ejercicio del poder que el médico asume en razón de su conocimiento profesional especializado y del control de la información que conserva»³⁵. Varios principios de ética médica han sido expresamente reconocidos por la Corte IDH en sus resoluciones, tales como: la autonomía del paciente, el deber de actuar con beneficencia, no maleficencia y justicia³⁶, y de guardar el secreto profesional y la confidencialidad de la información relativa a la salud³⁷.

Siguiendo lo anterior, profundizaremos en la relación entre secreto médico y la confidencialidad con los siguientes principios.

2.1. El secreto médico y la autonomía

El principio de autonomía en la bioética parte del respeto por las decisiones y acciones que toman las personas en el ámbito biomédico, con base en sus valores y creencias personales. Ello implica la no interferencia en sus decisio-

33 Asociación Médica Mundial ... *op. cit.*, p. 51.

34 Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia...* *op. cit.*, párr. 160.

35 *Ibid.*, párr. 160.

36 *Ibid.*, párrs. 160 y 161.

37 Corte IDH. *Manuela y otros Vs. El Salvador...* *op. cit.*, párr. 206.

nes y la generación de condiciones que posibiliten y habiliten los procesos para que las personas puedan decidir de forma autónoma e informada³⁸.

El secreto médico ha estado vinculado con el principio bioético de autonomía por dos razones. Primero, se argumenta que garantiza el respeto a la autonomía de los pacientes, ya que la confidencialidad médica es la que protege que la toma de decisiones sea libre y esté basada en su forma de pensar y concebir la vida, sin influencia de terceros³⁹.

Para Tom Beauchamp y James Childress, el respeto al principio de autonomía en la toma de decisiones parte de garantizar la intencionalidad de las acciones, el entendimiento que cada persona tenga sobre su actuar y que no haya injerencias o influencias que puedan controlar o determinar la acción⁴⁰. Así, el secreto médico blindo a las personas de cualquier influencia que la sociedad, el Estado o las personas pudieran tener sobre las decisiones en salud.

En línea con el concepto de la autonomía relacional, que cuestiona la idea de la toma de decisiones en salud como un acto puramente individualista y reconoce la importancia de las relaciones sociales y familiares en dicho proceso, el secreto médico garantiza que, cuando las personas deseen involucrar a sus círculos elegidos en la toma de una decisión médica, lo hagan por voluntad propia y no por imposición del profesional de la salud⁴¹.

Segundo, el secreto médico reconoce la autonomía de las personas para decidir qué información quieren revelar,

38 BEAUCHAMP Tom y CHILDRESS, James. *Principles of Bioomedical ethics*. Oxford University Press. Oxford, sexta edición, 2009, p. 103.

39 VILLAS-BÔAS, María Elisa. «The right and duty of secrecy, as a patient protection». En *Revista Bioética*. Vol. 23, N° 3, Salvador, 2015, p. 514.

40 BEAUCHAMP Tom y CHILDRESS, James. *Principles of Bioomedical ethics... op. cit.*, p. 101.

41 *Ibid.*, p. 103.

a quién, cómo hacerlo y por qué medio. De este modo, se entiende que la revelación de cualquier información clínica debe estar mediada por su consentimiento y voluntad expresa⁴². Esta noción de autonomía para revelar la información obtenida en el marco de la prestación de un servicio de salud hoy se refleja en diferentes normatividades relacionadas con la protección de la historia clínica y de los datos personales en salud⁴³.

2.2. El secreto médico, el principio de no maleficencia y el principio de beneficencia

El principio de beneficencia entiende el deber ético de contribuir al bienestar de los pacientes, generando una obligación positiva⁴⁴. Este principio también se ha relacionado con la autonomía en el contexto de una tradición paternalista que justificaba el actuar médico en la beneficencia de los pacientes. Desde el paradigma de la autonomía, la beneficencia implica pensar que el mejor interés de las personas está íntimamente ligado a sus deseos y preferencias⁴⁵. Promover el bienestar de los pacientes también implica respetar la presunción de confidencialidad que recubre el acto médico y por la que muchas personas revelan información íntima a un profesional de la salud.

Por su lado, la no maleficencia se refiere al deber ético de no causar daño. Esto se ha entendido en el marco de la negligencia o el daño a la integridad o salud física o

42 Ibid., p. 101.

43 México. Congreso de la Unión. Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares. Consultada el 6 de octubre de 2023. Recuperada de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>; y Congreso de Colombia. Consultada el 6/10/ 2023. Recuperada de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=49981>.

44 Ibid., p. 199.

45 Ibid., p. 207.

mental de las personas, pero también se ha relacionado con la violación de la autonomía⁴⁶. De igual modo, el concepto de daño puede implicar afectaciones a los intereses de una persona incluyendo su reputación, propiedad, privacidad y/o libertad⁴⁷. La revelación de información relacionada con la enfermedad o el malestar puede acarrear estigma o vergüenza a personas en diferentes contextos sociales y culturales⁴⁸. Este estigma puede ser mayor cuando se trata de ámbitos de la medicina como la psiquiatría o la salud reproductiva⁴⁹.

Como reiteraremos más adelante, en los servicios de salud sexual y reproductiva, la confidencialidad tiene una relevancia preponderante, ya que es más probable que su violación ocasione diferentes afectaciones a los intereses de una persona⁵⁰. Por ejemplo, la revelación de información sin consentimiento relacionada con enfermedades de transmisión sexual como el VIH/SIDA, o la divulgación de la identidad de género y/o la orientación sexual de una persona, puede desencadenar situaciones de estigma y discriminación en contextos familiares, laborales y sociales⁵¹. Así, la divulgación del secreto médico puede provocar graves daños a los intereses de las personas que han confiado la in-

46 Ibid., p. 152.

47 Idem.

48 THOMPSON, Ian E. «The nature of confidentiality». En *Journal of Medical Ethics*, N° 5, 1979, p. 59.

49 Idem.

50 COOK, Rebeca y DICKENS, Bernard M. *Considerations for Formulating Reproductive Health Laws*. Organización Mundial de la Salud, 2ª. edición, 2000, p. 20. También ver CAVALLLO, Mercedes. «Derecho y deber de confidencialidad: desafíos para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en América Latina». En *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella, N°13, junio 2009, p. 3.

51 COOK, Rebeca y DICKENS, Bernard M. *Considerations for Formulating Reproductive... op. cit.*, p. 56.

formación a un profesional de la salud, atentando así contra el principio de no maleficencia.

2.3. El secreto médico y el principio de justicia

El principio de justicia también se relaciona con el secreto médico, pues deriva del entendimiento de las disparidades de poder entre el rol del médico y el paciente, lo que también ha justificado su existencia. Como explica Thompson, la vulnerabilidad implícita en el paciente que busca a un médico justifica la importancia de la privacidad en este ámbito⁵². Es justamente la situación de desventaja del paciente frente al médico –por el temor que pueda sentir, su condición de salud y las diferencias en el conocimiento entre unos y otros– lo que genera una «responsabilidad moral» de respetar la privacidad de la vulnerabilidad de su paciente⁵³.

Por otro lado, como analizaremos en los siguientes apartados, la persistencia de estereotipos de género y discriminación por razones de género en el ejercicio de la medicina se entrelaza con la continuación de la violación del secreto médico profesional en ámbitos de la salud sexual y reproductiva. La violación del secreto se ha entendido como el inicio de una serie de castigos que caen en los cuerpos de las mujeres y personas gestantes que tienen una emergencia obstétrica, un aborto o requieren de un servicio específico⁵⁴.

Estos estereotipos de género operan de forma simultánea con nociones negativas sobre otras poblaciones, como la presunción de incapacidad de las adolescentes y las personas con discapacidad para decidir sobre su propia salud,

52 THOMPSON, Ian E. «The nature of confidentiality» ... *op. cit.*, p. 59.

53 Idem.

54 CARRERA, María Lina, SARALEGUI, Natalia y ORREGO-HOYOS, Gloria. *Entra una paciencia, sale una denuncia. El engranaje médico, jurídico y religioso que permite los procesos penales contra pacientes*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2022, p. 135.

la necesidad de penalizar a los migrantes irregulares, a los consumidores de sustancias, entre otras.

Entonces, tanto la conceptualización del secreto médico como un derecho de los pacientes, así como su persistente vulneración, tienen una relación estrecha con las disparidades en el ámbito de la salud.

2.4. El secreto médico, el deber de lealtad y los conflictos de lealtades

La bioética ha entendido que hay algunos deberes profesionales o principio éticos propios de quienes ejercen la medicina, incluyendo el deber profesional de veracidad, privacidad, confidencialidad y la fidelidad⁵⁵. La fidelidad en la relación médico-paciente implica poner en un primer plano las prioridades de los pacientes sobre el interés propio. Sobre todo, en situaciones en que pueda surgir un conflicto entre ambos intereses. Este tipo de conflictos surge cuando los profesionales se enfrentan a «lealtades divididas» que ponen en juego la lealtad con el paciente y su bienestar, y la lealtad que pueda surgir a nivel institucional, estatal, agencias de cooperación o pagadores, entre otras⁵⁶.

Estos conflictos pueden surgir cuando el profesional debe elegir entre intereses de hijos y sus padres, entre políticas institucionales o políticas de Estado y el bienestar de su familia. Los conflictos de lealtades duales también se han usado para justificar excepciones a la confidencialidad, como en los casos en que puede estar en riesgo la salud de una tercera persona o de la comunidad en general. Por ejemplo cuando, para proteger a un tercero de una enferme-

55 BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James. *Principles of Bioomedical ethics... op. cit.*, p. 288.

56 *Ibid.*, p. 311.

dad de transmisión sexual, se debe vulnerar la confidencialidad del paciente⁵⁷.

De forma contraria, los conflictos de lealtades también pueden surgir cuando los médicos están obligados a reportar o denunciar a su paciente, poniendo en riesgo su bienestar o incluso su salud. Esto se ha estudiado en el caso de países que tienen políticas de reporte o denuncia de mujeres con emergencias obstétricas⁵⁸. Mercedes Cavallo ha señalado que estos conflictos también surgen cuando existen disposiciones legales que imponen una obligación legal para denunciar delitos, una sanción penal para quienes tienen conocimiento de un delito y no lo denuncian a las autoridades y, a la vez, una sanción penal por violación del secreto médico profesional⁵⁹.

El deber profesional de lealtad está estrechamente relacionado con el secreto médico, ya que su revelación ha sido usada para justificar la resolución de un conflicto de lealtades o intereses o, por lo contrario, puede erosionar la lealtad en la relación médico paciente.

2.5. El secreto médico, la confianza y el argumento consecuencialista

Además de los anteriores principios, la bioética ha subrayado el valor de la confianza como un presupuesto trascendental para el funcionamiento de los sistemas de salud. La confianza se entiende como un elemento necesario para consolidar la relación terapéutica entre los médicos y sus pacientes. A la vez, trabajar para construir confianza con

57 DORS, Stanley K., «Physicians' Dual Loyalties». En *AMA Journal of Ethics*, Virtual Mentor, Vol. 7, N° 6, 2005, pp. 403-406.

58 CAVALLO, Mercedes. «Conflicting duties over confidentiality in Argentina and Peru». En *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, Vol. 12, N° 2, 2011, pp. 159-162.

59 Ibid., p. 160.

los pacientes y fortalecer la confianza hacia los pacientes es un deber moral de los médicos⁶⁰.

Specker Sullivan sostiene que, para reconstruir la confianza en contextos difíciles, los médicos deben preocuparse y comprender la situación de los pacientes y las razones por las que, en muchos casos, las personas no confían en la institución de la medicina. Deben hacerlo de manera que los pacientes sientan que el médico es digno de confianza, pues comprende sus intereses, su vulnerabilidad y la dependencia que muchas veces tienen de sus conocimientos⁶¹.

La confianza en el ámbito de la salud se ha relacionado con el cuidado, la competencia de los profesionales y su capacidad para comprender las expectativas y miedos de los pacientes y sus familiares⁶². Incluso si la confianza se presupone en la relación médica e, históricamente, las personas han reportado altos niveles de confianza en los médicos, esa confianza ha ido disminuyendo desde la década de 1970. Ello debido a la influencia del consumismo en torno de la salud, el aumento de los movimientos de salud, la defensa de los pacientes en torno a la autonomía y la humanidad y el aumento de litigios por responsabilidad y negligencia médica⁶³. Este ambiente de desconfianza ha sido ampliamente estudiado para las poblaciones afrodescendientes⁶⁴, la población migrante⁶⁵ y los consumidores

60 SPECKER, Laura. «Trust, Risk, and Race in American Medicine». En *Hastings Center Report*. Vol. 50, N° 1. Enero-febrero 2020, pp. 18-26.

61 Ibid., p. 21.

62 Ibid., pp. 21-23.

63 TIMMERMANS, Stefan y OH, Hyeyoung. «The Continued Social Transformation of the Medical Profession». En *Journal of Health and Social Behavior*. Vol. 51, 2010, pp. S94-S106.

64 SPECKER, Laura. «Trust, Risk, and Race in American Medicine» ... *op. cit.*

65 HACKER, Karen, CHU, Jocelyn, et al. «Provider's Perspectives on the Impact of Immigration and Customs Enforcement (ICE) Activity on

de sustancias⁶⁶, entre otros grupos que han sido abusados en los escenarios biomédicos.

Así, la confianza se puede alterar por diferentes circunstancias, incluyendo las violaciones al consentimiento informado, la falta de competencia de un profesional, haber sufrido estigma, malos tratos o discriminación en los servicios médicos o la violación de la confidencialidad. Por tanto, «(...) la estigmatización obstaculiza el establecimiento de relaciones sinceras, incluidas las que se dan en el entorno asistencial»⁶⁷. Ante estas circunstancias, la desconfianza se debe entender como «[...] una respuesta racional a situaciones en las que quien confía no está seguro de si la otra persona o la institución se comportará de manera confiable o tomará en serio sus intereses»⁶⁸.

La revelación del secreto médico está directamente relacionada con la pérdida de confianza en la institución médica y en los profesionales de la salud. La desconfianza en un contexto médico puede tener consecuencias para la «alianza terapéutica» y, potencialmente, afectar el buen curso y la calidad del tratamiento, ya que estos sentimientos impregnan a pacientes y profesionales⁶⁹. Como ya se mencionó, el análisis basado en las consecuencias se ha usado en la ética de algunas profesiones para justificar la importancia de la confidencialidad de la información compartida.

Immigrant Health». En *J Health Care Poor Underserved*. Vol. 23, N° 2, mayo 2012, p. 657.

66 REYRE, Aymeric y JEANNIN, Raphael, et al. «Care and prejudice: moving beyond mistrust in the care relationship with addicted patients». En *Med Health Care and Philos*. Vol. 17, 2014, pp. 183-190.

67 Idem.

68 SPECKER, Laura. «Trust, Risk, and Race in American Medicine» ... *op. cit.*, p. 18.

69 REYRE, Aymeric y JEANNIN, Raphael, et al., *op. cit.*, p. 72. También ver: HACKER, Karen, ANIES, María, et al. «Barriers to health care for undocumented immigrants: a literature review». En *Risk Management and Healthcare Policy*, Vol. 8, octubre 2015, pp 175-183.

En el contexto médico, la desconfianza se puede manifestar en la negativa a tomar una decisión o adherirse a un tratamiento, lo que los proveedores pueden interpretar como «baja adherencia»⁷⁰. De igual modo, la desconfianza puede generar afectaciones directas para el buen curso del tratamiento⁷¹. Ante el temor de que se revele información confidencial, los pacientes pueden evitar compartir toda la información con el médico tratante, omitir síntomas importantes, usar otras identidades que podrían dificultar la búsqueda de registros médicos del pasado o negarse a suministrar información de contacto para hacer seguimiento, entre otras cosas⁷².

Por ejemplo, el respeto estricto por la confidencialidad y el mantenimiento de la confianza resultan cruciales para los servicios de salud sexual y reproductiva en adolescentes y jóvenes⁷³. La experiencia de Perú mostró cómo la obligación de denunciar a jóvenes menores de 18 años que hubieran tenido relaciones sexuales puede afectar gravemente su confianza en los servicios de salud, provocando un efecto disuasor de los servicios y graves afectaciones para su salud. Y es que, por medio de la Ley 28704 de 2006, se reformó el

70 SPECKER, Laura. «Trust, Risk, and Race in American Medicine» ... *op. cit.*, p. 22.

71 ACEVEDO, Natalia. *A Defense of Physician Advocacy: Advocating for the Health of Undocumented Immigrants in the United States and Colombia*. Master's Thesis. University of Pittsburgh, 2021. Consultado el 10/09/2023. Recuperado de: <http://d-scholarship.pitt.edu/40422/>

72 HACKER, Karen, ANIES, María, et al. «Barriers to health care for undocumented immigrants: a literature review»... *op. cit.* También ver: HACKER, Karen, CHU, Jocelyn, et al. «Provider's Perspectives on the Impact of Immigration and Customs Enforcement (ICE) Activity on Immigrant Health» ... *op. cit.*, p. 657.

73 ESTROFF, Sue E. y WALKER Rebecca L. «Confidentiality: Concealing 'Things Shameful to be Spoken About'»... *op. cit.*

Código Penal peruano y se decidió penalizar las relaciones sexuales, consensuadas o no, entre menores de 18 años⁷⁴.

Este cambio legal afectó de forma directa el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva en esta población, lo que terminó reflejándose en un aumento de la tasa de fecundidad adolescente y en las tasas de abortos inseguros. En 2010, la tasa de mortalidad materna en adolescentes había aumentado por el aumento de procedimientos inseguros y el suicidio en adolescentes entre 12 y 17 años embarazadas⁷⁵.

Finalmente en 2012, y después de que un grupo de personas presentara una demanda, el Tribunal Constitucional, mediante su sentencia 00008-2012-PI/TC, declaró la inconstitucionalidad del artículo del Código Penal que penalizaba las relaciones consentidas desde los 14 a los 18 años, reconociendo las graves afectaciones que podría acarrear para la salud de esta población⁷⁶.

Una vez realizado el encuadre ético, es necesario concretar las obligaciones legales conforme el DIDH, que hoy cobijan el secreto médico profesional y el deber de confidencialidad en los servicios médicos.

74 GUERRERO, Rosina. «La penalización de las relaciones sexuales entre o con adolescentes y su efecto en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos». En *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*. Vol. 30, N° 3, Lima, julio 2013. Consultado el 20 de septiembre de 2023. Recuperado de: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342013000300021

75 Id. Citando Ministerio de Salud de Perú. Dirección General de Epidemiología. «Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica 2012». Lima. Consultado el 20 de septiembre de 2023. Recuperado de: <http://www.dge.gob.pe/salasit.php>

76 Tribunal Constitucional, Sentencia 00008-2012-PI/T. Lima, 12 de diciembre de 2012. Consultado el 20 de septiembre de 2023. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00008-2012-AI.pdf>.

3. ESTÁNDARES DEL DIDH APLICABLES AL SECRETO MÉDICO PROFESIONAL Y A LA CONFIDENCIALIDAD

En el DIDH, el secreto médico ha sido vinculado con derechos como la salud y la vida privada. En el sistema de Naciones Unidas, el Comité CEDAW y el Comité DESC han asegurado que la garantía de confidencialidad es un elemento crucial de las condiciones de aceptabilidad y accesibilidad de los bienes y servicios de salud⁷⁷.

Para cumplir con el elemento de aceptabilidad, se requiere que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean sensibles a los requisitos del género, y respetuosos de las minorías y de la ética médica⁷⁸. En ese sentido, el Comité DESC ha afirmado que para que los servicios sanitarios sean aceptables, «deben ser concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate»⁷⁹, y que el cumplimiento de los principios de ética médica es necesario, entre otras cosas, para asegurar la provisión de bienes y servicios médicos aceptables⁸⁰. Entonces, el respeto por la ética médica y la confidencialidad son parte transcendental de la aceptabilidad de los servicios de salud.

La accesibilidad de los servicios de salud también se relaciona con la confidencialidad. Este componente requiere que los bienes y servicios de salud sean accesibles para to-

77 CEDAW. Recomendación General 24. La mujer y la salud. 1999, párr. 12d) y 22 y 31 e); Comité DESC. Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. E/C.12/2000/4.11 de agosto de 2000, párr. 12; Comité DESC. Observación General 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva. E/C.12/GC/22, 2 de mayo de 2016, párrs. 11-21, 40 y 49 d).

78 Comité DESC. Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud... párr. 12 c).

79 Ibid., párr. 12. b), iv.

80 Ibid., párr. 12 c).

das las personas y tiene cuatro dimensiones superpuestas: no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información⁸¹. Esta última adquiere mayor relevancia al analizar la confidencialidad y el secreto profesional.

El derecho de acceder a la información relacionada con la salud «[...] comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad»⁸². El principio de accesibilidad exige, entonces, que las personas que reciben servicios médicos tengan la certeza de que su información será tratada de manera confidencial. En el mismo sentido, en la Observación General N° 22, el Comité DESC señaló que los datos y la información personal relativa a la salud debe ser tratada con carácter privado y confidencial⁸³.

El Sistema Interamericano también protege el secreto médico. La Corte IDH ha considerado que «la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional»⁸⁴ aun en el caso de que su paciente esté posiblemente involucrado en actos delictivos. En los casos *De La Cruz Flores Vs. Perú* (2004) y *Pollo Rivera y otros Vs. Perú* (2016), la Corte protegió el derecho al secreto profesional en el contexto del conflicto armado, estableciendo que esta figura está enmarcada en la protección de la vida privada bajo el artículo 7 de la

81 Ibid., párr. 12, b).

82 Ibid., párr. 12, b), iv.

83 Comité DESC. *Observación General N° 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva...*, párrs. 19 y 40.

84 Ibid., párr. 97.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁸⁵. En el caso *Manuela*, como desarrollaremos en detalle más adelante, la Corte confirmó que el secreto médico es un derecho protegido por la CADH, en virtud de la protección a la vida privada y a la salud (arts. 11 y 26 de la CADH).

La CIDH tuvo un entendimiento similar en la solución amistosa de Alba Lucía Rodríguez con Colombia, en la que reiteró que «[...] el secreto profesional entre médico y paciente sirve como garantía funcional a otros derechos fundamentales, entre los que destaca el derecho a la intimidad, la honra, la información y otros. El hecho de que personal de salud utilice la relación de confianza que existe con un/una paciente para obtener información privada con el fin deliberado de transmitirla posteriormente a otras personas o instituciones, es contrario a la ética médica y vulneró, por tanto, el derecho a la privacidad consagrado en el artículo 11 de la CADH en perjuicio de Alba Lucía»⁸⁶. Además, La CIDH ha destacado en un informe de solución amistosa que el secreto profesional en el contexto sanitario sirve como garantía a otros derechos humanos, como lo es la salud⁸⁷.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha destacado que la violación de la confidencialidad puede poner en riesgo la salud individual y colectiva⁸⁸. Aunque la confidencialidad médica esté establecida para proteger al individuo que requiere atención en el caso concreto, esta garantía tiene efectos expansivos en toda la sociedad y

85 Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 97. Corte IDH. *Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016, párr. 237.

86 CIDH. Informe N° 59/14... *op. cit.*, p. 5.

87 *Ibid.*, párr. 29.

88 TEDH. *Caso Mockutė V. Lituania*, N° 66490/09. Sentencia del 27 de febrero de 2018, párr. 93; TEDH. *Caso Y.Y v. Rusia*, N° 40378/06. Sentencia del 23 de febrero de 2016, párr. 38.

puede incluso entenderse como un presupuesto necesario para el funcionamiento de la misma⁸⁹.

3.1. Estándares aplicables a la atención en salud sexual y reproductiva

Como ya se explicó, la información sobre la salud sexual y reproductiva se refiere al aspecto más sensible e íntimo de una persona, por lo que su vulneración puede provocar graves consecuencias para quienes acuden a estos servicios. En su Recomendación General N° 24, el Comité CEDAW enfatizó que la falta de respeto al carácter confidencial de la información sobre las pacientes «puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar»⁹⁰.

Para este Comité, la falta de confidencialidad en la atención médica puede hacer que la mujer esté «menos dispuesta a obtener atención médica para tratar enfermedades de los órganos genitales, utilizar medios anticonceptivos o atender a casos de abortos incompletos, y en los casos en que haya sido víctima de violencia sexual o física»⁹¹. El Comité DESC⁹², el Comité de Derechos Humanos⁹³, el Relator Espe-

89 CABRERA, Oscar. «Peritaje presentado ante la Corte IDH en el caso *Manuela y Familia Vs. El Salvador*» ... *op. cit.*, párr. 55.

90 CEDAW. Recomendación General 24. La mujer y la salud..., párr. 12 d).

91 Idem.

92 Comité DESC. *Observación General 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva...*, párrs. 40 y 49 d).

93 Comité de Derechos Humanos. *Observaciones finales sobre Chile*. CCPR/C/79/Add.104. 30 de marzo de 1999, párr. 15. Advirtió que «la obligación legal impuesta al personal de salud de informar sobre los casos de mujeres que se han sometido a abortos puede impedir que las mujeres busquen tratamiento médico, poniendo en peligro sus vidas», por lo que recomendó modificar las normas correspondientes.

cial sobre el derecho a la salud⁹⁴, la OMS⁹⁵ y la CIDH⁹⁶ también han destacado la importancia del secreto médico y han advertido sobre el efecto disuasorio que las revelaciones del mismo pueden tener en la búsqueda de servicios seguros de salud reproductiva, especialmente en lo que respecta a los servicios de aborto y la atención a adolescentes⁹⁷.

El Relator Especial sobre tortura ha advertido que un ejemplo de los malos tratos que las mujeres sufren en el ámbito médico incluye «las infracciones del secreto médico y de la confidencialidad en entornos de atención de la salud, como las denuncias de mujeres presentadas por personal médico cuando hay pruebas de la realización de abortos ilegales», así como «la práctica de intentar hacer confesar a una mujer como condición para que reciba un tratamiento médico que podría salvar su vida después de un aborto»⁹⁸.

A la vez, en sus observaciones generales, el Comité de Derechos Humanos ha expresado que «cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se someten a abortos» no se respeta el derecho a la vida privada de las mujeres, y pueden ser afectados también los derechos a la

94 *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. Paul Hunt. E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párr. 40.

95 OMS. *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*. 2ª. ed., 2012, p. 68.

96 CIDH. *Informe sobre Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*. 22 noviembre de 2011, párrs. 76 y 81.

97 OMS, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, 2ª. ed., 2012, p. 68. Ver también: Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, *op. cit.*, p. 94.

98 Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan Méndez. A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013, párr. 46.

vida y a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁹⁹.

La Corte IDH ha considerado que la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva están relacionados con el derecho a la vida privada¹⁰⁰. En ese sentido, tanto la Corte IDH como la CIDH han interpretado que este derecho incluye aspectos como el acceso a servicios reproductivos en condiciones de aceptabilidad, comprendiendo la confidencialidad de la información médica¹⁰¹.

Como parte del estándar de aceptabilidad, se ha precisado que los Estados tienen la obligación de incluir una perspectiva de género en la prestación de servicios médicos¹⁰². Dentro de los servicios médicos en que la perspectiva de género debe ser incluida, se encuentran los relativos a la salud sexual y reproductiva, pues tienen particulares repercusiones en las mujeres dada su capacidad reproductiva¹⁰³.

En un informe temático, la CIDH ha dicho que la confidencialidad es un deber de los profesionales de la salud que reciben información de carácter íntimo en el ámbito médico, «y el mantener en secreto o en privado la información que obtienen de sus pacientes es un interés crítico de la salud sexual y reproductiva»¹⁰⁴. Como se verá en el siguiente apartado, el caso *Manuela y otros vs. El Salvador* también

99 Comité de Derechos Humanos. Observación General núm. 28 (2000), Artículo 3: La igualdad de derechos entre hombres y mujeres. 68º período de sesiones, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10. 29 de marzo 2000, párr. 20.

100 Corte IDH. *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 257, párr. 146.

101 *Ibíd.*, párr. 143.

102 Corte IDH. *Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 349, párr. 121.

103 Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia...* *op. cit.*, párr. 157.

104 CIDH. *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*. 22 de noviembre de 2011, párr. 76.

aborda la cuestión de la confidencialidad para el caso específico de las emergencias obstétricas y atención médica por posibles abortos¹⁰⁵.

Otros organismos de protección de los derechos humanos también se han pronunciado sobre el derecho a la confidencialidad en este ámbito de la salud. El Grupo de Trabajo sobre la Discriminación Contra la Mujer ha considerado que, para garantizar el acceso autónomo a la asistencia sanitaria de las mujeres, se requiere garantizar su derecho a tomar decisiones sobre su salud y sexualidad sin sufrir coacción ni violencia¹⁰⁶. Los prestadores de servicios de salud deben «mantener la confidencialidad para que las mujeres puedan tomar decisiones privadas sin injerencia de otras personas a las que han optado por no consultar y que podrían no desear lo mejor para ellas»¹⁰⁷.

Por su parte, la Relatoría Especial sobre el derecho a la privacidad ha reflexionado sobre la relación entre género y privacidad¹⁰⁸. En ese contexto, se señaló que tanto los Estados como los actores no estatales deben asegurarse que los profesionales de la salud que reciben solicitudes de terminación voluntaria del embarazo las atiendan con confidencialidad, y que se respete el derecho a la privacidad y dignidad de las mujeres¹⁰⁹. Los Estados también deben prevenir la divulgación de información sobre la salud sexual y repro-

105 Corte IDH. *Manuela y otros Vs. El Salvador...*, párr. 206.

106 Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica. *Informe con respecto a la salud y la seguridad*. A/HRC/32/44, 8 de abril de 2016, párr. 86.

107 Idem.

108 Relatoría Especial sobre el derecho a la privacidad. *Informe sobre recomendaciones para la protección contra las vulneraciones de la privacidad por motivos de género*. A/HRC/43/52, 24 de marzo 2020, párr. 23.

109 Ibid., párr. 39 b) iv).

ductiva de las personas si no cuentan con el consentimiento libre, previo e informado de la persona en cuestión¹¹⁰.

4. EL CASO *MANUELA Y OTROS VS. EL SALVADOR*: DESARROLLOS ESPECÍFICOS EN MATERIA DE SECRETO MÉDICO Y SUS EXCEPCIONES

En noviembre de 2021 la Corte IDH dictó sentencia en el caso *Manuela y otros Vs. El Salvador*, que aborda una serie de violaciones a los derechos humanos en el contexto de una emergencia obstétrica sufrida por Manuela. Analizaremos este caso por separado, en virtud de su especial importancia para el debate sobre el secreto médico como derecho, sus ámbitos de aplicación y alcance, así como la permisibilidad de sus excepciones.

El caso se enmarca en el contexto de criminalización del aborto en El Salvador. Manuela fue ingresada de urgencia al Hospital Nacional de San Francisco Gotera, tras sufrir una emergencia obstétrica a consecuencia de una preeclampsia grave y de una hemorragia postparto¹¹¹. Mientras era examinada por una médica tratante, Manuela había compartido cierta información médica y de su vida privada que ella consideró pertinente¹¹². No obstante, la médica y una autoridad hospitalaria divulgaron esa y otra información de carácter confidencial en tres ocasiones: (i) al denunciarla, (ii) al rendir una declaración en su contra y, (iii) al remitir su historia clínica a la fiscalía¹¹³.

Al momento de los hechos, la regulación salvadoreña sobre el secreto profesional era contradictoria. Por un lado, el Código de Salud establecía el deber de guardar secre-

110 Ibid., párr. 39.

111 Corte IDH. *Manuela y otros Vs. El Salvador...* op. cit., párr. 52.

112 Ibid., párr. 221.

113 Ibid., párrs. 225 y 228.

to profesional «salvo el caso de que, mantenerlo, vulnere las leyes vigentes»¹¹⁴. El Código Penal también penalizaba a todo aquel que «revelare un secreto del que se ha impuesto en razón de su profesión u oficio»¹¹⁵. Al mismo tiempo, la legislación penal incluía un deber general de denuncia para cualquier autoridad pública que tuviere conocimiento de haberse perpetrado un hecho punible y omitiere dar aviso; y para la persona encargada de un centro hospitalario o semejante que no informare el ingreso de personas lesionadas en casos en que racionalmente debieran considerarse como provenientes de un delito¹¹⁶.

En su sentencia, la Corte IDH concluyó que El Salvador era responsable por la violación de los derechos a la vida, a la igualdad ante la ley, a la salud, a la libertad personal, y a una serie de garantías judiciales en perjuicio de Manuela¹¹⁷. La Corte enfatizó que la importancia del secreto médico radica en construir la confianza necesaria para que las personas puedan compartir cualquier información de tipo personal, y realizó el encuadre jurídico del secreto médico a partir de los derechos a la vida privada y a la salud¹¹⁸.

En diálogo con los pronunciamientos del Comité DESC, la sentencia también destacó que el secreto médico y la protección de los datos personales integran el componente de aceptabilidad del derecho a la salud, que precisamente exige que todos los establecimientos bienes y servicios de salud estén «concebidos para respetar la confidencialidad»¹¹⁹.

114 Ibid., párr. 38 (citando arts. 37 y 38 del Código de Salud de El Salvador).

115 Ibid., párr. 39 (citando art. 187 del Código Penal de El Salvador).

116 Ibid., párr. 40 (citando art. 232.2 del Código Procesal Penal de El Salvador y art. 312 del Código Penal de El Salvador).

117 Ibid., párr. 206.

118 Ibid., párr. 182.

119 Ibid., párr. 20 (citando al Comité DESC).

En lo que respecta a la vida privada, la Corte explicó que los datos personales de salud describen los aspectos más sensibles o delicados sobre una persona, por lo que deben entenderse como protegidos por este derecho. La decisión subrayó que existe una mayor protección de aquellos datos relativos a la vida sexual, los cuales deben considerarse como personales y altamente sensibles¹²⁰.

En su análisis de fondo, la Corte IDH precisó el contenido del derecho al secreto médico, esclareciendo los supuestos en que su goce puede ser legítimamente restringido por los Estados. Así, entendió que el secreto médico es un derecho de las y los pacientes (i) a que la atención médica sea confidencial, y (ii) a la protección de sus datos de salud. Para la Corte se trata de un derecho de amplio alcance, debido a que se extiende a toda la información a la que los médicos tengan acceso en su condición de tales. Esto incluye la información compartida mientras una persona es atendida, la evidencia física que el personal médico pueda observar al brindar esa atención, y cualquier otra información que sea obtenida en el ejercicio de su profesión. Todos estos datos personales se encuentran privilegiados por el secreto profesional, y no pueden ser difundidos¹²¹.

4.1. Excepciones al secreto médico

En *Manuela*, la Corte también se refirió a las excepciones admitidas al derecho al secreto médico. La sentencia indicó que este derecho no es absoluto, sino que acepta ciertas limitaciones por parte de los Estados, y mencionó dos excepciones permisibles al deber de guardar secreto: (i) cuando el paciente preste su consentimiento y/o (ii) cuando

120 Ibid., párr. 205.

121 Ibid., párrs. 206 y 287.

la legislación interna prevea limitaciones a la confidencialidad médica¹²².

Respecto de la segunda excepción, la Corte aclaró que las restricciones al secreto médico sólo serán permisibles bajo la CADH si cumplen los cuatro elementos del test de restricción, a saber: legalidad, finalidad legítima, necesidad y proporcionalidad¹²³. La sentencia también precisó el contenido de cada uno de estos elementos para el caso de este derecho.

El requisito de **legalidad** implica que las condiciones y circunstancias generales que autorizan apartarse del deber de guardar secreto deben estar claramente establecidas por una ley en sentido formal y material (art. 30 CADH). A su vez, estas restricciones deben desprenderse de actos normativos de carácter general, ceñidos al bien común, emanados de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborados según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados para la formación y sanción de las leyes¹²⁴. Según la Corte IDH, cualquier regulación que restrinja el goce y ejercicio del secreto médico deberá contener:

- Los supuestos específicos en los cuales se permite apartarse del deber de guardar secreto. Estas excepciones deberán ser precisas, claras, acotadas y detalladas;
- Salvaguardas claras sobre el resguardo de la información a la que los médicos tengan acceso en su condición de tales; y

122 Ibid., párr. 227.

123 Idem.

124 Sobre el requisito de legalidad, véase Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-6/86. La expresión «leyes» en el artículo 30 de la CADH*. Opinión consultiva del 9 de mayo de 1986, párr. 38.

- La forma en la que la información puede ser difundida. Como mínimo, se deberá exigir que la divulgación se realice mediante orden fundamentada por una autoridad competente y en la medida de lo necesario para el caso concreto¹²⁵.

Por otro lado, la legalidad también requiere que cualquier excepción al secreto sea previsible y accesible, de forma tal que los individuos puedan regular su propia conducta. En ese sentido, la CADH no admite regulaciones vagas, ambiguas o contradictorias que puedan generar dudas al momento de su aplicación, permitir interpretaciones extensivas, y/o facilitar actuaciones arbitrarias o discrecionales por parte de los encargados de su aplicación¹²⁶.

En relación con las emergencias obstétricas, la Corte consideró que el marco regulatorio debería señalar de forma clara que el deber de preservar el secreto médico prevalece sobre la obligación general de denuncia que pueda caberle al personal médico, a los encargados de los centros hospitalarios o los funcionarios públicos¹²⁷.

En cuanto a la **finalidad e idoneidad** de la restricción, estos elementos suponen, por un lado, que causas que se invoquen para justificar la restricción del secreto médico sean compatibles con la CADH y, por el otro, que las excepciones a este derecho sean idóneas para alcanzar esos fines. Aunque la sentencia no se pronuncia sobre todas las finalidades que permitirían restringir el derecho al secreto médico, la Corte IDH sí entendió que cumplir con la obligación internacional de investigar, juzgar, y sancionar los

125 Corte IDH. *Manuela y otros Vs. El Salvador...* op. cit., párr. 227.

126 Ibid., párr. 211.

127 Ibid., párr. 215.

delitos cometidos en contra de la niñez es una justificación compatible con la CADH¹²⁸.

El elemento de la **necesidad** exige que las restricciones sean necesarias en una sociedad democrática, lo que requiere examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo, y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas. En materia de secreto profesional, corresponde evaluar si existen –en abstracto y en concreto– medidas menos lesivas para lograr el objetivo trazado que no impliquen la divulgación de información privada por parte del personal médico¹²⁹.

Por último, la **proporcionalidad** requiere que las restricciones al secreto médico sean estrictamente proporcionales al interés que las justifican, y que se ajusten estrechamente al logro de ese objetivo. En *Manuela*, la Corte realizó un juicio de proporcionalidad para los casos de emergencias obstétricas y consideró que la divulgación de información en estas situaciones puede afectar la accesibilidad de la atención médica de las mujeres que necesiten asesoramiento o tratamiento.

En efecto, la Corte acogió un razonamiento basado en las consecuencias, concluyendo que el irrespeto de la confidencialidad médica puede inhibir que las mujeres vayan a un hospital por miedo a ser criminalizadas, lo que pone en riesgo sus derechos a la salud, a la integridad personal y a la vida. En ese sentido, dejó explícito que las afectaciones causadas por la vulneración de la confidencialidad en estos casos serán mayores que cualquier ventaja que se pudiera obtener a través de las restricciones al deber de guardar secreto. De acuerdo con la decisión, «[...] tratándose de casos de emergencias obstétricas, en los que está en juego la vida

128 Ibid., párrs. 217 y 218.

129 Ibid., párr. 219.

de la mujer, debe privilegiarse el deber de guardar secreto profesional»¹³⁰.

Al aplicar estos estándares al caso de Manuela, la Corte concluyó que tanto la información compartida por Manuela como los datos obtenidos por la médica durante la examinación eran privados y, por tanto, debían estar amparados por el derecho al secreto médico. Entonces, las actuaciones de las autoridades sanitarias frente a la revelación de esta información implicaron una injerencia en los derechos de Manuela y debían ser analizadas a partir de los estándares sobre secreto profesional médico, la protección de la historia clínica y sus excepciones¹³¹.

La Corte también precisó que la médica debía abstenerse de declarar sobre la información que le constara por haberle brindado atención médica a Manuela, y que los datos personales en la historia clínica sólo deberían ser divulgados mediante orden de autoridad competente, debidamente fundada¹³².

La Corte reiteró que la divulgación de información confidencial puede restringir la accesibilidad de la atención médica en casos de emergencias obstétricas y que cumplir con el mandato de proporcionalidad en estos casos —en los que está en juego la vida de la mujer— exige privilegiar el deber de guardar el secreto profesional por sobre cualquier obligación general de denuncia¹³³.

130 Ibid., párr. 224.

131 Ibid., párrs. 206, 208 y 209.

132 Ibid., párrs. 225, 226, 227 y 228.

133 Ibid., párr. 224.

5. RECOMENDACIONES Y OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN MATERIA DE SECRETO PROFESIONAL MÉDICO

Tras analizar el caso *Manuela* y otros estándares del DIDH, vale la pena recapitular las obligaciones de los Estados en lo que respecta al respeto del secreto médico y la confidencialidad.

5.1. Respeto y garantía del secreto médico

Los Estados deben respetar y garantizar¹³⁴ la confidencialidad de la atención médica y la protección de los datos de salud, con el amplio alcance explicado en la sección anterior. Esto implica que el Estado no sólo debe abstenerse de violar la confidencialidad médica de forma directa o indirecta, sino que también debe prevenir que terceros interfieran con el goce y ejercicio de este derecho.

En *Manuela*, la Corte IDH destacó que las obligaciones que se desprenden del derecho al secreto médico son obligaciones de efecto o exigibilidad inmediata. Entre otras cuestiones, esto significa que su cumplimiento no está sujeto a la disponibilidad de recursos.

Por el contrario, aunque los recursos económicos sean insuficientes, los Estados no se liberarán de dos deberes concretos: asegurar el goce de la confidencialidad sin discriminación, y adoptar medidas deliberadas y concretas, por todos los medios apropiados, para avanzar hacia la plena efectividad de este derecho¹³⁵.

134 O respetar, proteger y cumplir, en el lenguaje del sistema universal de derechos humanos.

135 Corte IDH. *Manuela y otros Vs. El Salvador...* op. cit., párrs. 186 y 187.

5.2. Adopción de disposiciones de derecho interno

En *Manuela*, la Corte IDH también resaltó la necesidad de adecuar el derecho interno a través de medidas legislativas, regulatorias y técnicas para asegurar el goce y ejercicio de la confidencialidad médica. Aunque la Corte se refirió a reformas normativas en el marco de las reparaciones ordenadas a El Salvador, estas consideraciones podrían ser igualmente aplicables a todos los Estados Parte de la CADH, en virtud del deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivo el derecho al secreto médico.

La Corte IDH le ordenó a El Salvador adoptar una regulación clara sobre los alcances del secreto profesional médico, la protección de la historia clínica y sus excepciones. La sentencia destacó que este tipo de regulaciones debía disponer de forma expresa que:

- El personal médico y sanitario no tiene una obligación de denunciar a mujeres que hayan recibido atención médica por posibles abortos;
- En casos de emergencias obstétricas, el personal de salud debe mantener el secreto profesional médico frente a cuestionamientos de las autoridades; y
- La falta de denuncia por parte del personal de salud en casos de emergencias obstétricas no puede conllevar represalias administrativas, penales o de otra índole¹³⁶.

Además, la regulación debe prever los supuestos en los cuales se puede difundir la historia clínica; establecer salvaguardas claras sobre el resguardo de dicha información; y disponer la forma en que la información puede ser di-

136 Ibid., párr. 286.

fundida. En particular, se debe exigir que la divulgación se realice solo mediante orden de autoridad competente, debidamente fundada, y en la medida de lo necesario para el caso concreto¹³⁷.

También es necesario que los Estados adopten protocolos, guías y otros lineamientos técnicos para la atención de mujeres que requieran atención médica de urgencia por emergencias obstétricas. Estos protocolos deberían estar dirigidos a todo el personal de salud, público y privado, y basarse en los estándares sobre secreto desarrollados en la sentencia del caso *Manuela*. En particular, la Corte IDH consideró necesario que estas guías contengan criterios claros para garantizar que:

- Durante la atención médica de urgencia, se asegure la confidencialidad de la información a la que el personal médico tenga acceso en razón de su profesión;
- El acceso a servicios de salud no esté condicionado por la presunta comisión de un delito, o por la cooperación de las pacientes en un proceso penal; y
- El personal de salud se abstenga de interrogar a las pacientes con la finalidad de obtener confesiones o denunciarlas¹³⁸.

5.3. Capacitación en materia de ética, secreto médico y confidencialidad

A pesar de que el tema de secreto médico cuenta con una larga tradición académica y legal, se ha señalado la preocupante falta de formación al respecto en las facultades de Me-

137 Ídem.

138 Ibid., párr. 287

dicina¹³⁹. Entre otras cosas, destacan nociones equivocadas en los profesionales sobre lo que cubre o no el secreto médico y sus excepciones, la persistencia de formación religiosa en la materia de ética y bioética, y la falta de conocimiento sobre los estándares legales en la materia¹⁴⁰.

Siguiendo las reparaciones ordenadas en la decisión del caso *Manuela*, resulta necesario que los Estados adopten programas de capacitación en materia de secreto médico, destinados al personal de salud pública¹⁴¹. Estos programas deberían basarse en los estándares relativos al alcance del derecho al secreto médico y sus excepciones, y abarcar (i) los distintos lineamientos técnicos para la atención de mujeres que requieran atención médica de urgencia por emergencias obstétricas¹⁴²; y (ii) el efecto de los estereotipos de género en el ámbito médico, particularmente en la investigación y juzgamiento penal de mujeres procesadas penalmente por emergencias obstétricas¹⁴³.

CONCLUSIONES

En la actualidad, el secreto médico profesional cuenta con un sólido respaldo tanto de la bioética como del DIDH. Existe una larga tradición en la ética médica que considera el secreto médico como un presupuesto para el ejercicio de

139 CARRERA, María Lina, SARALEGUI, Natalia y ORREGO-HOYOS, Gloria. *Entra una paciencia, sale una denuncia... op. cit.*

140 Ídem.

141 Corte IDH. *Manuela y otros Vs. El Salvador... op. cit.*, párr. 227.

142 Ídem.

143 Ibid., párr. 293. En el caso de *IV Vs. Bolivia*, la Corte IDH ya había recomendado adoptar medidas pedagógicas con el fin de abordar estereotipos de género en el ámbito médico. En este caso, al tratarse de una esterilización no consentida que generó una violación a la autonomía y libertad reproductiva, la Corte señaló la necesidad de formar al cuerpo médico y estudiantes de profesiones médicas «sobre temas de consentimiento informado, discriminación basada en género y estereotipos, y violencia de género».

la Medicina y como un elemento crucial en la relación médico-paciente. A la vez, ha sido relacionado con principios de la bioética como la autonomía, la beneficencia y no maleficencia, la justicia, el deber de lealtad y la necesidad de cuidar la confianza de las personas en los sistemas de salud.

Esta tradición en la ética profesional es respaldada por el DIDH, que ha destacado su importancia para el contenido de ciertos derechos humanos, y especialmente para los componentes de aceptabilidad y accesibilidad de los servicios de salud. Así, diferentes órganos del DIDH han llamado la atención sobre los impactos adversos de violaciones al secreto médico, especialmente en los servicios de salud sexual y reproductiva, y su relación con los estereotipos de género.

Más recientemente, los estándares desarrollados por la Corte IDH en el caso *Manuela* reiteran la conexión del secreto médico con los derechos humanos, desarrollan lineamientos claros para las restricciones a la confidencialidad, y destacan la relevancia del secreto en situaciones de emergencia obstétrica y posibles abortos, con el fin de evitar graves afectaciones a la salud de las mujeres.

A pesar de este blindaje, casos como el de *Manuela* muestran que los Estados aún deben hacer adecuaciones a la normatividad interna para garantizar el respeto del secreto médico. De igual modo, preocupa que la violación del secreto siga estando ligada a la criminalización de mujeres y la persistencia de los estereotipos de género en el ámbito médico y de justicia. Por tanto, es fundamental que los Estados velen por el respeto de los estándares y obligaciones internacionales en la materia, realicen adecuaciones en su normativa interna y continúen invirtiendo recursos en la formación de las y los profesionales de la salud.

Capítulo III

Perspectiva de género en la investigación y valoración de la prueba sobre casos de violencia sexual



*Marisa Esther Batres Morales
y Silvia Maribel Tecún León*

ANTECEDENTES:

MANDATO DE ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

Uno de los derechos que asiste a las mujeres es el de acceso a la justicia, el cual establece la necesidad de considerar recursos judiciales sencillos, eficaces y rápidos, y la obligación de los Estados de actuar con debida diligencia para prevenir, castigar y sancionar los hechos delictivos que se investiguen, especialmente en casos donde las mujeres son víctimas, de acuerdo con lo planteado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹.

El acceso a la justicia como derecho humano se encuentra regulado en diversas normas del derecho internacional. El derecho que asiste a las mujeres a ser oídas ante un juez o tribunal competente se garantiza en la Convención Americana de Derechos Humanos, en los artículos 8 y 23, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 2, incisos 3 y 14. El derecho a los recursos efectivos

1 CIDH. *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. 22 de enero de 2007.

se garantiza en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza a la población «la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona». Por otra parte, el artículo 29 garantiza el derecho al libre acceso de toda persona a los tribunales para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos, que reconoce el mismo cuerpo constitucional.

En Guatemala, al hablar de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia, es importante considerar barreras que, por su condición de mujer, pueden causar mayores inconvenientes; entre otros, la poca sensibilización respecto del tema de violencias contra la mujer, la dificultad para desplazarse a las instituciones estatales, la imposibilidad de acceder a la justicia en su propio idioma o no contar con un intérprete debidamente calificado, lo costoso que puede resultar el transporte para movilizarse y la poca consideración de la pertinencia cultural o discriminación². Todas estas circunstancias siguen siendo los principales motivos por los que las mujeres no presentan denuncias ante las autoridades y, cuando finalmente lo hacen, se topan con un sistema que no está adaptado a las necesidades de la población.

La violencia sexual es un delito que se trata de un «tipo particular de lesión a la integridad y con afectación diferenciada en mujeres de cualquier edad, que requiere el cumplimiento modulado de las garantías dispuestas en forma

2 ARACELY, Cecilia y RAYMUNDO, Marcos. *Derechos de los pueblos indígenas en Guatemala*, 14 de julio de 2017. Recuperado de: *Derechos de los pueblos indígenas en Guatemala - RIDH | Red Internacional de Derechos Humanos / International Network of Human Rights*.

general para las víctimas»³. Por ello es imperativo que en el manejo del caso se consideren parámetros mínimos, como: a) la víctima es dueña de su cuerpo y de su voluntad, por lo que el aparato estatal debe evitar incidir en la autonomía de la mujer; b) la víctima es quien requiere de manera individual toda la protección necesaria para evitar la repetición de las emociones y situaciones lesivas; c) la fiscalía especializada en casos de violencia sexual debe realizar un trabajo objetivo del hecho-objeto del procedimiento penal, por lo que tiene a su cargo armonizar los derechos de la presunta víctima y del procesado; d) el procesado siempre contará con el derecho a la presunción de inocencia⁴.

1. JUSTICIA ESPECIALIZADA:

FISCALÍAS Y AGENCIAS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

La situación en que se encuentran las mujeres en los diferentes territorios se ha visibilizado debido a la lucha constante de los movimientos de mujeres. La primera vez que se reconoció la necesidad de trabajar por la igualdad y el desarrollo de la humanidad, a través de la eliminación de la violencia que sufren las mujeres, fue en Nairobi en 1985, en la Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz⁵.

3 MOSCOSO PARRA, Ruth Karina. *El derecho constitucional a la no revictimización de las mujeres víctimas de violencia sexual durante la fase de obtención de la prueba en el proceso penal*. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2016, p. 51. Recuperado de: T2084-MDE-Moscoso-El derecho.pdf (uasb.edu.ec)

4 Ibid., p. 36.

5 Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz. 15 a 26 de julio de 1985, Nairobi, Kenya. Recuperado de: Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz | Naciones Unidas.

La falta de leyes no sólo suponía discriminación, sino también la invisibilización de los problemas que tienen las mujeres, especialmente en el ámbito privado. Los principales instrumentos internacionales para la lucha contra la violencia de género son:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres (1979).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención Belém do Pará» (1994).
- Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993).
- Declaración y Plataforma de Acción de la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer de Beijing (1995).
- Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer (Naciones Unidas, 2009).

Esta corriente internacional, de la mano con el trabajo de las organizaciones de mujeres, logró en Guatemala la creación de normativa como la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, decreto 97-96; Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer, decreto 7-99; Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, decreto 22-2008, y la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, decreto 9-2009; de esta manera se hacía efectivo el reconocimiento de la problemá-

tica histórica, social y cultural de violencia que sufren las mujeres guatemaltecas, tipificando los delitos de violencia contra las mujeres y creando un sistema de justicia especializada para la atención de las víctimas.

Este sistema de protección «consiste en la creación de dependencias profesionalizadas y especializadas en materia de femicidio y VCM dentro de las instituciones estatales y su articulación mediante metodologías, procedimientos y protocolos adecuados para garantizar los derechos de las mujeres víctimas y sus familiares. Este sistema no sólo permite, sino que obliga a las instituciones estatales a actuar de manera concertada para implementar la Ley de la garantía de los derechos de las víctimas»⁶.

Además, en 2010, mediante el Acuerdo 1-2012 de la Corte Suprema de Justicia, se crearon los primeros juzgados especializados⁷. Posteriormente se implementó el Reglamento de Gestión para los Juzgados y Tribunales con Competencia en Delitos de Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, mediante el Acuerdo 30-2010 de la Corte Suprema de Justicia.

En el Ministerio Público, ente encargado de la persecución penal, se crearon fiscalías de Delitos contra la Vida e Integridad de las Personas, la Unidad de Apoyo a la Escena del Crimen, dos agencias especializadas en conocer delitos de muertes violentas contra mujeres, además de fiscalías contra la Trata de Personas.

En la Ciudad de Guatemala se creó el Modelo de Atención Primaria a víctimas de delitos cometidos dentro del ámbito de violencia intrafamiliar y delitos sexuales, que fun-

6 Comisión Internacional de Juristas. *Buenas prácticas y resultados de la Justicia Especializada en Femicidio y Mayor Riesgo*. Ginebra, 2016, p. 41. Recuperado de: 5a2129594.pdf (refworld.org)

7 Al respecto véase Órganos Especializados - Justicia Especializada (oj.gob.gt).

ciona a través de la Oficina de Atención Integral de la Oficina de Atención de la Víctima, según el acuerdo número 74-2004, Reglamento de organización y funcionamiento de las Oficinas de Atención a la Víctima de las fiscalías distritales y municipales, del 24 de noviembre de 2004.

En julio de 2019 se creó el Modelo de Atención Integral de Niñez y Adolescencia (MAINA), mediante el Acuerdo número 15-2019⁸. Este es un sistema de atención inmediata e integral que funciona las 24 horas los 365 días del año, a través de coordinación interinstitucional que busca evitar la victimización y mejorar los mecanismos de investigación, de forma inmediata y segura.

En enero de 2021 vio la luz el Convenio de Cooperación Interinstitucional para la Implementación del Modelo de Atención Integral para Mujeres Víctimas de Violencia I'X KEM (MAIMI)⁹. Este sistema proporciona atención rápida e integral a mujeres víctimas de violencia a través de la coordinación interinstitucional, evitando la victimización y mejorando los mecanismos de investigación criminal.

Sin embargo, el MAIMI no está respaldado por un acuerdo oficial, por lo que no cuenta con presupuesto del Estado para su funcionamiento, el cual depende de la voluntad política y de los recursos económicos disponibles; por tanto, en cualquier momento podría desaparecer y varios procesos que se conocen en esta instancia quedarían a la deriva. Para mejorar su funcionamiento y asegurar su continuidad es necesario aplicar medidas administrativas y buscar apoyo de la cooperación internacional.

8 Ministerio Público. Acuerdo 15-2019. Modelo de Atención Integral para Niñez y Adolescencia (MAINA). 2019. Recuperado de: www.mp.gob.gt

9 Ministerio Público firmó convenio interinstitucional para implementar el MAIMI, 2021. Recuperado de: www.mp.gob.gt

A pesar de los múltiples esfuerzos y avances en materia de justicia especializada, como la creación de infraestructura, de leyes y sus respectivas reformas, aún existen muchas limitaciones para que las mujeres gocen de una vida libre de violencia; el continuum de violencias a que han sido expuestas históricamente permanece y ha mutado a su máxima expresión: la violencia sexual y la muerte.

El sistema de justicia guatemalteco no ha tenido la capacidad para dar la respuesta necesaria y oportuna, como lo indica el portal estadístico del Observatorio de las Mujeres del Ministerio Público: en 2022 se recibieron 28 denuncias diarias, y en el primer trimestre de 2023 se recibieron 51 por día. El delito que encabeza la lista es Violencia en Contra de la Mujer y el número de denuncias aumenta cada día.

Otra limitación para el acceso a la justicia especializada es la centralización de los juzgados y tribunales de Delitos de Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, que no están en todo el territorio nacional; únicamente se encuentran en las cabeceras departamentales como Guatemala, Quetzaltenango —que no da cobertura a los municipios de Génova, Coatepeque, Flores Costa Cuca y Colomba Costa Cuca— y Chiquimula, creados por el Acuerdo 1-2010; Huehuetenango y Alta Verapaz, por el Acuerdo 12-2012; Escuintla e Izabal, por el Acuerdo 44-2013; Petén, Acuerdo 11-2014; San Marcos, Acuerdo 12-2014; Quiché, Acuerdo 13-2014 y Sololá, Acuerdo 14-2014. Todos los acuerdos son emitidos por la Corte Suprema de Justicia¹⁰.

Otra cuestión a considerar es la falta de formación especializada de los empleados y funcionarios públicos; esto afecta los procesos pues, debido a sesgos y limitaciones, se

10 Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Guatemala, 2020. Recuperado de: Guatemala_08-09 (cejamericas.org).

reproducen estereotipos, mitos, estigmas y discriminación racial y de género hacia las mujeres víctimas.

2. DENUNCIA: MATERIALIZACIÓN DE LA SOBREVIVIENTE

Una vez establecido el universo normativo que regula el derecho de acceso a la justicia, y cómo está organizada la institucionalidad para actuar en los casos de violencia sexual contra las mujeres en Guatemala, corresponde a continuación analizar el procedimiento que deben llevar a cabo las mujeres que han sido víctimas desde múltiples dimensiones.

La acción penal, como la define Hernández Pliego, es «el poder-deber que el Estado encomienda constitucionalmente al Ministerio Público y que se manifiesta cuando éste excita al órgano de la jurisdicción para que en un caso concreto resuelva un conflicto de intereses que se plantea, mediante la aplicación de la ley, con la finalidad de lograr la permanencia del orden social»¹¹. En esencia, como lo establece Moras, la acción penal se refiere al «derecho de peticionar ante la autoridad jurisdiccional»¹².

En el sistema guatemalteco la acción penal inicia mediante una querrela, denuncia o un parte policial, dependiendo del tipo penal. De conformidad con el artículo 24 del Código Procesal Penal, «la acción penal se ejercerá de acuerdo con la siguiente clasificación: 1) acción pública, 2) acción pública dependiente de instancia particular o que requiera autorización estatal, 3) acción privada».

11 LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Derecho procesal penal*. IURE Editores, Ciudad de México, 3ª ed. 2018, p. 25.

12 TORIBIO VENTURA, Martha, MARRERO DE RIVAS, Marleny María y TAVERA, Jacinto de Jesús. *Curso didáctico de derecho procesal penal*, Tomo I. Ediciones UAPA, Santiago de los Caballeros, República Dominicana, 2018, p. 98.

En el artículo 24 numeral 4 del mismo cuerpo legal se establece el tipo penal correspondiente a la violencia sexual como un delito de acción pública, por lo que las víctimas deben iniciar el proceso correspondiente ante el Ministerio Público o ante la Policía Nacional Civil, que referirá el respectivo parte policial al Ministerio Público.

El Ministerio Público «es el órgano encargado al cual se le ha encomendado el ejercicio de la acción penal»¹³, por lo que las mujeres víctimas deben acudir a esta entidad para presentar y dar seguimiento a sus denuncias; según el Observatorio de las Mujeres¹⁴ del Ministerio Público de Guatemala, que opera desde 2019, este recibe 51 denuncias diarias de mujeres. En el primer trimestre de 2023 se tienen los siguientes registros:

- Por violencia psicológica contra la mujer: 6,477 víctimas.
- Por violencia económica contra la mujer: 376 víctimas.
- Por violencia física contra la mujer: 5,018 víctimas.
- Por el delito de maltrato a niñas, niños y adolescentes: 1,652 víctimas.
- Por el delito de violación sexual: 1,316 víctimas
- Por el delito de agresión sexual: 637 víctimas.
- Por otros delitos de naturaleza sexual: 203 víctimas.
- Por femicidio: 69 víctimas.

Esas cifras retratan una realidad desalentadora. No obstante, desde 2022, el Sistema de Gestión Integral de Casos obliga a los fiscales a cerrar los procesos el mes siguiente en

13 LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *op. cit.*, p. 30.

14 Accesible en: Observatorio de las Mujeres (mp.gob.gt).

que fue presentada la denuncia; la desestimación se basa en que «no constituyen delito, retracción de la víctima y gestión de los casos»¹⁵. Anualmente, las denuncias desestimadas llegan al 80%.

En cuanto a las denuncias de mujeres víctimas de violencia sexual en 2022, los dos grupos etarios con mayor cantidad de casos se encuentran entre los 0 y 14 años, con 29.1%, y entre 15 y 29 años, con 21.4%. Los grupos que tuvieron más registros de víctimas de muertes violentas fueron entre los 15 y 29 años (33%) y entre 30 y 44 años (24%); estos datos coinciden con los grupos de edad con más denuncias sobre delitos de violencia psicológica, física y/o económica¹⁶.

A nivel nacional, 20 municipios acumularon el 61% de las muertes violentas de mujeres (sin incluir los femicidios) en 2022. Llama mucho la atención que, en el municipio de Guatemala, que reporta la mayor cantidad de muertes violentas de mujeres (88 casos), únicamente se haya registrado el 2% como femicidios, un porcentaje bastante bajo en comparación con años anteriores (en 2021 fue 13%; en 2020, 6% y 5% en 2019). En municipios como Sayaxché, Quezaltepeque, San José El Ídolo, Cuilco, San Felipe y Santa María Ixhuatán, todas las muertes violentas de mujeres fueron registradas como femicidios¹⁷.

15 SOLÓRZANO, Sara. El 80% de denuncias por violencia contra la mujer no fueron investigadas. En *Prensa Libre*, 8 de marzo de 2022.

16 LÓPEZ, Karla. La violencia contra las mujeres: más que un problema individual, es un problema social. En *Diálogos*, 24 de noviembre de 2022.

17 Idem.

3. DEBIDA DILIGENCIA Y ENFOQUE DE GÉNERO. SENTENCIAS CIDH CONTRA GUATEMALA

Una vez que las mujeres han interpuesto una denuncia por violencia sexual ante las autoridades correspondientes, el Ministerio Público tiene la obligación de iniciar una investigación, cumpliendo con los lineamientos establecidos en el apartado anterior, así como en las normas internacionales de derechos humanos. En este apartado se hará referencia a las normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Al momento de emitir sus sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sienta jurisprudencia de obligado cumplimiento para los países miembros del Sistema Interamericano. En materia de violencia sexual contra las mujeres, de esta jurisprudencia se deriva una serie de principios que debe contemplarse durante el proceso penal.

En la fase de investigación del proceso penal se puede mencionar los principios siguientes¹⁸: principio de oficialidad, principio de legalidad, principio de necesidad de la prueba, principio de adquisición de la prueba o comunidad de la prueba, principio de eficiencia de la prueba, principio de publicidad de la prueba, principio de lealtad probatoria, principio de preclusión probatoria, principio de unidad de la prueba, principio de apreciación de la prueba, principio de contradicción, principio de valoración, principio de imparcialidad.

Los principios que se destacarán en este capítulo son el de la debida diligencia y el enfoque de género, ambos

18 BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal: Conceptos Fundamentales y Principios Procesales, introducción sobre la base de casos*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 41. Recuperado de: Bauman-Jurgen-Derecho-Procesal-Penal.pdf (derechopenalenlared.com)

desarrollados en el Sistema Interamericano. La debida diligencia en la investigación permite «que armonice la dignidad de la víctima y los requerimientos procesales para el juzgamiento de los responsables, es una cuestión vital para la vigencia del Estado de Derecho, y que, en materia de violencia sexual, requiere aún más razonabilidad, prudencia y proporcionalidad»¹⁹. La Corte IDH ha condenado al Estado de Guatemala en los siguientes casos²⁰:

- Caso Veliz Franco y Otros Vs. Guatemala (2015).
- Caso Velázquez Paiz y otros Vs. Guatemala (2015).
- Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) Vs. Guatemala (2012).
- Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala (2012).
- Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala (2017).
- Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala (2004).
- Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala (2009).

En la sentencia del Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala, en lo relativo a la debida diligencia, en el párrafo 149, la Corte IDH ha establecido la importancia particular de la investigación en un proceso penal; si en algún momento este es deficiente o ineficiente, equivale a la desprotección de la víctima:

En casos de violencia contra la mujer las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Conven-

19 MOSCOSO PARRA, Ruth Karina. *El derecho constitucional a la no victimización de las mujeres... op. cit.*, p. 59.

20 Corte IDH. *Jurisprudencia sobre Guatemala*. Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 34. San José, Costa Rica, 2021.

ción Americana se complementan y refuerzan para aquellos Estados que son parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Asimismo, en su artículo 7.c obliga a los Estados Partes a adoptar la normativa necesaria para investigar y sancionar la violencia contra la mujer. De tal modo que ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección [...]»²¹.

En el mismo caso, la Corte IDH indica que:

[...] cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorio que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en género²².

En cuanto al delito de violación, desde una perspectiva de género y como una forma de tortura, la Corte IDH ha mencionado en el Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala que:

21 Corte IDH. *Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017, párr. 149.

22 Ibid., párr. 176.

En relación con el artículo 5 de la Convención, la Corte ha considerado que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima «humillada física y emocionalmente», situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas. De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas, e inclusive, sociales. La Corte también ha establecido que, en determinadas situaciones, la violación sexual también puede constituir una forma de tortura de la víctima²³.

También se puede encontrar en las sentencias emitidas por la Corte IDH importantes aportes desde la perspectiva de género cuando se aborda un caso de violencia contra la mujer; para este efecto, se tiene como ejemplo el Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala:

Este Tribunal resalta que la violencia contra la mujer, en razón a su género, es un problema histórico, social y cultural que se encuentra arraigado en la sociedad guatemalteca. Ello en razón de que durante y después del conflicto armado las mujeres sufrieron formas específicas de violencia de género, quedando los perpetradores en total impunidad, por la incapacidad de los tribunales de justicia de investigar, juzgar y en su caso, sancionar a los

23 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 132.

responsables. Pese a que Guatemala fue uno de los primeros Estados en ratificar la Convención Belem do Pará, por esas razones históricas, la violencia contra la mujer ha permanecido invisibilizada, situación que se refleja en la falta de investigar los homicidios desde una perspectiva de género, ya que las muertes de mujeres son investigadas como homicidios simples, manteniéndose dichos hechos en la impunidad. Asimismo, no existen estadísticas oficiales respecto de los delitos por razón de género antes del año 2008, que permitan visibilizar la situación de las mujeres, y que las autoridades estatales tomen consciencia de la problemática y adopten las políticas públicas necesarias para combatir ese tipo de hechos²⁴.

En el mismo sentido, la Corte IDH menciona la importancia de llevar una investigación con perspectiva de género en los casos de violencia contra las mujeres, afirmando en el Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala:

La Corte también ha señalado que el deber de investigar tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. A menudo es difícil probar en la práctica que un homicidio o acto de agresión violento contra una mujer ha sido perpetrado por razón de género. Dicha dificultad a veces deriva de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte de las autoridades sobre el incidente violento y sus causas. Es por ello que las autoridades estatales tienen la obligación de investigar ex officio las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia perpetrado

24 Corte IDH. *Caso Véliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de noviembre de 2011, párr. 223.

contra una mujer, especialmente cuando existen indicios concretos de violencia sexual de algún tipo o evidencias de ensañamiento contra el cuerpo de la mujer (por ejemplo, mutilaciones), o bien cuando dicho acto se enmarca dentro de un contexto de violencia contra la mujer que se da en un país o región determinada. Asimismo, la investigación penal debe incluir una perspectiva de género y realizarse por funcionarios capacitados en casos similares y en atención a víctimas de discriminación y violencia por razón de género.

a) Principio de exhaustividad

También es importante resaltar el principio de exhaustividad, el cual debe entenderse como aquel en que «el juzgador agote en la sentencia todos los puntos aducidos por las partes»²⁵. En el caso de la violencia contra la mujer, este principio adquiere especial relevancia debido a la vulnerabilidad de las mujeres en estos casos y a la necesidad de proteger sus derechos, garantizar la justicia y que está ligado al principio de la debida diligencia.

En este contexto, el principio de exhaustividad se convierte en una herramienta clave para garantizar que las investigaciones de los casos de violencia contra la mujer sean completas y efectivas. Esto implica que las autoridades judiciales y los organismos encargados de la investigación deben realizar todas las diligencias necesarias para obtener toda la información relevante sobre el caso, recolectar pruebas, entrevistar a testigos y garantizar que se haga justicia a las víctimas.

El cumplimiento del principio de exhaustividad también es fundamental en la fase de juicio, ya que se debe permitir a las partes presentar todas las pruebas pertinentes

25 Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Recurso de Reclamación*. México, 2017. Recuperado de: 2_209454_3287.doc (live.com).

que puedan ayudar a esclarecer los hechos y determinar la responsabilidad penal del acusado. Además, en casos de violencia contra la mujer, es importante que se garantice la protección de las víctimas durante todo el proceso judicial, evitando la revictimización y asegurando que se respeten sus derechos humanos. Como ejemplo de este principio se cita el caso de *Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*:

En una investigación penal por violencia sexual es necesario que se documenten y coordinen los actos investigativos y 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 custodia²⁶.

Lo manifestado por la Corte IDH representa las mínimas garantías que deben cumplirse para agotar lo correspondiente al principio de exhaustividad en todas las investigaciones donde una niña, adolescente o mujer ha sido víctima de violencia sexual.

b) Fases de la prueba

Una vez recabados los indicios correspondientes, agotados todos los recursos y tomado en cuenta los principios previamente señalados, esos indicios toman una nueva forma si son aceptados por la o el juez, pasando a ser «pruebas» que deberán ser diligenciadas en un proceso penal.

La prueba es el mecanismo mediante el cual la realidad material puede ser captada para su formación procesal, con fines de valoración judicial. Su práctica debida es la única garantía de certeza y racionalidad de la decisión, por lo que

26 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 147.

su obtención debe observar los derechos de las partes²⁷. En los delitos sexuales es vital, para evitar la revictimización secundaria, no atentar contra la privacidad y confianza en las prácticas de las diligencias, de tal modo que se evite o limite la necesidad de su repetición. Su valoración, por otra parte, debe potenciarse en armonía con las experticias posibles, a fin de otorgarle la mayor validez y eficacia probatoria posible.

En esta línea de ideas, la valoración médica y psicológica practicada a la víctima debe organizarse según directrices de atención que tiendan a reducir las consecuencias de la violación; al efecto, los exámenes médico y psicológico deben ser los más completos y detallados posibles, mientras que el personal especializado que los practica debe ser éticamente idóneo y académicamente capacitado para tales fines. Los momentos o las fases de la actividad probatoria son: ofrecimiento, admisión, diligenciamiento y valoración²⁸.

Ofrecimiento. Consiste en la indicación concreta de los medios de prueba que las partes presentarán para fundamentar sus respectivas tesis dentro del juicio oral y público.

El ofrecimiento de los medios de prueba en el proceso penal guatemalteco consiste en que cada una de las partes presente al Juez de Primera Instancia, quien controla la investigación, los medios de prueba con que considera que acreditará sus respectivas afirmaciones, a efecto de some-

27 MOSCOSO PARRA, Ruth Karina. *El derecho constitucional a la no revictimización de las mujeres... op. cit.*, p. 32.

28 GIRÓN MEOÑO, N. y HERNÁNDEZ ARMAS, S. «La Actividad Probatoria y los Medios Coercitivos Auxiliares de la Actividad Probatoria. Derecho Probatorio Penal». En *Revista Jurídica Digital*. Escuela de Estudios de Postgrado. Universidad de San Carlos de Guatemala. 2021, p. 69. Recuperado de:
http://www.posgradosderecho.usac.edu.gt/recursos/2021/REVISTA_DERECHO_PROBATORIO_Mazate.pdf#page=149

terlos a la fiscalización de las otras partes, por lo que el juzgador debe resolver si acepta o rechaza la prueba ofrecida.

El artículo 343 del Código Procesal Penal regula que «al tercer día de declarar la apertura a juicio, se llevará a cabo audiencia de ofrecimiento de prueba [...]. En caso de otros medios de prueba se identificarán adecuadamente, indicando la forma de diligenciamiento y el hecho o circunstancias que se pretende probar».

Admisión. Se trata de cuando la judicatura examina las pruebas ofrecidas para luego admitirlas, disponiendo además de las medidas necesarias para su recepción. «El juez resolverá inmediatamente y admitirá la prueba pertinente y rechazará la que fuere abundante, innecesaria, impertinente o ilegal», artículo 343 del Código Procesal Penal.

Diligenciamiento. Se refiere a la producción o presentación de las pruebas en debate. Esta etapa se contempla en el artículo 374 del Código Procesal Penal; el diligenciamiento o recepción de la prueba se llevará a cabo «después de la declaración del acusado».

Existe la opción de un anticipo de prueba, que se establece como un acto jurisdiccional y está regulado en el artículo 317 del Código Procesal Penal, que indica: «[...] cuando deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma no podrá hacerlo durante el debate, el Ministerio Público a cualquiera de las partes requerirá al juez que controla la investigación que realice [...]».

El tercer párrafo del mismo artículo regula «[...] Si, por naturaleza del acto, la citación anticipada hiciere temer la pérdida de elementos de prueba, el juez practicará la citación de las partes a manera de evitar este peligro procurando no afectar las facultades atribuidas a ella [...] Cuando se tema por la vida y/o integridad física del testigo se tomará la

declaración testimonial como anticipo de prueba por videoconferencia u otro medio electrónico...».

Como acto jurisdiccional, el juez tendrá la facultad de analizar las circunstancias en que se encuentre la víctima, y analizar cuando exista peligro inminente de pérdida de elementos probatorios. Sucede que, en los casos de violencia sexual, cuando un familiar está involucrado, las víctimas se retractan de brindar declaración para evitar que enfrente un proceso penal, y por el tiempo que transcurre para el inicio de un debate se debe considerar esta opción, a fin de no perder elementos probatorios.

El diligenciamiento de pruebas para los casos de violencia sexual se lleva a cabo en procesos especiales, particularmente cuando se trata de niñas, niños y adolescentes; por ello, en 2009, se creó la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de personas, mediante decreto 9-2009 (Ley VET), con miras a que el Estado guatemalteco responda a una adecuada protección de los derechos de las mujeres y de la niñez. Posteriormente se actualizó el marco jurídico en materia penal y se crearon nuevos tipos penales, entre otras acciones.

Mediante la reforma al artículo 59 de la Ley VET se establecen las medidas especiales para el anticipo de prueba y se regula: «[...] En los requerimientos de anticipo de prueba de los delitos contemplados en esta ley, el juez valorará el interés superior y los derechos de la víctima al motivar su resolución»²⁹. Para esto, los sujetos procesales deberán justificar la importancia de que se diligencie la prueba en anticipo.

29 Ley contra la violencia sexual, explotación y trata de personas, decreto 9-2009. Recuperado de: http://observatorio.mp.gob.gt/wordpress/wp-content/uploads/2019/10/ley-contra-la-violencia-sexual-explotacion-y-trata-de-personas_-_decreto_9-2009_guatemala.pdf

El intento de modificar el sistema penal guatemalteco busca cambiar la estructura del sistema de persecución penal, reconociendo la importancia del rol de la víctima antes, durante y después del proceso penal, disminuyendo o evitando la revictimización y la violencia institucional, y protegiendo los derechos humanos fundamentales de las mujeres, niñas y adolescentes en la búsqueda de una sentencia y, de manera paralela, una reparación digna, para lo cual se pueden aplicar las siguientes medidas:

d) Declaración en anticipo de prueba. En el artículo 5 del Acuerdo 16-2013, «Instructivo para el Uso y Funcionamiento de la Cámara Gesell, Circuito Cerrado y otras Herramientas para recibir las Declaraciones de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas y/o Testigos»³⁰, se establece que la finalidad es garantizar los principios de no revictimización y el interés superior del niño. «El juez responsable de la diligencia garantizará que en la declaración de la víctima se eviten preguntas revictimizantes».

e) La Cámara Gesell. El artículo 6 del Acuerdo 16-2013 explica que las declaraciones se llevarán a cabo «en las salas de Cámaras Gesell, circuito cerrado, videoconferencias u otras herramientas». Lugares especialmente adaptados para niñas, niños y adolescentes al momento de declarar.

Además del Acuerdo 16-2013, también se debe velar por el cumplimiento del Protocolo para recibir Declaraciones

30 Organismo Judicial. «Instructivo para el Uso y Funcionamiento de la Cámara Gesell, Circuito Cerrado y otras Herramientas para recibir las Declaraciones de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas y/o Testigos». En *Compilación de Normativa de la Niñez y Adolescencia de Guatemala*. Acuerdo núm. 16-2013. Recuperado de: http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20compilaciones/Compilacion%20NNA/expedientes/05_35.pdf

de Niñas, Niños y Adolescentes Víctimas y/o Testigos³¹ que indica, en primer lugar, procurar por el interés superior del niño, las directrices para recibir las declaraciones y la no revictimización de niñas, niños y adolescentes.

f) Valoración de la prueba. Una vez diligenciada, la prueba deberá ser valorada por la o el juez. El artículo 385 del Código Procesal Penal indica que «para la deliberación y votación, el tribunal apreciará la prueba según las reglas de la sana crítica razonada y resolverá por mayoría de votos». Esto quiere decir que, al momento de dictar sentencia, la autoridad judicial debe considerar las reglas de la experiencia, de la psicología y la lógica, por lo que se debe realizar una valoración de todos los medios probatorios de forma conjunta, y no aisladamente. Esta fase requiere de cuidadosa atención, por lo que se desarrolla en el siguiente inciso.

g) Importancia de la valoración de la prueba en los procesos de violencia sexual. Cafferata explica que «la valoración de la prueba es una operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba establecidos. Este estado de convicción es el que debe utilizar el juzgador para valorar la prueba que se le presenta en el proceso, por lo que será necesario realizar el análisis y debe versar sobre la veracidad de los hechos que se someten a su decisión»³².

Es decir, que la valoración de la prueba representa un momento procesal importante para el tribunal y para las partes, ya que se trata del momento donde los juzgadores

31 Organismo Judicial. «Protocolo para recibir Declaraciones de Niñas, Niños y Adolescentes Víctimas y/o Testigos». En *Compilación de Normativa de la Niñez y Adolescencia de Guatemala...*, op. cit.

32 CAFFERATA NORES, José I. *La Prueba en el Proceso Penal con especial referencia a la Ley 23,984*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 5ª ed., 2003, p. 45.

aplican la sana crítica razonada, resolviendo por mayoría de votos, cuya resolución será sobre una sentencia condenatoria o absolutoria³³. Los sistemas de valoración de la prueba en el proceso penal guatemalteco son: sistema de la prueba legal y tasada y sistema de la libre valoración de la prueba que, a su vez, se subdivide en sistema de la libre convicción y sistema de la sana crítica razonada³⁴.

El artículo 186 del Código Procesal Penal guatemalteco establece: «Todo elemento de prueba para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este código. Los elementos de prueba así incorporados se valorarán, conforme el sistema de la sana crítica razonada, no pudiendo someterse a otras limitaciones legales que no sean las expresamente previstas en este código».

En los artículos 181 y 183 del Código Procesal Penal se detallan las características que debe tener la prueba para ser admisible: debe ser objetiva, legal, útil, pertinente y no abundante. En 2019, mediante la Instrucción General de la Fiscal General y Jefa del Ministerio Público número 05-2019³⁵, se ordena la transversalidad, el enfoque de igualdad y género en la persecución penal, que tiene por objetivo «[...] Brindar al personal del Ministerio Público criterios incluyentes de persecución penal que transversalicen los enfoques de igualdad y de género, así como el principio de no discriminación, que faciliten la tipificación de los delitos, la

33 GIRÓN MEOÑO, N. y HERNÁNDEZ ARMAS, S. (2021) *loc. cit.*, p. 62.

34 GODOY ESTUPE, Angélica Amparo. Análisis jurídico de la valoración de la prueba en el proceso penal guatemalteco. Tesis. Universidad de San Carlos de Guatemala, 2006. Recuperado de: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_5966.pdf.

35 Instrucción general de la Fiscal General de la República de Guatemala y Jefa del Ministerio Público número 03-2020. Recuperado de: <https://www.mp.gob.gt/wp-content/uploads/2020/11/Gu%C3%ADa-teórico-conceptual-VCM-para-imprimir-3.pdf>

investigación criminal, las estrategias de litigio, la atención y protección a las víctimas».

Se debe considerar una mirada amplia de los medios de prueba que deben obtenerse en delitos de violencia de género, y no únicamente el testimonio de la víctima. Los delitos de violencia sexual son conocidos por la doctrina como delitos de soledad, ya que en la mayoría de los casos no hay testigo presencial, la persona que está siendo víctima es la única que estará siempre presente, y es la «[...] única persona que puede explicar las circunstancias [...]». Así se establece en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal de Guatemala, de fecha 20 de agosto de 2019, expediente de casación número 364-2016, donde se confirma un delito de violación y se hace con fundamento, valorando la prueba que se aportó y se analizó en el juicio, con certeza jurídica y la lógica. Por otro lado, el autor buscará un lugar solitario, despoblado, para cometer el hecho criminal; esta participación activa del sindicado debe acreditarse con otros medios probatorios, y no sólo con el testimonio de la agraviada.

Existe una serie de estándares internacionales sobre el valor reforzado del testimonio de las víctimas y que, al momento de valorarlo, se debe estar libre de estereotipos o discriminación, ya que estos afectan la credibilidad del relato. En el párrafo 26 de la Recomendación General N° 33 del Comité CEDAW, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, se lee:

El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Estos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen de forma defectuosa. Esto tiene consecuencias de gran alcance; por ejem-

plo, en el derecho penal, ya que dan por resultado que los perpetradores no sean considerados jurídicamente responsables de las violaciones de los derechos de la mujer, manteniendo de esta forma la cultura de la impunidad³⁶.

La Observación General N° 3 del Comité contra la Tortura, en el párrafo 33, establece: «En las actuaciones judiciales y no judiciales se tendrá en cuenta el género de manera de evitar una nueva revictimización o estigma de las víctimas de tortura o malos tratos. Con respecto a la violencia sexual o de género, el respeto de las debidas garantías procesales y un poder judicial imparcial»³⁷.

La narración de mujeres, niñas y adolescentes, al momento de exponer y revivir ante órgano jurisdiccional competente los hechos traumáticos sufridos, puede contener algunas imprecisiones; pero esto no justifica que se le reste la importancia debida, como lo confirma la sentencia de la Corte IDH en el Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México:

[...] de las diferentes declaraciones de la señora Rosendo Cantú, salvo algunas imprecisiones, se advierte consistencia en el relato de cuanto al hecho de la violencia sexual. La Corte considera que no es usual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados a priori, insistencia en el relato. Al respecto el Tribunal toma en cuenta que los hechos referidos por la señora Rosendo Cantú se relacionan a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos [...]. Adicionalmente, la Corte tiene en cuenta en el presen-

36 Comité CEDAW. Recomendación General del Comité CEDAW No. 33, sobre el acceso de las mujeres a la justicia. CEDW/C/GC/33. 2015, párr. 26.

37 Comité contra la Tortura. Observación General N° 3, 2012, párr. 33.

te caso que al momento de ocurridos los hechos la señora Rosendo Cantú era una niña³⁸.

Y es que ante esta situación, debe tomarse en mayor consideración si, al momento de ocurridos los hechos, la víctima fuese menor de edad. En la sentencia de fecha 19 de noviembre de 1999, caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala), en el párrafo 69, la Corte IDH establece que:

La Corte fallará el presente caso basándose tanto en pruebas directas, testimonial, pericial o documental, *inter alia*, como indirectas y, dado que la ponderación y aprovechamiento de estas últimas ofrecen complejidad, el Tribunal estima pertinente dejar sentados ciertos criterios sobre el particular. Al igual que los tribunales internos, la Corte también puede fundamentar sus sentencias en pruebas indirectas —como pruebas circunstanciales, los indicios y las presunciones— cuando son coherentes, se confirman entre sí y permiten inferir conclusiones sólidas sobre los hechos que se examinan³⁹.

En otra sentencia, la Corte IDH estableció:

[...] además de la prueba directa, sea testimonial, pericial o documental los tribunales internacionales, tanto como los internos, pueden fundar la sentencia en la prueba circunstancial los indicios y las presunciones, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones sólidas sobre los hechos. Al respecto, ya ha dicho la Corte que: en ejercicio

38 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto 2010, párr. 91.

39 Corte IDH. *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 69.

de funciones jurisdiccionales, tratándose de la obtención y valoración de la prueba necesaria para la decisión de los casos que conoce puede, en determinadas circunstancias, utilizar tanto la prueba circunstancial como los indicios o las presunciones como base de su pronunciamiento, cuando aquéllas puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos⁴⁰.

En el caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala se hace un abordaje sobre la valoración de la prueba, de acuerdo con lo establecido en los artículos 46, 47, 48, 50, 51, 57 y 58 del Reglamento, así como en su jurisprudencia constante respecto a la prueba y su apreciación:

[...] la Corte examinará y valorará los elementos probatorios documentales remitidos por las partes y la Comisión, las declaraciones, testimonios y dictámenes periciales, así como las pruebas para mejor resolver solicitadas e incorporadas por este Tribunal al establecer los hechos del caso y pronunciarse sobre el fondo. Para ello se sujeta a los principios de la sana crítica, dentro del marco normativo correspondiente, teniendo en cuanto al conjunto del acervo probatorio y lo alegado en la causa. Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, las declaraciones rendidas por las presuntas víctimas no pueden ser valoradas aisladamente sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso, en la medida en que puedan proporcionar mayor información sobre las presuntas violaciones y sus consecuencias⁴¹.

h) Víctima no es prueba. Una vez identificado el universo normativo penal de la violencia que se ejerce contra las mujeres, particularmente en los casos de naturaleza se-

40 Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1997, párr. 162.

41 Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala...*, párr. 39.

xual, corresponde analizar las regulaciones procedimentales que tienden a la protección de las múltiples dimensiones jurídicas de la dignidad de las víctimas.

Como ya se indicó, en la mayoría de casos de delitos de violencia sexual, únicamente se tendrá el testimonio de la víctima; sin embargo, si bien es fuente de información fundamental para el órgano jurisdiccional, es importante considerar que el testimonio de la víctima de un hecho sexual puede no ser indispensable ya que, como lo establece la Instrucción General de la Fiscal General y Protocolo de Investigación para Delitos de Violencia contra la Mujer en el Ámbito Público y Privado, podemos enfrentarnos ante posibles escenarios en donde la víctima participe como testigo durante el debate, que a continuación se describen⁴²:

1. [...] Qué la víctima desee rendir su testimonio en juicio. En este caso la o el fiscal debe brindarle las garantías en términos de derechos y protección y que no sea utilizada únicamente para ganar un caso.
2. Qué la víctima tenga dudas sobre su participación en juicio. Por ello se le debe dar información clara y verídica para aclarar todas sus dudas. En la mayoría de los casos temen a las represalias que se generen después de haber declarado, por lo que será necesario explicarle las implicaciones de su participación en el juicio.
3. «Qué la víctima definitivamente no quiera rendir su testimonio en juicio». El fiscal a cargo de la investi-

42 Instrucción General de la Fiscal General de la República de Guatemala y Jefa del Ministerio Público número 03-2020. Guía Teórica-Conceptual y Protocolo de Investigación para los Delitos de Violencia Contra la Mujer en el Ámbito Público y Privado. Recuperado de: <https://www.mp.gob.gt/wp-content/uploads/2020/11/Gu%C3%ADa-te%C3%B3rico-conceptual-VCM-para-imprimir-3.pdf>

gación deberá obtener elementos materiales probatorios y evidencias físicas, información que se obtenga de forma legal, por lo que es importante que otros medios de prueba puedan suplir los datos relevantes que aportaría el testimonio de la víctima para la teoría del caso.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) estableció la siguiente definición de «víctima»:

Se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del Derecho Internacional Humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término «víctima» también comprenderá a la familia inmediata o a las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños a intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización⁴³.

El Código Procesal Penal guatemalteco, decreto 51-92, luego de la reforma del artículo 117, por el decreto 18-2010, define a la víctima con base en esas nuevas corrientes victimológicas, donde ya no se le entiende más como un sujeto pasivo, neutro o estático. Establece entonces que las víctimas se entenderán como «las personas que, indivi-

43 ARDILA GALINDO, Humberto. *Los Derechos de las Víctimas: Estudio sobre los Derechos Sustantivos y Procesales de las Víctimas*. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2017, p. 22.

dual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicos o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial en sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente. Se incluye además en su caso, al cónyuge, a los familiares o dependientes inmediatos de la víctima directa y/o a la persona que conviva con ella en el momento de cometerse el delito, y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización [...]».

Ambas referencias entienden que la víctima tiene una gran participación en el proceso penal, especialmente en el diagnóstico del hecho delictivo, «pero sin contraponer los derechos de autor del delito a los de la víctima»⁴⁴, con el objeto de satisfacer mayormente a la víctima que a los delincuentes. Es decir, comprenden una visión desde la Victimología, que establece la «atención sobre la necesidad de formular y ensayar programas de asistencia, reparación, compensación y tratamiento de las víctimas del delito»⁴⁵.

Sin embargo, aunque la participación de la víctima en el proceso penal puede ser considerada como esencial, esta no debe ser instrumentalizada al punto de ser un elemento probatorio más, que conlleve la revictimización, olvidando además uno de los principales derechos de las víctimas: la reparación digna y el respeto a su dignidad.

Del expediente número 01004-2017-01097 de la Corte Suprema de Justicia Casación Penal⁴⁶, se sustrae que «alegar infracción del artículo 11 Bis del Código Procesal Penal,

44 Sergio, CUAREZMA TERÁN, Sergio. «La Victimología». En *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. Tomo V. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 1996, p. 305.

45 Ibid., p. 307.

46 Corte Suprema de Justicia Casación Penal. Expediente número 01004-2017-01097, Guatemala, 2017.

en la resolución emitida por el tribunal de alzada, si dicha autoridad con criterio lógico jurídico explicó al apelante que su argumento no tenía sustento legal, pues el hecho de no haber declarado la víctima fue irrelevante, derivado que el sentenciador centró en otros elementos probatorios, que al concatenarlos, no le dio duda de su responsabilidad penal en el hecho». Este párrafo brinda elementos para comprender que, si bien la participación de la víctima en el proceso es importante, como parte del reconocimiento de sus derechos, no necesariamente implica que su presencia o declaración será el eje del proceso que se está llevando a cabo.

En el marco del constitucionalismo moderno, el reconocimiento de la dignidad humana mediante los derechos humanos ha producido un repensar del saber criminológico hacia la victimología, facilitando la progresión de la lucha de género hacia esferas sociales y culturales antes vedadas. En este sentido, la víctima es aquella mujer que ha sufrido una lesión legítima de sus bienes jurídicos tutelados, ante la desprotección del sistema de seguridad pública, debido a la imposibilidad física de la vigilancia y cuidado total por parte del aparato estatal.

La tutela de los derechos fundamentales y la construcción de la verdad procesal ya no se basa únicamente en los intereses criminológicos del sistema social, sino en una relación equitativa entre procesado y víctima que, además, se ve enriquecida con la perspectiva de género y la doctrina de protección integral, según corresponda. Así, la posición de la víctima, por ejemplo, es una de las cuestiones bien desarrolladas a partir del constitucionalismo moderno.

En Guatemala, el derecho penal ha sido reformado y diferenciado en el caso de los delitos de naturaleza sexual, especialmente en el tratamiento de casos de trata; esto motivó a los legisladores a realizar una revisión integral de la

normativa penal que regulaba estos hechos, con el objetivo de obtener herramientas efectivas para su persecución y aplicación de sanciones. Por lo que, en la práctica, desde una perspectiva de género, aplicando el principio de la debida diligencia «y una cooperación mínima de la víctima, debe ser suficiente para que el Estado a través de sus instituciones, pueda resolver un caso»⁴⁷.

A MODO DE CONCLUSIÓN:
MITOS Y ESTEREOTIPOS DE LOS QUE DEBEN
DESPOJARSE LAS Y LOS JUECES PARA
UNA VERDADERA SANA CRÍTICA EN LA SENTENCIA

El actuar de las y los jueces puede contribuir a naturalizar y perpetuar los estereotipos de género en sus decisiones. «Esto ocurre de dos maneras: a) cuando deciden a partir de ideas pre-concebidas, lo que les dificulta analizar con rigor los hechos relevantes y las pruebas y realizar una interpretación de la ley libre de estereotipos; y b) cuando no logran identificar, nombrar y cuestionar los estereotipos asumidos por jueces de instancias inferiores o por las partes en el proceso»⁴⁸.

Para lograr una verdadera y sana crítica en las sentencias guatemaltecas, los jueces deben despojarse de estereotipos y prejuicios de género. De esa cuenta, la CIDH recomienda a los Estados «adoptar medidas inmediatas para garantizar una capacitación efectiva en materia de derechos de las mujeres, de todos los funcionarios públicos involucrados

47 MOSCOSO PARRA, Ruth Karina. *El derecho constitucional a la no revictimización de las mujeres...* op. cit., p. 55.

48 CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, Emanuela. «Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N° 9. Octubre-marzo de 2015, p. 40. Recuperado de: 2801-Texto del artículo-2804-1-10-20151002 (1).pdf

en el procesamiento de casos de discriminación y violencia contra las mujeres (incluyendo jueces de familia, fiscales, policías, abogados [...] y funcionarios administrativos)»⁴⁹.

Para esto es importante que los jueces tengan acceso a información actualizada sobre la realidad social y cultural de las mujeres en Guatemala. Así podrán tomar decisiones informadas y justas que respeten los derechos humanos de las mujeres y promuevan la igualdad de género. Parte de investigar un delito de violencia contra las mujeres implica despojarse de prejuicios personales y estereotipos de género que afectan el actuar y la objetividad de las y los jueces; en ese sentido, la Corte IDH, en el Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala ha establecido:

A este respecto cabe insistir en general en la necesidad de descalificar la práctica de devaluación de la víctima en función de cualquier estereotipo negativo, idónea para culpabilizar a una víctima, y neutralizar la desvaloración de eventuales responsables.

La Corte reconoce que los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. **Los estereotipos «distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos», lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes.** Cuando se utilizan estereotipos en las investigaciones de violencia

49 CIDH. Estándares y recomendaciones: Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes. Anexo 1. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233. 14 noviembre 2019, p. 10, párr. 13. Recuperado de: [violencia-discriminacion-mujeres-anexo1-es.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/docs/estandares-recomendaciones-violencia-discriminacion-mujeres-anexo1-es.pdf) (oas.org).

contra la mujer se afecta el derecho a una vida libre de violencia, más aún en los casos en que estos estereotipos por parte de los operadores jurídicos impiden el desarrollo de investigaciones apropiadas, denegándose, además, el derecho al acceso a la justicia de las mujeres. A su vez, cuando el Estado no desarrolla acciones concretas para erradicarlos, los refuerza e institucionaliza, lo cual genera y reproduce violencia contra la mujer⁵⁰.

50 Corte IDH. *Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017, párrs. 172-173.

Capítulo IV

La teoría del delito con perspectiva de género: eximentes y excluyentes de responsabilidad penal en los casos de criminalización por aborto en Centroamérica



G. Larissa Reyes Vásquez

INTRODUCCIÓN

El aborto ha estado presente en la historia de la humanidad –en tiempo y espacio– y en sus inicios no estaba prohibido. Su penalización o no responde a otros aspectos históricos, como la influencia de la Iglesia sobre los gobernantes, su posterior separación forzada del Estado en nombre de la democracia, y las exigencias de igualdad entre hombres y mujeres. Tras estos eventos se abrieron los debates sobre el inicio de la vida durante la gestación para determinar cuándo se cometía el ilícito, volviéndose una regla general en la mayoría de los Estados¹.

Fue hasta en 1920 que la Unión Soviética permitió, por primera vez en el mundo moderno, la despenalización total del aborto, cuestionada por otras potencias que más adelante fueron eliminando esos contextos restrictivos. Pero ya en 1870, Cuba fue pionera al abrir el paso a tres circunstancias que permitían la interrupción voluntaria del embarazo legalmente: a) el aborto terapéutico para salvar la vida de

¹ Al respecto véase MAYO ABAD, Digna. «Algunos aspectos histórico-sociales del aborto». En *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología*, N° 2, Vol. 28, La Habana, 2002.

la madre o evitar grave daño a su salud; b) el aborto por razón de honor, cuando el embarazo fue producto de una violación, rapto no seguido de matrimonio o estupro; y c) el aborto eugénico: para evitar la transmisión hereditaria de enfermedades o contagios graves al feto, con el consentimiento de los padres².

Estas circunstancias se han transformado en una lucha por la despenalización paulatina del aborto, particularmente en América Latina, bajo la exigencia de tres causales: 1) riesgo para la vida o salud de la mujer; 2) por violación o incesto; y 3) malformaciones fetales incompatibles con la vida. A pesar de ello, Centroamérica es la región que más penaliza la interrupción del embarazo en el mundo, en contextos restrictivos que prohíben el aborto sin excepción –El Salvador, Honduras y Nicaragua– o que, a pesar de existir alguna causal de despenalización –Guatemala, Costa Rica y Panamá–, en la práctica se obstaculiza³.

La penalización del aborto expone a muchas mujeres a prácticas inseguras de salud por temor a la criminalización, aunque generalmente su actuar no constituya delito. Esos contextos restrictivos solamente crean estereotipos y prejuicios alrededor de la mujer que no cumple con su «instinto materno natural», estigmatizándola no sólo socialmente⁴, sino también sesgando tanto al personal de salud que rompe el secreto profesional y denuncia, como a los operadores de justicia que no analizan las pruebas a la luz de las normas generales del derecho penal sino de sus

2 Ídem.

3 DE LEÓN, Ana. «Centroamérica, la región del mundo que más penaliza el aborto». En *Swissinfo*. 28 de julio 2023. Consultado el 9 de julio 2023. Recuperado de [SWI swissinfo.ch](https://www.swissinfo.ch)

4 RAMOS DUARTE, Rebeca y MURRIETA RAMÍREZ, Jenny. «El aborto». En VELA BARBA, Estefanía. *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia penal*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2021, p. 693.

propios prejuicios y, en lugar de archivar las diligencias, terminan persiguiendo injustamente a las mujeres⁵.

Así, los abortos espontáneos, que constituyen emergencias obstétricas y no el ejercicio voluntario de la mujer, como en el caso de Manuela en El Salvador⁶, quien sufrió diversos padecimientos de salud y situaciones de fuerza mayor, terminan siendo perseguidos penalmente sin analizarse adecuadamente la existencia de los elementos que deben estar presentes para probar una teoría del delito. Este es un claro ejemplo de situaciones que carecen de fundamento legal en materia penal y que, aun así, se fuerza y se vuelca al sistema de justicia «para dejar caer todo el peso de la ley», injustificadamente, sobre las mujeres.

El derecho penal es de *ultima ratio* porque será la última opción del Estado constitucional de Derecho para hacer frente a aquellos comportamientos humanos que causen grave daño a los bienes jurídicos tutelados. Por esa razón, se exige que el análisis jurídico sobre el quebrantamiento de las normas penales que protegen los intereses más relevantes de la sociedad se realice a través de la teoría del delito⁷.

En los casos de aborto, el derecho penal puede restringir la libertad de las mujeres, siendo este uno de los derechos más preciados para las personas. Por ello, la teoría del delito debe analizarse bajo reglas estrictas que garanticen la legalidad de la pena a imponer. El ejercicio jurídico

5 «Violencia institucional y discriminación por motivos de género en el ejercicio del poder punitivo». Procuración Penitenciaria de la Nación, 24 de noviembre 2016. Consultado el 28 de julio 2023. Recuperado de: ppn.gov.ar

6 Corte IDH. *Caso Manuela y otros Vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de noviembre 2021.

7 MEINI MÉNDEZ, Iván. *Manual de Derecho Penal. Parte general. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito*. Naciones Unidas/ UNODC. Panamá, 2020, pp. 21 y 23.

se realiza a través de los cinco elementos siguientes: 1) la acción: exigencia de que exista un hecho, acto u omisión; 2) la tipicidad: se desprende del principio de legalidad que exige que el comportamiento delictivo se prevea y se sancione en la ley penal de manera escrita, previa y expresa; 3) la antijuridicidad: exige que la acción sea contraria a derecho por lesionar bienes jurídicos protegidos y por tanto se vuelve ilícita; 4) la culpabilidad: salvo en los casos de inimputabilidad, es el reproche exigible sobre la persona que realiza el comportamiento ilícito, el cual debe ser estrictamente jurídico y no basado en la ética, la moral, lo social o lo religioso; y 5) la punibilidad: es la aplicación de la pena tras haberse analizado los elementos anteriores, la cual puede variar de acuerdo a valoraciones adicionales atenuantes o agravantes o determinarse su no aplicación por otras circunstancias⁸. Estos elementos deben ser analizados uno tras otro, en un orden predeterminado que no se puede cambiar. A falta de uno de ellos, no se podrá continuar analizando el resto, y se entenderá que no hay hechos sancionables penalmente.

Si bien es cierto que los Estados establecerán sus propias leyes internas, y considerando que el delito de aborto pretende proteger el bien jurídico de la vida en gestación, es importante comprender que ningún instrumento internacional de derechos humanos establece un momento específico para el inicio de su protección. Lo anterior explica que no existe una obligación internacional de penalizar y obstaculizar el aborto por parte de los Estados⁹.

El avance del derecho a nivel internacional ha integrado además la exigencia de aplicar las leyes internas, incluso las penales, con enfoque de género para garantizar un acceso

8 Ibid., pp. 58-68.

9 RAMOS DUARTE, Rebeca y MURRIETA RAMÍREZ, Jenny. «El aborto» ... *op. cit.*, p. 693.

efectivo e igualitario a la justicia. En la práctica se materializa al considerar en el análisis de la teoría del delito todas aquellas situaciones de discriminación, desigualdad, violencia y/o vulnerabilidad, particulares a cada persona que se enfrenta a un proceso judicial¹⁰.

Siguiendo las estrictas reglas del análisis de la teoría del delito, el primer acápite evalúa la ausencia del elemento de antijuricidad en los casos de inviabilidad del feto. En el segundo apartado se analizan dos causas de justificación o eximentes de responsabilidad penal que impiden que el aborto sea calificado como un hecho ilícito. Por un lado, el estado de necesidad cuando existe un riesgo o amenaza a la vida o la salud de la madre y, por el otro, el ejercicio legítimo de un derecho en los casos de violación o abuso sexual. En tercer lugar, se analiza el miedo insuperable con enfoque de género para determinar las causas de justificación en relación con la antijuricidad o las causas de excluyentes de la culpabilidad, de acuerdo con las leyes internas de los países analizados.

Las reflexiones finales demuestran que, efectivamente, las reglas generales del derecho penal no persiguen la interrupción del embarazo, sino que el sistema de justicia es manipulado a través de estereotipos o prejuicios de género que carecen de sustento legal para criminalizar el aborto. Dada la multiplicidad de temas vinculados al aborto, este trabajo analiza únicamente la aplicación de la teoría del delito con enfoque de género para visibilizar la correcta aplicación de las reglas generales del derecho penal sobre las causas de justificación, eximentes y excluyentes de responsabilidad que permiten evitar la criminalización injusta de las mujeres en Centroamérica.

10 Ibid., p. 666.

El presente análisis de las legislaciones de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá se basa en una metodología descriptiva-documental. Se recopilaron y compararon teorías penales, constitucionales, internacionales y de derechos humanos, con base en la revisión de la bibliografía médica, legal y social, la jurisprudencia, principios constitucionales y los estándares internacionales aplicables en materia de interrupción del embarazo.

1. LA AUSENCIA DE ANTIJURICIDAD EN LOS CASOS DE INVIABILIDAD DEL FETO

En el derecho penal, la antijuricidad es un elemento estructural del delito que supone la desaprobación de la acción, conducta o hecho cometido por una persona¹¹. Desde una perspectiva formal, la antijuricidad implica que la acción u omisión sea contraria al ordenamiento jurídico para que sea catalogada como antijurídica; es decir, que sea contraria a derecho¹². Sin embargo, el aspecto material de la antijuricidad exige además que esa acción afecte, lesione o violente intereses vitales para la organización social¹³ conocidos como bienes jurídicos tutelados o protegidos por las leyes.

Suazo Lagos explica que «aun cuando una conducta contraviene una disposición legal no puede considerarse antijurídica si no lesiona ni pone en peligro bienes jurídicamente protegidos»¹⁴. El principio de lesividad en materia

11 ORTEGA ORTÍZ, Adriana. «Teoría del delito con perspectiva de género». En VELA BARBA, Estefanía. *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia penal... op. cit.*, p. 216.

12 SUAZO LAGOS, René. *Lecciones de Derecho Penal I*. Editorial La Nueva Honduras, Tegucigalpa, 11ª ed., 2010, p. 116.

13 PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*. UNAM, México, 2004, pp.134-135.

14 SUAZO LAGOS, René. *Lecciones de Derecho Penal I... op. cit.*, p.116.

penal exige, según Zaffaroni, que «ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo»¹⁵; es decir, que no se puede imponer ninguna pena o medida de seguridad contra una persona si su acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la Ley.

En las legislaciones penales de Honduras, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Nicaragua y Panamá, el delito de aborto se encuentra tipificado en los Títulos relativos a Delitos contra la vida, contenidos generalmente en el Libro II de sus códigos penales¹⁶. Lo anterior demuestra que, con la penalización del aborto, el bien jurídico que pretenden proteger los países centroamericanos es, efectivamente, la vida del que está por nacer.

En términos médicos, Breborwicz indica que «un feto viable se refiere a alcanzar tal estado de desarrollo que sea

15 ZAFFARONI, Eugenio R. *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Ediar/ILANUD, Buenos Aires, 2000.

16 Código Penal de Honduras. Decreto No. 130-2017 publicado en el Diario Oficial *La Gaceta* No. 34,940 del 10 de mayo de 2019. Libro II Parte Especial, Título III Delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud, Capítulo I Delitos contra la vida, art. 196. Código Penal de Guatemala. Decreto No. 17-73 del 27 de julio 1973. Libro II, Título I De los Delitos contra la vida y la Integridad de la Persona, Capítulo III Del Aborto, arts. 133 a 140. Código Penal de El Salvador. Decreto No. 1030 del 26 de abril de 1998. Libro II, Título I Delitos relativos a la vida, Capítulo II Delitos relativos a la vida del ser humano en formación, arts. 133 al 137. Código Penal de Costa Rica. Decreto No. 4573 publicado en el Alcance 120 a *La Gaceta* N° 257 del 15 de noviembre de 1970. Libro II, Título I Delitos contra la vida, Sección II Aborto, arts. 118 al 122. Código Penal de Nicaragua. Ley No. 641 del 13 de noviembre de 2007. Libro II, Título I Delitos contra la vida, la integridad física y la seguridad personal, Capítulo II Aborto, artículos 143 al 145. Código Penal de Panamá. Ley 14 del 18 de mayo de 2007. Libro II, Título I Delitos contra la Vida y la Integridad Personal, Capítulo I Delitos contra la vida humana, Sección 3 Aborto provocado, arts. 141 al 144.

capaz de vivir, bajo condiciones normales, fuera del útero»¹⁷. En otras palabras, previo a calificar el aborto como antijurídico en términos penales, se debe determinar médicamente si el feto puede alcanzar la suficiente independencia para poder vivir fuera del útero materno (*ex utero*). En caso contrario, nos encontramos frente a un caso clínico de inviabilidad del feto y, por tanto, no hay bien jurídico que proteger.

La inviabilidad del feto se puede analizar en sentido amplio y en sentido restringido. En sentido amplio, Correa Casanova se refiere a todos aquellos casos en que el feto padece una patología grave e incurable que le condena a una corta expectativa de vida¹⁸, como es el caso de la hidrocefalia grave y progresiva, la pentalogía de Cantrell¹⁹, el síndrome de Patau (trisomía 13)²⁰, el síndrome de Edwards (trisomía 18)²¹, entre otras. Para dichos casos se puede

17 BREBOROWICZ, Grzegorz H., «Limits of fetal viability and its enhancement». En *Early Pregnancy*. Vol. 5. N° 1. Cherry Hill, 2001, pp. 49-50.

18 Al respecto véase CORREA CASANOVA, Mauricio. «La moralidad de la interrupción del embarazo». En *Veritas. Revista de Filosofía y Teología*, N° 31, Valparaíso, 2014.

19 La pentalogía de Cantrell es la conjunción de cinco defectos congénitos (defectos del corazón, pericardio, diafragma, esternón y la pared abdominal anterior), que representa un desafío único para los gineco-obstetras. Al respecto véase LACUNZA PAREDES, Rommel O. y BENAVIDES ZAVALA, Gerson. «Diagnóstico prenatal de Pentalogía de Cantrell: reporte de caso». En *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*. N°4. Vol. 66. Lima. 2020.

20 El síndrome de Patau, trisomía en el par 13 o trisomía D, es una enfermedad genética que resulta de la presencia de un cromosoma 13 suplementario. Entre el 80-90% de fetos con el síndrome no llegan a término. Los que logran nacer mueren poco tiempo después, la mayoría a los tres meses. El feto presenta retraso en el desarrollo con anomalías en el sistema nervioso, anomalías faciales, anomalías renales y cardíacas, anomalías de miembros o anomalías en abdomen. En Universidad Francisco Marroquín. *Síndrome de Patau*, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 2002.

21 El síndrome de trisomía 18 (T18) ocurre por la presencia de un cromosoma 18 extra completo en la mayoría de los casos. Los afectados tienen una elevada mortalidad: solo el 4% supera el primer año de vida. Los fetos con T18 pueden presentar anomalías anatómicas

realizar el mismo análisis jurídico que se realizará para la inviabilidad en sentido restringido, con las variables médicas que correspondan.

Correa Casanova continúa explicando que la inviabilidad del feto en sentido restringido incluye aquellos casos en que se tiene la certeza científica de que el feto no tiene ninguna expectativa de vida *ex utero*, como en los casos de anencefalia, que es el defecto congénito más grave de las anomalías fetales incompatibles con la vida²².

En estos casos el cráneo no se forma en su totalidad, falta una parte o todo el cerebro en el feto, y el tejido cerebral restante queda expuesto al líquido amniótico, lo que provoca su muerte²³. La literatura médica señala que entre el 65%²⁴ y 75%²⁵ de estos fetos fallecen en el útero, y que el 57% de los nacidos que presentan respiración espontánea o algunos reflejos en función vegetativa, permanecen inconscientes y mueren en las primeras 24 horas²⁶. Para Sgreccia, al contrario de un embarazo normal donde el feto desarro-

únicas o múltiples como onfalocoele, postura anormal de las manos (desviación radial o ulnar), mega vejiga, anomalías cardíacas, megacisterna magna, retardo en el crecimiento intrauterino, polihidramnios, cráneo en forma de fresa, quiste de plexo coroideo, dedos superpuestos, arteria umbilical única. Al respecto véase SALDARRIAGA, Wilmar et al. «Síndrome de trisonomía 18. Reporte de un caso clínico». En *Revista chilena de pediatría*, N° 2, Vol. 87, Santiago, 2016.

22 CORREA CASANOVA, Mauricio. «La moralidad de la interrupción del embarazo» ... *op. cit.*

23 COOK, Rebecca J., ERDMAN, Joanna N., HEVIA, Martin, et al. «Prenatal management of anencephaly». En *International Journal of Gynecology and Obstetrics*. Vol. 102, N° 3, 2008, p. 304.

24 MATERA, Fernando. «Algunas consideraciones éticas en torno al tema de la anencefalia». En *Archivos Argentinos de Pediatría*. Vol. 101, N° 5, Buenos Aires, 2003, p. 403.

25 BESIO, Mauricio y BESIO, Francisca. «Estatuto ontológico y ético del feto anencefálico: Una perspectiva filosófica». En *Revista Médica de Chile*. Vol. 136, Sociedad Médica de Santiago, Santiago, 2008, p. 784.

26 HOOFT, Pedro F. «Anencefalia: consideraciones bioéticas y jurídicas». En *Acta Bioethica* N°2, Vol. 6, Santiago, 2000, pp. 269-270.

lla progresivamente las estructuras biológicas humanas que crean una persona, el feto anencefálico sigue un proceso irreversible de deterioro hasta llegar a la muerte²⁷.

Científicamente no existe terapia o tratamiento para la anencefalia²⁸, por lo que esta grave malformación en el feto hace imposible que se desarrolle la vida humana. Por esa razón, Correa Casanova plantea que, desde la moral y la ética, prevalece el derecho de la madre a decidir por ella misma la continuación o no de su embarazo²⁹.

En Argentina, a finales del siglo XX, el juez Pedro Hoof del Juzgado en lo Criminal y Correccional No. 3 de Mar del Plata, resolvió una Acción de Amparo³⁰ reconociendo que el feto anencefálico es incompatible con la vida extrauterina e intrauterina. Además, que «a causa de la continuación de un embarazo sin futuro, con las angustias propias de una situación que tan gráficamente calificara James Drane como propias de un funeral prolongado», se produce un daño a la salud psíquica de la madre, violentándose la salud integral como derecho humano.

En ese sentido, el juez concluyó que el derecho constitucional de la vida del feto no se veía afectada por una inducción prematura del parto, porque su muerte era siempre el resultado irremediable de su grave patología congénita para la cual no hay cura ni terapia científica que garantice su viabilidad. En consecuencia, autorizó al Hospital de la Comunidad de Mar del Plata a realizar el aborto, garantizando

27 SGRECCIA, Elio. *Manuale di Bioética*. Vol. I, Vita e Pensiero, Milán, 2000, pp. 702-703.

28 ARRIBALZAGA, Eduardo. «Trasplante de órganos: ¿puede ser el feto anencefálico un donante potencial?». En *Anales de la Facultad de Medicina*, N° 4, Vol. 62, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2001, p. 356.

29 CORREA CASANOVA, Mauricio. «La moralidad de la interrupción del embarazo» ... *op. cit.*

30 Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 3 de Mar del Plata. *G. de A., A. L. s/ Acción de Amparo, causa 47.136*, 30 de diciembre de 1996.

los reemplazos pertinentes en caso de que los miembros del equipo de salud involucrado tuvieran alguna objeción de conciencia³¹.

En 2012, el Supremo Tribunal Federal de Brasil adoptó su decisión ADPF-44/ DF, confirmando la inconstitucionalidad de la interpretación errónea de catalogar la interrupción del embarazo del feto anencefálico como una conducta tipificada en el Código Penal. El juez ministro relator explicó que no sería consistente, con base en el principio de proporcionalidad, «proteger solo a uno de los seres en la relación, privilegiar a quien, en el caso de la anencefalia, ni siquiera tiene una esperanza de vida extrauterina, aniquilando, por otro lado, los derechos de las mujeres»³². Por ello, «la imposición estatal del mantenimiento del embarazo cuyo resultado final será la muerte del feto va irremediablemente en contra de los principios básicos del sistema constitucional, más precisamente a la dignidad de la persona humana, a la libertad, a la autodeterminación, a la salud, al derecho a la privacidad, al reconocimiento plenos derechos sexuales y reproductivos de miles de mujeres»³³.

En Colombia, la Sentencia C-055/22 de la Corte Constitucional reafirma el criterio de la Sentencia C-355 de 2006, que indica que cuando se comprueba médicamente la inviabilidad del feto «el delito de aborto no puede ser penado»³⁴

31 CEPEDA, Agustina. «Los abortos no punibles. Argumentos médico-jurídicos y bioéticos en la Argentina de fines del siglo XX». En *Revista Descentrada*, Vol. 1, N° 2. La Plata, 2017. Consultado el 11 de julio 2023. Recuperado de Vista de Los abortos no punibles. Argumentos médico-jurídicos y bioéticos en la Argentina de fines del siglo XX | Descentrada (unlp.edu.ar).

32 Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 54*. Voto del Ministro Marco Aurélio Mello, 12 de abril de 2012, p. 37.

33 Ídem.

34 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-055/22*. 21 de febrero 2022.

y el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso por ser una vida inviable³⁵. Es importante señalar que la Sentencia C-355 de 2006 crea una opción, pero no obliga a ninguna mujer a elegir la interrupción del embarazo en estos casos, ratificando la autonomía y la autodeterminación reproductiva de las mujeres³⁶.

A nivel internacional, en 2005, el Comité de Derechos Humanos resolvió en el caso *K.L. Vs. Perú*³⁷ de la misma forma que el Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 3 de Mar del Plata de Argentina, agregando que esa situación constituye una violación del derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes contenido en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Asimismo, el Comité afirma que el Estado no puede presentar como excusa una prohibición legal o constitucional para incumplir con las obligaciones internacionales del PIDCP por lo que, impedir la interrupción del embarazo, pese a la inviabilidad del feto y aun ante su prohibición legal, constituye una injerencia irrazonable en la decisión de la mujer sobre la mejor manera de sobrellevar su embarazo en tales circunstancias. En consecuencia, el balance establecido por el Estado priorizando la protección del feto respecto de los derechos de las mujeres no era justificable³⁸.

35 Ídem.

36 Grupo Sexualidad y Derechos Sexuales y Reproductivos, Dirección de Promoción y Prevención. *Línea: Salud Materna – Derecho a la Maternidad Elegida Interrupción voluntaria del embarazo, un derecho humano de las mujeres*. Ministerio de Salud, Bogotá, 2016, p. 3.

37 Comité de Derechos Humanos. Caso *K.L Vs. Perú*. Comunicación N° 1153/2003, 22 de noviembre de 2005.

38 CIDH. Informe No.9/20. Caso 13.378. Fondo. Beatriz, El Salvador, 3 marzo de 2020.

A nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) afirmó en su informe de fondo sobre el caso *Beatriz Vs. El Salvador* que el grado de la finalidad perseguida con la negación del aborto terapéutico —para proteger la vida del feto— era nulo debido a su condición de anencefalia que lo hacía incompatible con la vida extrauterina, como quedó evidenciado en el diagnóstico inicial y se demostró con la muerte de este pocas horas después del nacimiento³⁹. Adicionalmente, la CIDH comunicó públicamente que:

Si bien la protección de la vida desde la concepción constituye un fin legítimo, la criminalización de la interrupción del embarazo cuando existe incompatibilidad del feto con la vida extrauterina no logra satisfacer el requisito de idoneidad, pues la inviabilidad de la vida del feto rompe la relación de medio a fin entre la criminalización y la finalidad que persigue, dado que el interés protegido (la vida del feto), indefectiblemente no podrá materializarse [...] ⁴⁰.

Al aplicar un enfoque de género a la criminalización de los casos de aborto por inviabilidad del feto, la CIDH retoma lo estipulado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el caso *L.C. v. Perú*, donde reconoce que la prohibición de interrumpir el embarazo en estos casos obedece a estereotipos discriminatorios sobre el rol de la maternidad, protegiendo sin fundamento «el estereotipo de dar prioridad a la función reproductiva de la

39 Ibid., párr. 153.

40 CIDH. CIDH presenta caso de El Salvador ante la Corte IDH sobre prohibición absoluta del aborto. Comunicado de prensa N° 011/22, 11 de enero 2022. Consultado el 6 de julio 2023. Recuperado de CIDH presenta caso de El Salvador ante la Corte IDH sobre prohibición absoluta del aborto (oas.org).

mujer como un deber» sobre la vida, la integridad y la salud de las mujeres⁴¹.

Courtis realizó un análisis de proporcionalidad entre la interrupción del embarazo y la protección de la vida del feto inviable, indicando que en los casos de aborto por esta causal: a) existe un fin legítimo al proteger la autonomía, privacidad, dignidad, salud mental y libertad frente a tratos crueles, inhumanos y degradantes de la gestante; b) no existen medios alternativos para no afectar los derechos de la gestante, pues no hay terapia o cura para la anencefalia, y c) es proporcional, debido a que los derechos de la persona gestante superan el interés de proteger la nula o corta expectativa de vida del feto inviable⁴².

En conclusión, el aborto realizado en los casos de inviabilidad del feto no constituye una acción antijurídica en materia penal, puesto que no se pone en riesgo ni se lesiona ningún bien jurídico tutelado (la vida del feto), que cabe mencionar, concuerda con una de las causales exigidas para la despenalización del aborto: la inviabilidad del feto. En consecuencia, la acción carece del elemento de antijuridicidad, esencial para que se configure la comisión del delito; por tanto, no es perseguible penalmente.

Corresponde entonces analizar otras situaciones que podrían ser calificadas como antijurídicas, pero que están previstas bajo justificaciones o eximentes de responsabilidad penal por las legislaciones centroamericanas bajo estudio.

41 CIDH. Informe N 9/20... *op. cit.*, pp. 45 y 46, párrs. 205-206.

42 COURTIS, Christian. «La supuesta discriminación por discapacidad en caso de aborto por inviabilidad fetal: el caso Beatriz ante la Corte IDH». En *Agenda Estado de Derecho*, 21 de marzo 2023. Consultado el 7 de julio 2023. Recuperado de La supuesta discriminación por discapacidad en caso de aborto por inviabilidad fetal: el caso Beatriz ante la Corte IDH - Agenda Estado de Derecho.

2. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN O EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS CASOS DE CRIMINALIZACIÓN POR ABORTO

En este apartado se analizan aquellas situaciones de aborto en las que la acción es típica, pero existe una causa de justificación que exime a las mujeres de responsabilidad penal y, por tanto, su acción no es antijurídica ni perseguible. Si bien cada país incluye diversas eximentes de responsabilidad penal, en el presente estudio analizaremos dos causas de justificación comunes en la región centroamericana, relacionadas con las causales exigidas por las mujeres para la despenalización del aborto: a) El estado de necesidad por riesgo o amenaza a la vida o salud de la madre; b) El ejercicio legítimo de un derecho en los casos de abuso sexual o violación.

1) El estado de necesidad por riesgo o amenaza a la vida o salud de la madre

El estado de necesidad «es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos»⁴³.

La doctrina contempla una teoría de la diferenciación, con dos criterios: a) el estado de necesidad justificante cuando se sacrifica un bien jurídico de menor valor para salvaguardar el bien jurídico de mayor valor, por lo que la acción carece de antijuridicidad; y b) el estado de necesidad exculpante cuando se produce una colisión entre bienes jurídicos de igual valor, siendo una acción antijurídica, pero no culpable al ser una eximente de responsabilidad penal.

43 SUAZO LAGOS, René. *Lecciones de Derecho Penal... op. cit.*, p. 122.

Dicha valoración es asignada por cada ordenamiento jurídico interno, de acuerdo con las penas establecidas.

En la legislación de los países analizados⁴⁴ no se hace la diferencia entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante, con lo cual ambos casos se consideran una causa de justificación que excluye la antijuridicidad, al analizar la teoría del delito. Bajo esta eximente de responsabilidad penal se deben enmarcar todas aquellas situaciones, distintas a la inviabilidad del feto, que afecten la salud o la vida de la madre, pues es un caso de aborto necesario.

Siendo que en el delito de aborto el bien jurídico tutelado es la vida del no nacido, Castillo Ara subraya que, para analizar el estado de necesidad en estos casos, se debe observar todos los bienes jurídicos en juego, los cuales incluyen no solo la autonomía reproductiva, sino además bienes jurídicos personalísimos de la mujer como la salud o la vida de esta⁴⁵.

En ese sentido, en el aborto terapéutico no se realiza una ponderación de la vida de la mujer *versus* la vida del no nacido, sino una ponderación entre la vida nacida más integridad física y psicológica, más salud, más autonomía reproductiva en términos de privacidad *versus* un complejo de células o un feto dependiente de la vida y del bienestar del cuerpo de la mujer. Adicionalmente, no se trata de una ponderación entre la vida de dos personas nacidas, sino de

44 Código Penal de Honduras, art. 30.3. Código Penal de Guatemala, art. 24.2. Código Penal de El Salvador, art. 27.3. Código Penal de Costa Rica, art. 27. Código Penal de Nicaragua, art. 34.5. Código Penal de Panamá, art. 33.

45 CASTILLO ARA, Alejandra. *Aborto e infanticidio: cómo sostener una adecuada defensa*. Defensoría Penal Pública. Chile, 2010, p. 38.

la vida de persona nacida *versus* la potencialidad de vida de un no nacido como dependiente del cuerpo de la mujer⁴⁶.

En consecuencia, doctrinalmente, nos encontramos frente a un estado de necesidad justificante, ya que no se le asigna el mismo valor a la *vida de una persona nacida* —sancionada con penas mayores a través del delito de homicidio o asesinato en todos los países analizados— que a la *vida del no nacido* —sancionado con penas menores en las leyes centroamericanas— por lo que, jurídicamente, la vida de la mujer es el bien jurídico de mayor valor frente a la vida del no nacido, que sería el bien jurídico de menor valor lesionado. Las legislaciones penales de Costa Rica⁴⁷, Guatemala⁴⁸ y Panamá⁴⁹ reconocen esa prevalencia de la vida de la madre sobre la del feto no nacido, estableciendo excepciones específicas para no sancionar el aborto terapéutico.

Arango Durling explica que, en el caso de Panamá, esta eximente de pena no es más que el reconocimiento del estado de necesidad por parte del Poder Legislativo, cuando para salvar la vida de la madre es necesario sacrificar al producto de la concepción. Resalta, además, como éste es

46 Ídem.

47 Código Penal de Costa Rica, art. 121. «Aborto impune. No es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y este no ha podido ser evitado por otros medios».

48 Código Penal de Guatemala, art.137. «Aborto terapéutico. No es punible el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, previo diagnostico favorable de por lo menos otro médico, si se realizó sin la intención de procurar directamente la muerte del producto de la concepción y con el solo fin de evitar un peligro, debidamente establecido, para la vida de la madre, después de agotados todos los medios científico y técnico».

49 Código Penal de Panamá, art. 144.2. «No se aplicarán las penas señaladas en los artículos anteriores: (...) 2. Si el aborto es realizado con el consentimiento de la mujer, por graves causas de salud que pongan en peligro la vida de la madre o del producto de la concepción».

un claro ejemplo de la «jerarquía de valores» donde prevalece la superioridad del interés de protección de la vida de la madre sobre la posible vida del feto o embrión, es decir, en términos jurídicos, el bien jurídico de menor valor cede ante el bien jurídico de mayor valor⁵⁰.

A pesar de que El Salvador prohíbe absolutamente el aborto y sanciona con aborto agravado a los profesionales de la salud que «se dedican a dicha práctica»⁵¹, es importante destacar que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de este país analizó, en el recurso de inconstitucionalidad 170-2013⁵², el estado de necesidad como una regla general del derecho penal que permite eximir de responsabilidad a las mujeres y a los profesionales de la salud en los supuestos delitos de aborto.

En esta sentencia se reconoce el estado de necesidad como una causa de justificación que permite desvirtuar el carácter antijurídico de la conducta típica, ya que resuelve el conflicto entre el interés general y el interés particular, privilegiando y protegiendo el último de acuerdo con los principios interpretativos de la ponderación de intereses, la proporcionalidad, la dignidad humana, etc.⁵³.

Cabe señalar, además, que la Sala de lo Constitucional salvadoreña reconoce que «esperar hasta que exista una autorización judicial para practicar la interrupción del embarazo ante un grave riesgo a la vida de la gestante es to-

50 ARANGO DURLING, Virginia. «El aborto y las eximentes de responsabilidad penal». En *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*. N° 3-II Semestre, Ciudad de Panamá, 2018, pp. 15 y 20. Consultado el 7 de julio 2023. Recuperado de: *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad* (ejc-reeps.com)

51 Código Penal de El Salvador, art. 135.

52 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Inconstitucionalidad 170-2013, 23 de abril 2014.

53 *Ibid.*, p. 6.

talmente absurdo»⁵⁴, como lo sería igualmente esperar una autorización judicial para ejercer la legítima defensa. Por tanto, las mujeres que abortan para salvar su salud o sus vidas están amparadas por el estado de necesidad para eximir las de responsabilidad penal. La Sala de lo Constitucional afirmó también que los profesionales de la salud quedan amparados en las excluyentes de responsabilidad penal contenidas en el artículo 27 numerales 1) y 5) del Código Penal, cuando realizan una intervención salvadora ante una situación de riesgo grave para la mujer embarazada⁵⁵.

Sin embargo, en el Informe de Fondo del Caso Beatriz Vs. El Salvador, la CIDH concluyó que

[...] el análisis de la sala constitucional demostró que, aun en casos de grave enfermedad de la mujer embarazada, no existe nunca un estado de necesidad que requiera la destrucción del feto, es decir, un aborto directo donde se produce intencionalmente la muerte del no nacido, el cual, bajo ninguna circunstancia, presenta un beneficio terapéutico para la madre⁵⁶.

A diferencia de El Salvador, en 2019, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, estableció en la Sentencia de Amparo en Revisión 1388/2015 que, cuando se trata del derecho a la salud de las mujeres

54 Ibid., p. 7.

55 Ibid., p. 8. En ese mismo sentido, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Sentencia de Amparo 310-2013, 28 de mayo de 2013, párr. VII(5)(C).

Código Penal de El Salvador, art. 27. «No es responsable penalmente: 1) Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita. (...) 5) Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó (...).».

56 CIDH. Informe N° 9/20 ... *op. cit.*, p. 63.

en estado de embarazo, el contenido y el alcance de este derecho «debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano»⁵⁷, que incluye:

- El derecho a servicios y condiciones necesarias para alcanzar el nivel más alto de salud;
- A gozar de un nivel de salud que permita vivir una vida digna;
- A recibir servicios de maternidad; y
- El derecho al disfrute al nivel más alto de bienestar físico, mental y social⁵⁸.

La Suprema Corte agrega que garantizar el derecho a la salud de una mujer en estado de embarazo, no sólo es permitirle la interrupción en los casos de riesgo en la salud física o la vida, sino también en aquellos casos en que el proyecto de vida y/o su bienestar se ven afectados. Por esa razón, la Primera Sala afirma que el derecho a la salud se debe analizar desde una perspectiva de bienestar. Solamente la mujer en estado de embarazo puede definir lo que para ella es estar bien, y decidir la terminación de su embarazo como un ejercicio de sus derechos a la libertad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, negar una interrupción del embarazo por motivos de salud es un acto de discriminación que impone barreras al ejercicio de los derechos de las mujeres⁵⁹.

57 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Sentencia 1388/2015. 15 de mayo de 2019, párr. 90.

58 Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE). *Paso a paso: las sentencias de la Corte sobre aborto*. Offset Reboasán, México, 2022, p. 54.

59 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Sentencia 1388/2015, *op. cit.*, párrs. 96 a 152.

Posteriormente, en 2020, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México resolvió la acción de inconstitucionalidad 148/2017, en la que decidió que otorgar el estatus de persona al embrión o feto para restringir el derecho a la autonomía reproductiva de las mujeres es inconstitucional, pues el primero no merece la misma protección jurídica de las personas nacidas. La proporcionalidad exige que el producto de la gestación se proteja en la medida que avanza el embarazo, pero esa protección no puede desconocer los derechos de las mujeres a interrumpir el embarazo en determinados supuestos⁶⁰, como el caso del estado de necesidad.

Por lo que, el aborto realizado para salvar la vida o la salud de la madre está amparado por el estado de necesidad, como una causa de justificación o eximente de responsabilidad penal, en todos los países centroamericanos. En consecuencia, este tipo de interrupción del embarazo no puede ser perseguido penalmente.

A continuación se analizará una segunda causa de justificación o eximente de responsabilidad penal del aborto en Centroamérica.

2) El ejercicio legítimo de un derecho en los casos de violación o abuso sexual

El ejercicio legítimo de un derecho es una eximente de responsabilidad presente en todas las legislaciones penales de los países analizados. A excepción de Guatemala, que exige que el acto se realice en virtud del cargo público que desempeña, de la profesión a que se dedique, de la autori-

60 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Acción de Inconstitucionalidad 148/2017, 2020.

RAMOS DUARTE, Rebeca y MURRIETA RAMÍREZ, Jenny. «El aborto», *op. cit.*, p. 693.

dad que ejerce o de la ayuda que preste a la justicia⁶¹, los demás países estudiados no condicionan el ejercicio legítimo de un derecho⁶², pudiendo eximir de responsabilidad penal a cualquier persona, cuando sea aplicable.

De hecho, Panamá califica la violación como una causal que permite el aborto; no obstante, exige que la mujer haya denunciado el hecho y éste se encuentre acreditado en instrucción sumarial. Además, restringe el plazo de interrupción a dos meses de embarazo⁶³, lo cual implica una discriminación para las víctimas que ignoran su estado de embarazo en esos casos, o que por miedo no quieren hablar ni denunciar lo sucedido.

La doctrina penal establece que la persona que «obra en ejercicio legítimo de un derecho no actúa antijurídicamente»⁶⁴, pues la causa de justificación es de naturaleza jurídica⁶⁵ y puede provenir de cualquier rama del derecho⁶⁶. Meini Méndez recalca que esta autorización del derecho para lesionar un bien jurídico debe recaer necesariamente sobre un acto o comportamiento permitido por una norma de naturaleza jurídica, por lo que se descarta toda justificación basada en normas éticas, morales o de otra naturaleza distinta de la jurídica⁶⁷.

Se trata nuevamente de resolver el conflicto entre derechos, a través de la ponderación de estos mediante el prin-

61 Código Penal de Guatemala, art. 24.3.

62 Código Penal de Honduras, art. 30. 2, Código Penal de El Salvador, art. 27.1, Código Penal de Costa Rica, art. 34.7 y Código Penal de Panamá, art. 31.

63 Código Penal de Panamá, art. 144.1. párr. 3.

64 SUAZO LAGOS, René. *Lecciones de Derecho Penal I... op. cit.*, p. 127.

65 LUZÓN PEÑA, Daniel M. *Lecciones de derecho penal: Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed. ampliada y revisada 2016, p. 424.

66 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*. Aranzadi, Pamplona, 4ª ed. 2010, p. 510.

67 MEINI MÉNDEZ, Iván. *Manual de Derecho Penal. Parte general... op. cit.*, p. 155.

cipio de proporcionalidad⁶⁸. Para ello, deberán constatarse tres elementos: En primer lugar, la titularidad del derecho, es decir, que solamente el titular puede ejercer legítimamente su derecho⁶⁹. Tratándose de derecho penal, debe ser una acción personalísima que nadie más podría hacer en nombre de la persona titular, pues se trata de una facultad discrecional que puede ejercitarse o no, a decisión del o la titular.

En segundo lugar, el derecho debe ser de libre disposición. Una parte de la doctrina sostiene que algunos derechos personalísimos, como la vida e integridad, no son disponibles y no cabe el ejercicio legítimo de un derecho. Meini Méndez cuestiona esta teoría y afirma que si el Estado de derecho pretende asegurar las condiciones para que las personas desarrollen libremente su personalidad y ejerzan sus derechos, no se puede emplear un paternalismo estatal que vaya en contra de la dignidad humana, impidiéndoles disponer libremente sobre sus vidas⁷⁰.

Para entender la postura de Meini Méndez, es indispensable recalcar que la dignidad humana tiene tres dimensiones: primero, la autonomía individual, para permitirle a las personas «vivir como se quiera», es decir, facilitar el libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación, diseñar un plan de vida y determinarse según sus propias características⁷¹; segundo, el bienestar, garantizado por el Estado a través de bienes y servicios para facilitar a las personas el

68 Ídem.

69 Ibid., p. 156.

70 Ídem.

71 VELASCO GUTIÉRREZ, Yolanda. «La dignidad humana como valor, principio y derecho en la jurisprudencia constitucional colombiana». En *Criterios. Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Política Internacional*. N°1, Vol. 6, Universidad de San Buena Ventura, Bogotá, 2013, p. 34.

«vivir bien»⁷²; y, tercero, el respeto para vivir libre de humillaciones y sin ser sometidas o sometidos a tratos crueles. Esta dimensión se relaciona con la integridad física y psíquica de las personas⁷³.

En consecuencia, la dignidad humana permite que todos los derechos sean de libre disposición, incluyendo la integridad personal y la vida, entendiéndose esta última como el derecho a gozar de una vida digna y al respeto a cada proyecto de vida.

En tercer lugar, verificar la extralimitación del derecho, es decir, que no se trata del ejercicio abusivo de un derecho⁷⁴. Con este último elemento es que se hace el ejercicio de ponderación de los derechos en conflicto, para hacer primar uno de ellos y poder lesionar el otro, sin que dicha lesión sea antijurídica.

Bullemore y Mackinnon afirman que, tras reunirse estos requisitos, la causal que exime la responsabilidad penal tiene eficacia⁷⁵ y Labatut agrega que por esa razón no existe una conducta ilegítima o ilícita⁷⁶. En los casos de violación, la interrupción de embarazo es entonces el ejercicio legítimo de un derecho.

A nivel internacional, la Organización Panamericana de la Salud reconoce como un avance del derecho a la salud permitir el aborto cuando el embarazo es producto de una violación, pues proporcionar información sobre el aborto y

72 Ibid., p. 37.

73 Ibid., p. 38.

74 MEINI MÉNDEZ, Iván. *Manual de Derecho Penal. Parte general... op. cit.*, p. 156.

75 BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John R. *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 102.

76 LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 9ª ed., 1990, p. 110.

sus procedimientos es parte de una respuesta integral a las necesidades de las víctimas sobrevivientes que lo solicitan⁷⁷.

Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha ratificado la obligación que tienen los Estados de «garantizar la atención de la salud física y mental a las víctimas de la violencia sexual en todas las situaciones, en particular el acceso a servicios de aborto sin riesgo»⁷⁸. Históricamente, la violación ha sido y sigue siendo un crimen del que las mujeres son su objetivo sistemático. Es la forma más reprensible de agresión sexual que constituye una violación humillante, degradante y brutal de la dignidad y la persona del sobreviviente. No es simplemente un acto de gratificación sexual, sino uno de dominación física. Es una forma extrema y flagrante de manifestar la supremacía masculina sobre las mujeres⁷⁹.

Considerando que los ordenamientos jurídicos bajo estudio provienen de Estados de derecho, es importante reconocer que la violación es un delito que atenta contra los derechos humanos básicos de las mujeres sobrevivientes, violando incluso uno de los derechos más preciados de las víctimas como la vida —incluyendo el derecho a vivir con dignidad humana en sus tres dimensiones— y destruye la

77 Organización Panamericana de la Salud. *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Violencia sexual*. OPS, Washington D.C., 2013.

78 Comité DESC. *Observación General N° 22*. Naciones Unidas, 2016, párr. 45.

79 JARAMILLO SIERRA, Isabel C. «Parte I Argumentos para la liberalización. Introducción». En BERGALLO, Paola, JARAMILLO SIERRA, Isabel C. y VAGGIONE, Juan M. *El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Siglo Veintiuno editores. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 24. Vid. Caso Fanuel Sitakeni c. Director de Procesos Públicos de la Corte Constitucional de Sudáfrica.

salud psicológica de éstas, empujándolas a una profunda crisis emocional⁸⁰.

La evolución jurídica se aprecia en el caso de México, donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el año 2000 fue bastante ambigua al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 10/2000⁸¹, indicando que el aborto seguía siendo un delito, aunque en ciertos casos su comisión no se sancionara⁸². El antecedente fue establecido por cinco ministros⁸³ de la SCJN que se opusieron a esa decisión, argumentando que el derecho constitucional a la libre decisión sobre la maternidad es ultrajado cuando se pretende imponer y llevar a término el embarazo en los casos de violación y por esa razón, en materia penal, no se debe considerar punible el aborto practicado en esas circunstancias⁸⁴.

Y aunque en 2008 la SCJN mexicana reconoció que el derecho a la vida no es absoluto, incluso cuando se trata de un feto, fue hasta casi una década y media más tarde que afirmó, en los Amparos en revisión 601/2017 y 1170/2017, que negar el aborto cuando el embarazo se produjo por una violación es un acto totalmente contrario a los derechos humanos de las mujeres, violentándose la prohibición a no ser sometidas a tratos crueles, inhumanos y degradantes⁸⁵.

80 Ibid., pp. 26 y 27.

81 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Acción de inconstitucionalidad 10/2000. Ponencia de la Ministra Olga María Sánchez Cordero, 29 y 30 de enero 2002.

82 BELTRÁN Y PUGA, Alma. «La jurisprudencia constitucional sobre el aborto en México». En BERGALLO, Paola, JARAMILLO SIERRA, Isabel C. y VAGGIONE, Juan M. *El aborto en América Latina... op. cit.*, p. 63.

83 Voto de minoría de los señores ministros Juan Silva Meza, Genaro David Góngora Pimentel, Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro y José de Jesús Gudiño Pelayo.

84 BELTRÁN Y PUGA, Alma. «La jurisprudencia constitucional sobre el aborto en México» ... *op. cit.*, p. 66.

85 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo en Revisión 601/2017, 4 de abril de 2018. | Suprema Corte de Justicia de

En 2021, con el Amparo en Revisión 438/2020⁸⁶ agregó que también se vulnera: a) el derecho a una vida libre de violencia, ya que al negar la interrupción del embarazo se agudiza el sufrir de la víctima y es una forma de revictimizarla; b) el derecho a la salud, principalmente la salud mental al obligarle a continuar un embarazo producto de una violación que se quiere interrumpir; y c) el derecho a la igualdad y no discriminación, porque se alimenta el estereotipo de la maternidad dándole más importancia al feto que a la mujer que lo está gestando. Además, tras haber vivido una experiencia traumática, las niñas, adolescentes y mujeres no se atreven a mencionarlo ni denunciarlo⁸⁷ en muchas ocasiones, por lo que ante la criminalización optan por un aislamiento social.

Las afectaciones que produce la violación o abuso sexual fueron fundamento suficiente para la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, que consideró en su sentencia C-355/06 del 10 de mayo de 2006 que la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la salud, la vida y la integridad personal son límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal⁸⁸. Por lo que concluyó que la interrupción del embarazo en los casos de violación no es constitutiva de delito de aborto ya que

[...] la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de

la Nación de México. Amparo en Revisión 1170/2017, 18 de abril de 2018.

86 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo en Revisión 438/2020, 22 de junio de 2021.

87 Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE). *Paso a paso: las sentencias de la Corte sobre aborto... op. cit.*, pp. 58 y 59.

88 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355/06. 10 de mayo 2006, pp. 176 a 186.

la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente [...]⁸⁹

Asimismo, penalizar el aborto o la interrupción del embarazo en los casos de violación es para la Corte Constitucional colombiana «una intromisión estatal de tal magnitud» que resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable⁹⁰, ya que como manifestaron los magistrados Jaime Araujo et al. en la aclaración de voto en la sentencia C-647 de 2001

[...] **La mujer que como consecuencia de una vulneración de tal magnitud a sus derechos fundamentales queda embarazada no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos**, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, ni indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia, sea subordinado a ser un instrumento útil de procreación. **Lo normal y ordinario es que no sea heroína e indiferente.** Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. A pesar de que el Estado no le brinda ni a ella ni al futuro niño o niña ninguna asistencia o prestación de la seguridad social, la mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero **no puede ser obligada a**

89 Ibid., p. 199.

90 Ibid., p. 200.

procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación⁹¹ [la negrilla es agregada].

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que la judicialización del aborto producido por una violación «es innecesaria, ilegal y contraproducente, ya que obliga a la víctima exponer su vida privada y a su vez, la demora pone en riesgo el derecho a la salud»⁹²; por tanto, lo consideró como un hecho no punible. Además, afirmó que es aberrante exigir a una víctima de delito sexual soportar un embarazo que ha sido una consecuencia del ataque a sus derechos fundamentales⁹³, tales como la libertad sexual y reproductiva, dignidad, salud, igualdad y autonomía⁹⁴.

En conclusión, podemos afirmar que la mujer que interrumpe un embarazo producto de una violación sexual está protegida por el ejercicio legítimo de un derecho y, por tanto, la exime de responsabilidad penal, independientemente del período en que decida abortar. Aunque en Costa Rica se prevea un perdón judicial para extinguir la pena en los casos de aborto cuando el embarazo es consecuencia de una violación⁹⁵, desde el análisis de la teoría del delito, la acción penal se extingue por el elemento de antijuricidad, que impide llegar al análisis de la culpabilidad y la punibilidad, volviéndose la norma en cuestión inaplicable.

91 ARAUJO RENTERÍA, Jaime, BELTRÁN SIERRA, Alfredo, CEPEDA, Manuel J. y VARGAS HERNÁNDEZ, Clara I. Aclaración de voto a la sentencia C-647/01 de la Corte Constitucional de Colombia, 20 de junio de 2001.

92 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Sentencia F.A.L., AP AP/JUR/55/2012. 13 de marzo de 2012, Considerando 19.

93 GARNICA GIULIANO, Makarena. *Aborto no punible*. Universidad Siglo 21, Buenos Aires, 2020, p. 38.

94 Ibid., p. 43.

95 Código Penal de Costa Rica, art. 93.5.

Como último supuesto, se analizará el miedo insuperable de acuerdo con las normas aplicables en cada país centroamericano.

3. EL MIEDO INSUPERABLE CON ENFOQUE DE GÉNERO

El miedo insuperable se regula de distintas formas en las legislaciones bajo análisis. En Honduras y Nicaragua es considerado como una eximente de responsabilidad penal, lo que significa que la acción no es considerada como antijurídica⁹⁶. En El Salvador, el miedo insuperable se ha interpretado bajo la causal de «no exigibilidad de otra conducta»⁹⁷; no obstante, aunque ésta se encuentra contenida en las causas excluyentes de responsabilidad penal, la jurisprudencia⁹⁸ y la doctrina⁹⁹ la han catalogado como una causa de exclusión de culpabilidad. En otras palabras, la acción es típica y antijurídica, pero la persona no puede ser declarada culpable al haber actuado por miedo insuperable. En ese mismo

96 Código Penal de Honduras, art.3 0.5. «Miedo insuperable. Quien obra impulsado por miedo insuperable». Código Penal de Nicaragua, art. 34.6. «Actúe impulsado por miedo insuperable».

97 Código Penal de El Salvador, art. 27.5) «Quien actúa u omite bajo la no exigibilidad de otra conducta, es decir, en circunstancias tales que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó».

98 Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Sentencia del Recurso de Casación 512-CAS-2011. 16 de julio 2014, pp. 5 y 6. «Claramente responde a la eximente de no exigibilidad prevista en el Art. 27 N° 5 Pn. el miedo insuperable, por cuanto éste representa un estado psíquico que puede llevar incluso a la paralización total del que lo sufre. [...] el miedo insuperable debe abordarse desde el ámbito de la culpabilidad [...]».

99 Cfr. «Tampoco puede estimarse culpable a quien actúa en condiciones tales “que no sea racionalmente posible exigirle una conducta diversa a la que realizó”, tal como recoge expresamente el art. 27.5) del CP. [...] Determinados casos de delincuencia por [...] miedo insuperable, serán los supuestos más frecuentes de aplicación de esta causa de exculpación». SERRANO PIEDECASAS-FERNÁNDEZ, José R. y TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Manual de Teoría Jurídica del Delito*. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, 2003, p. 117.

sentido se regula en Guatemala y Panamá¹⁰⁰. En Costa Rica, casi al igual que en El Salvador, no existe una regulación específica sobre miedo insuperable. Sin embargo, éste ha sido interpretado como una forma de coacción o amenaza que exime de culpabilidad¹⁰¹ por la jurisprudencia¹⁰².

En el ámbito penal, el miedo insuperable es causado por un caso fortuito, fuerza mayor o un tercero a través de la coacción o la amenaza, e indica una situación de pánico que no se puede superar¹⁰³. El miedo o el pánico sufrido provoca «una situación psíquica que puede llevar a la paralización total» de la persona que lo sufre¹⁰⁴. Así, por ejemplo, la vio-

100 Código Penal de Guatemala, Capítulo III Causas de inculpabilidad, art. 25.1. «Miedo invencible 1°. Ejecutar el hecho impulsado por miedo invencible de un daño igual o mayor, cierto o inminente, según las circunstancias». Código Penal de Panamá, Capítulo VI Eximentes de culpabilidad, art. 42.2. «No es culpable quien actúa bajo una de las siguientes circunstancias: (...) Impulsado por miedo insuperable, serio, real e inminente de un mal mayor o igual al causado».

101 Código Penal de Costa Rica, Sección V Culpabilidad, art. 38 «Coacción o amenaza. No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual grave, sea o no provocada por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa».

102 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago. Resolución N° 00511-2020, 28 de agosto de 2020. «[...] de conformidad con el artículo 38 del Código Penal, que supone la capacidad de culpabilidad, pero determina la imposibilidad del agente de obrar de forma distinta por coacción o miedo. [...]». Al punto, Velázquez Velázquez explica: «[...] se consagra el llamado miedo insuperable como excluyente autónoma de la responsabilidad criminal, porque se parte del presupuesto de que no es una causal de inimputabilidad ..., sino un caso de no exigibilidad de otra conducta. [...] Es obvio que para poder calificar el miedo como insuperable será necesario que el agente realice la conducta típica y antijurídica bajo el efecto de tal estado y no le sea posible superarlo [...]». Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José, Costa Rica. Resolución N° 01723-2014, 5 de septiembre 2014. Poder Judicial de Costa Rica. Sala de Casación Penal, Sala Tercera de la Corte. Resolución N° 00198-2021, 26 de febrero 2021.

103 MEINI MÉNDEZ, Iván. *Manual de Derecho Penal. Parte general... op. cit.*, pp. 204-206.

104 SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia y ROJAS CHACÓN, José A. *Teoría del delito. Aspectos teóricos y prácticos*. Tomo II. Ministerio Público de

lencia moral soportada por una persona puede nublar por completo su inteligencia o anular su voluntad. En consecuencia, la existencia de ese peligro serio, real e inminente puede ser percibido por la persona como una situación más grave que la acción que comete para evitarla, y desde su perspectiva no existían otras acciones posibles¹⁰⁵. Por esa razón se considera como «insuperable», ya que sobrepasa la exigencia media de soportar un mal o un peligro¹⁰⁶.

Cabe señalar que, en estos casos, la persona no pierde su capacidad cognoscitiva de comprender la naturaleza de su actuar, y aunque se reduzca su capacidad volitiva¹⁰⁷, todavía conserva una opción o posibilidad de actuación entre cometer el hecho o no¹⁰⁸. Obviamente, la coacción psíquica juega un papel importante en la decisión de la persona, y por eso es importante considerar tanto las características personales como el contexto en que ocurrieron los hechos de cada caso, pues será el conjunto de estos elementos que permitirá identificar la grave perturbación de las facultades psíquicas que habrán dado lugar a la anulación de la voluntad.

Cuando se analiza el delito de aborto, el componente de género es intrínseco. Por ende, el enfoque de género en el análisis de la teoría del delito exige que se considere la

Costa Rica, San José, 2009, p. 342.

105 MARTÍNEZ VASALLO, Haydée M. y MARTÍNEZ VASALLO, Belkis. «El miedo insuperable como eximente de la responsabilidad penal y su implicación en las Ciencias Médicas». En *Revista Médica Electrónica*, N° 1, Vol. 35, Matanzas, 2013. Consultado el 6 de julio 2023. Recuperado de: El miedo insuperable como eximente de la responsabilidad penal y su implicación en las Ciencias Médicas.

106 SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia y ROJAS CHACÓN, José A. *Teoría del delito. Aspectos teóricos y prácticos... op. cit.*

107 MARTÍNEZ VASALLO, Haydée M. y MARTÍNEZ VASALLO, Belkis. «El miedo insuperable como eximente de la responsabilidad penal y su implicación en las Ciencias Médicas» ... *op. cit.*

108 SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia y ROJAS CHACÓN, José A. *Teoría del delito. Aspectos teóricos y prácticos... op. cit.*

sobrecarga que suponen los roles de cuidado socialmente asignados a las mujeres; por ejemplo, la exigencia del desmesurado papel de madre cuidadora protectora de sus hijos e hijas a costa de sus propios derechos. De acuerdo con Lorenzo Copello, es la única forma de visibilizar y evitar cualquier sesgo sexista que se pueda imponer en el proceso a la hora de determinar la responsabilidad penal de las mujeres, debiéndose valorar el contexto de precariedad o violencia que pudo haber condicionado el qué y el cómo de la exigibilidad de la conducta¹⁰⁹.

En los casos de aborto, se exige a las mujeres una obligación moral de aceptar la maternidad sin cuestionarla, como un mandato de «su naturaleza». En contextos restrictivos como en Centroamérica, ese mandato tiende a prevalecer sobre cualquier situación personal o contexto social que le contradiga, imponiendo fuertes restricciones y prohibiciones absolutas para acceder al aborto en condiciones legales y seguras. Lo anterior obliga a las mujeres a continuar sus embarazos no deseados, aunque estos se acompañen de situaciones adversas como la soledad, el aislamiento social y familiar, la violencia explícita o implícita y violencia psicológica¹¹⁰, entre otras.

Por esa razón, Castillo Ara afirma que la causal de miedo insuperable abarca aquellas situaciones en que la mujer se practica un aborto porque teme por las consecuencias familiares como la violencia de cualquier tipo o los reproches sociales como la pérdida de la escolaridad, el temor a quedar sin casa o sin familia, la no realización de su pro-

109 LAURENZO COPELLO, Patricia. «Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión». En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 21-21. Granada, 2019, p. 4. Consultado el 5 de junio 2023. Recuperado de: Microsoft Word - recpc21-21.docx (ugr.es)

110 Ídem.

yecto de vida u otras oportunidades importantes para ella, al ser temores humanamente comprensibles¹¹¹.

Otro ejemplo de miedo insuperable se refleja en aquellas mujeres que sufren violencia por parte de sus parejas y que, a pesar de haber decidido y buscado la separación, son violadas o sometidas a ejercer «el rol íntimo asignado a la mujer para satisfacer al hombre». En estos contextos, las mujeres deciden interrumpir el embarazo no deseado ya que consideran que, de continuarlo, se obstaculiza su desvinculación del agresor, así como sus posibilidades de adquirir independencia económica¹¹².

No obstante, en la práctica, los tribunales generalmente carecen de capacidades para aplicar el enfoque de género en su análisis e interpretación de las normas penales, en su mayoría sesgados por prejuicios y estereotipos de género imputados a las mujeres procesadas, entre otras razones. En consecuencia, esa ausencia de imparcialidad impide que jueces y juezas logren vincular los temores mencionados a la causal de miedo insuperable.

Así, la Resolución N° 01304 - 2009 del Tribunal de Casación Penal de San José, Costa Rica, declaró sin lugar un recurso, al no haber considerado elementos que fundamentan el miedo insuperable, como la violencia doméstica, incluyendo la física, psíquica, sexual y económica, proferidas por la pareja de la mujer sobre ella, un aborto producto de los golpes, y la coacción sobre sus hijas, a quienes obligaba a mantener relaciones sexuales con él en contra de su

111 CASTILLO ARA, Alejandra. *Aborto e infanticidio: cómo sostener una adecuada defensa ... op. cit.*, p. 41.

112 BLANCO, Claudia I. y SABRINO, Romina A. «Decidir abortar atravesando situaciones de violencia de género». En *Contribuciones ConCienciaSocial. Revista digital de Trabajo Social*. N° 7, Vol. 4, Córdoba, 2020, p. 328. Consultado el 7 de julio 2023. Recuperado de: Decidir abortar atravesando situaciones de violencia de género | ConCienciaSocial (unc.edu.ar).

voluntad. El Tribunal motivó su decisión sobre el hecho de que ella vivía con el agresor y soportaba la agresión propia y de toda la familia¹¹³.

Cabe mencionar que como resultado de la presente investigación, únicamente se encontró información sobre una sentencia que absolviera a una mujer por el delito de aborto bajo la figura jurídica penal de miedo insuperable. En 1988, la Audiencia Provincial de Bilbao reconoció que una joven de 24 años abortó impulsada por el temor hacia su padre, quien la maltrataba y acosaba sexualmente, y que éste «le propinara una gran paliza, la echara de casa o la sometiera a maltratos físicos y psíquicos». Por lo que consideró que ella se encontraba «en un callejón sin salida y cualquier otra mujer media hubiera actuado, posiblemente, de igual manera». En consecuencia, no se le podría haber exigido una conducta diferente a la realizada y decidió absolverla¹¹⁴.

La casi nula jurisprudencia sobre el vínculo entre el miedo insuperable y el aborto se explica en virtud de la decisión político-criminal, a nivel mundial, de eliminar los antiguos y casi extintos delitos de aborto *honoris causa* «bajo el amparo de una falsa neutralidad de la ley penal», eliminando toda posibilidad de argumentar el miedo insuperable en los casos de aborto. Actualmente se persigue a «la mala madre» a través del delito de infanticidio o parricidio acompañado de discriminación por género, al ignorar los contextos sociales, de precariedad extrema o de violencia¹¹⁵ que crean los temores humanamente comprensibles en las mujeres.

113 Tribunal de Casación Penal de San José, Costa Rica. Resolución N°01304-2009, 30 de noviembre 2009.

114 EFE. «Absuelta de un delito de aborto por miedo insuperable a su padre». *El País*, 15 de marzo 1988. Consultado el 28 de julio 2023. Recuperado de: Absuelta de un delito de aborto por miedo insuperable a su padre | Sociedad | EL PAÍS (elpais.com).

115 LAURENZO COPELLO, Patricia. «Capítulo 3. La responsabilidad penal de las mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de

Además, el perfil de las mujeres criminalizadas bajo estas figuras penales indica, en su mayoría, bajos o nulos niveles de educación, contextos socioculturales adversos – violencia sexual, aislamiento familiar o social– así como extrema pobreza. Todos estos factores son capaces de reducir su capacidad volitiva y trastocar su normalidad psíquica a un nivel suficiente para comportarse de manera excesiva frente a estos escenarios, aunque su conducta no se conforme al ordenamiento jurídico penal¹¹⁶. En consecuencia, su actuar estaría amparado en el miedo insuperable y, por ende, se extingue la acción penal.

Finalmente, varias autoras coinciden en que deberá determinarse caso por caso la influencia del contexto sociocultural y económico, y el supuesto déficit afectivo de la acusada, a la hora de excluir la culpabilidad a causa de la inimputabilidad generada por el miedo insuperable.

REFLEXIONES FINALES

En el estudio realizado se observa que los Estados no están obligados internacionalmente a perseguir y obstaculizar el aborto. Sin embargo, en la práctica, los sistemas de justicia son generalmente manipulados por estereotipos y prejuicios de género, forzando una interpretación errónea de las reglas generales del derecho penal para perseguir a toda costa la interrupción del embarazo por parte de una mujer, aunque esa no sea la finalidad ni el objetivo de la norma penal.

género o vulnerabilidad extrema». En LAURENZO COPELLO, Patricia, SEGATO, Rita L., ASENSIO, Raquel *et al.* *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Eurosocal, Madrid, 2020, pp. 163 a 165.

116 Ídem.

Cabe recalcar que el derecho penal siempre será de *ultima ratio* porque puede restringir la libertad de las personas, siendo ésta uno de los derechos más preciados de la humanidad. En ese sentido, tras el análisis cuidadoso de la teoría de delito, se aplicará la norma penal cuando existan situaciones que causen grave daño a los bienes jurídicos tutelados por un Estado de Derecho, si no existe otra opción en el ordenamiento jurídico interno.

Cuando se analiza el aborto en materia penal, se observa que el derecho penal no busca sancionarlo. Los casos de aborto por inviabilidad fetal carecen de antijuricidad porque no ponen en riesgo ningún bien jurídico tutelado, pues existen casos médicamente comprobados que no tienen esperanza de vida al nacer. En los casos de aborto por riesgo de la salud o la vida de la madre, evidentemente las legislaciones penales otorgan mayor valor jurídico a la vida de las personas vivas que a la vida de las no nacidas, cuando se observa la diferencia entre las penas establecidas; por lo que en caso de conflicto entre bienes jurídicos tutelados prevalecen los derechos de la mujer gestante sobre el feto, configurándose así el estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal.

Por otra parte, la violación no es una decisión libre y consentida por la víctima sobreviviente. En consecuencia, la protección absoluta de la vida en estos casos supone un total desconocimiento de la dignidad y del libre desarrollo de la mujer gestante. Al impedir el aborto en estos casos, se configura una intromisión estatal desproporcionada e irrazonable, porque el aborto no es más que el ejercicio legítimo de un derecho que exime de responsabilidad penal a la mujer gestante.

Finalmente, el miedo insuperable sobrepasa la exigencia de soportar un mal o un peligro que, aunado al contexto

de violencia, precariedad, aislamiento, entre otros supuestos, puede perturbar gravemente las facultades psíquicas, lo cual explica por qué no se puede perseguir penalmente. En esta eximente de responsabilidad penal se subsume la mayoría de los casos por aborto en contextos restrictivos.

En conclusión, cuando se analiza la teoría del delito, el aborto no puede ser perseguido en ninguna de las tres causales ni en ninguna situación, pues en los casos de inviabilidad fetal ni siquiera se cumple con el requisito de antijuricidad de la acción; y en el resto de los casos, generalmente todos quedarán cubiertos por una eximente de responsabilidad penal.

Es decir que, en contextos restrictivos, donde se fuerza la interpretación de la norma penal para perseguir, juzgar y sancionar a las mujeres que son injustamente criminalizadas por aborto o delitos de similar naturaleza, el proceso se extingue con el análisis de la teoría del delito.

Capítulo V

La importancia del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de personas LGBTIQ



Nadia Mejía y Larissa Velásquez

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, la sexualidad ha sido un catalizador para evidenciar el intento de controlar la vida privada de las personas por medio de la religión. Las diferentes sexualidades se entrecruzan para mantenerlas ocultas por las fuerzas provenientes de la biología y de la construcción social, teniendo como protagonista principal la religión.

La sesgada concepción de la heterosexualidad en las relaciones entre parejas que transmite la Iglesia incide en la conciencia de los creyentes para implantar la idea del «pecado» en la sexualidad y en las diferentes formas de vincularse sexual y emocionalmente. La negación del placer corporal, la represión a las diferentes sexualidades, la imposición del celibato, son algunas de las prácticas impuestas a la sociedad por la religión que, pese al transcurso de los años, siguen presentes como parte de la construcción e imposición social.

Aproximadamente a partir de la década de 1970, la Iglesia fue accediendo a determinados temas controversiales para el credo; por ejemplo, la educación sexual. Sin embargo, como propuesta para mantener su control, la Iglesia consideró que la educación sexual debía ser dirigida

y controlada por las madres y los padres de familia, y no por el Estado. A pesar de que la educación sexual es una obligación que corresponde al Estado, este puede perder el control y otorgarle la potestad a la Iglesia, que utiliza como herramientas los preceptos católicos de orientación natalista y moralista para reafirmar la heterosexualidad¹.

Sin embargo, las personas sexo género diversas han existido y vivido a lo largo de la historia. En la Antigüedad, sociedades como la romana y la griega tenían una comprensión más amplia sobre la sexualidad, reconociendo diversidad de prácticas y orientaciones sexuales diversas. Por tanto, se puede decir que las vivencias sexuales no heteronormadas han vivido ocultas en la selva de la vida sexual de la gente «normal». Es durante la Edad Media, como consecuencia de la gran influencia de la religión y la moral, que se establece el paradigma heterosexual como norma, condenando otras orientaciones sexuales e identidades de género.

El intento de desvincularse de la heterosexualidad en las relaciones sexuales, como un acto de disidencia de las personas LGBTI+, ha retado y revuelto los planteamientos conservadores fundamentalistas. La diversidad sexual implica una evolución y cambios en comportamientos y prácticas sociales y culturales hacia la sexualidad y el género, desvinculándose del atavismo machista. Lamentablemente, a las personas LGBTI se les ha catalogado como enfermas, perversas y se les culpó de la epidemia VIH/SIDA².

-
- 1 FUNCH, Eduard. *Historia ilustrada de la moral sexual. 3. La época burguesa*. Versión española de José Luis Gil Aristu. Alianza Editorial, Madrid, 1996, p. 125.
 - 2 BAILE AYESTAS, J. I. «Estudiando la homosexualidad. Teoría e investigación». En *Revista Latinoamericana de Psicología*. Fundación Universitaria Konrad Lorenz. Vol. 44, núm. 2, Bogotá, 2012, pp. 188-190.

Ejercer el derecho al disfrute pleno y libre de la sexualidad ha sido una difícil lucha a lo largo de la historia. La sexualidad, como una dimensión de la vida privada, ha sido sometida al control ejercido por la Iglesia a través de la religión, que la ha colocado a la vista de la sociedad como un «pecado» o una enfermedad; incluso, por la gran influencia que ejerce sobre los Estados, ha provocado que sea tipificada como conducta antijurídica y punible.

Histórica y socialmente, la sexualidad ha sido vista como un medio para la reproducción y no como parte del placer sexual; esta idea ha sido sostenida dentro de la heteronormatividad monogámica y conyugal. Exceptuando las contribuciones teóricas sobre la sexualidad de Freud en *Three Essays on the Theory of Sexuality* (1905), de Kinsey en sus libros *Comportamiento Sexual del hombre humano* (1948) y *Comportamiento sexual de la mujer humana* (1953), la *Historia de la sexualidad* (1976) de Foucault y los aportes del movimiento feminista y de las personas sexo género diversas sobre la sexualidad como dimensión fundante de las relaciones de dominio – sumisión, el avance ha sido poco para liberarla del yugo de la reproducción³.

Sin embargo, la evolución constante de los derechos humanos ha permitido que, tanto en la teoría como en la práctica, se analice y profundice el contenido de cada derecho, así como el surgimiento de nuevos derechos que forman parte integral e indivisible de otros derechos humanos ya reconocidos e inherentes a la persona humana. Ejemplo de ello, y gracias a los movimientos sociales, podemos mencionar el derecho a vivir una vida libre de violencia de género, que es el nombre que se le da a la agrupación de varios derechos humanos incluidos en tratados internacionales,

3 BORILLO, Daniel. *Derechos sexuales y derechos de familia en perspectiva queer*. Editora da UFCSPA. Porto Alegre, 2018, pp. 197- 223.

como el derecho a la dignidad, la integridad, seguridad, la salud y la vida misma, entre otros.

Con la inclusión de la perspectiva de género y la diversidad en el análisis de la realidad, se han ido incorporando otros derechos humanos, como los derechos sexuales y reproductivos, para responder a las necesidades e intereses de grupos que, históricamente, han sido colocados en situación de vulnerabilidad, como las mujeres y las personas LGBTI+.

Sin embargo, la posibilidad de reconocimiento de la libertad sexual para las personas LGBTI+ es más limitada en sociedades tan conservadoras como las de América Central. A pesar de que los movimientos sociales contemporáneos están firmes en las exigencias de reconocimiento y respeto de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y las personas LGBTI+, como parte de la justicia social, estos esfuerzos se ven mermados por la política⁴.

De hecho, para las personas LGBTI+, en regiones como Centroamérica —donde persiste la influencia de la Iglesia católica sobre los Estados—, ser reconocidas como sujetos de derechos continúa siendo una lucha constante. En estados como Honduras, Guatemala, El Salvador y Nicaragua, que prohíben el matrimonio igualitario a través de preceptos constitucionales y leyes, aún no se concibe la idea del reconocimiento de orientaciones sexuales e identidades de género como parte de los derechos sexuales, y más difícil aún es el reconocimiento de otros derechos sexuales y/o derechos reproductivos para las personas LGBTI+.

4 CORREA, Sonia, PARKER, Richard y PETCHESKY, Rosalind. *Sexuality Health and Human Rights*. Routledge. New York-London, 2008, pp. 98-126.

En la actualidad, el debate en torno de los derechos sexuales y reproductivos es una constante a escala mundial; incluso los utilizan en las campañas políticas como monedas de cambio. Lo cierto es que solo son utilizados para bien o para mal en los discursos, pero son derechos marginados, muy alejados de las políticas de los gobiernos de todos los colores políticos; el escenario sigue siendo complejo y sombrío para el pleno reconocimiento.

Los promotores de la cultura sexista, machista, homofóbica y racista, junto con los gobiernos, que son los que toman las decisiones, siguen sin considerar el impacto que tiene la sexualidad en las distintas esferas de la vida cotidiana. Sin embargo, no pueden ignorar lo importante que es el pleno reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en las sociedades, que van evolucionando con mujeres y personas LGBTI+ cada vez más visibles y presentes. Las políticas de género y sexualidad deben ser dimensionadas en la vida social y política pues, si no son atendidas por los gobiernos, afectan la vida de las personas y el desarrollo de los países, y las consecuencias son cada vez más evidentes⁵.

Por otro lado, nuevamente nos vemos mermados en medio de la influencia de las fuerzas conservadoras impulsadas por la Iglesia, que hoy en día han afinado sus estrategias para imponer sus ideas en la sociedad y evitar un cambio cultural. Con poderosos recursos mediáticos, con articulación social y pactos con grupos antiderechos, colocan la sexualidad como una amenaza social.

Los derechos sexuales aseguran el disfrute del placer y el deseo sexual y, al mismo tiempo, abren la oportunidad de vivir la sexualidad de manera libre, más allá de la imposición de un modelo heterosexual y de la dominación mascu-

5 Ídem.

lina como formas únicas de relacionarse. No obstante, las orientaciones sexuales e identidades de género continúan en el centro del debate. El no reconocimiento de relaciones entre personas sexo género diversas, ha llevado a la reafirmación de modelos y concepciones únicas de familias entre quienes no están dispuestos a abrir las puertas a nuevas maneras de relacionarse, ya sea el matrimonio u otras alternativas de convivencia.

En conclusión, para hablar de derechos sexuales y derechos reproductivos de las personas LGBTI+, el primer paso es reconocerlas como personas sujetas de derechos. Para ello es necesario que los Estados asuman un compromiso con la laicidad, pluralidad y educación sexual, asegurando que las sociedades puedan crecer y madurar en términos de derechos humanos, y lograr el cambio social.

1. OBSTÁCULOS LEGALES QUE ENFRENTAN LAS PERSONAS LGBTI+ EN CENTRO AMÉRICA FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE LOS VÍNCULOS SEXO AFECTIVOS, A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El avance en el reconocimiento de los derechos y libertades de las personas LGBTI+ responde al desafío de romper con el orden binario y heteronormativo que rige las relaciones públicas en los ámbitos estatal y social en todas las fases de las realidades constitucionales, legales, jurisprudenciales y sociales en la jurisdicción de los países. De ahí la importancia de que los Estados reconozcan, respeten y garanticen la existencia jurídica y la protección social de las personas LGBTI, sin aplicar causales de discriminación por motivos de orientación sexual, identidad, género y expresión de género.

Las personas LGBTI en Centroamérica siguen siendo marginalizadas y enfrentan desigualdades de protección jurídica para el pleno acceso y ejercicio de sus derechos humanos, como la vida digna, educación, salud sexual y reproductiva, seguridad y libertad personal, vida privada, acceso a la justicia y desarrollo de la personalidad jurídica, entre otros, que impiden, menoscaban o anulan toda posibilidad de participación de las personas LGBTI+ en sus respectivos países.

En tal sentido, se han consolidado algunas tutelas y prerrogativas que recogen distintos ordenamientos de los países centroamericanos y, a modo de corolario, la interposición de las disidencias sexuales en los espacios y aspectos que tienen vinculación directa e inmediata con la garantía del desarrollo de sus proyectos de vida.

En principio, respecto a la regulación legal sobre la protección a la familia, existe una ausencia de reconocimiento hacia las parejas conformadas por personas LGBTI+ que se afianza con el binarismo intrínseco de derechos y libertades, pese a que la normativa recoge y hace propia la prioridad de actuar en consonancia con el principio de igualdad y no discriminación⁶; sin embargo, en el plano del acceso, las personas LGBTI+ enfrentan tratos discriminatorios.

6 Véase artículo 80 de la Constitución de la República de Honduras: «Todos los hondureños son iguales ante la Ley. Se declara punible toda discriminación por motivo de sexo, raza, clase y cualquier otra lesiva a la dignidad humana [...]»; artículo 19 de la Constitución de la República de Panamá: «No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas»; artículo 3 de la Constitución de la República de El Salvador: «Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión»; artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala: «En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos [...]»; artículo 109 de la Constitución Política de Nicaragua: «Todos los nicaragüenses son iguales ante la ley. No

En el ordenamiento de El Salvador, la Constitución y el Código de Familia manejan una sola concepción de familia tradicional como la base de la sociedad, que regula las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; disponen la creación de las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad, y regulan las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer (artículo 32 constitucional). De igual forma, regulan el matrimonio como la unión legal de un hombre y una mujer, con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida social (artículo 11 constitucional).

En 2018 un ciudadano solicitó a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 11 del Código de Familia que regula el matrimonio, por vulnerar los derechos a la libertad, igualdad y seguridad jurídica, así como los principios de legalidad y prevalencia jurídica de la Constitución. La Sala declaró improcedente la acción, argumentado que no se evidenció un mandato constitucional impuesto al legislador en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo, recalcando que de la acción solo se deduce, por parte del ciudadano, una insatisfacción sobre la definición legal de matrimonio contenida en el artículo 11 del Código de Familia; sin embargo, afirma que dicho aspecto no puede considerarse como una omisión legislativa⁷.

hay privilegios por motivo de nacimiento, nobleza, raza o condición social».

7 El Salvador. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Inconstitucionalidad 18-2018 en contra del art. 11 del Código de Familia (CF), contenido en el Decreto Legislativo N° 677 de 11 de octubre de 1993, publicado en el *Diario Oficial* N° 231 de 13 de diciembre de 1993.

Por otra parte, en Honduras está prohibido expresamente el matrimonio igualitario y la unión de hecho entre personas LGBTI, tanto en la Constitución de la República, como en el Código de Familia y la Ley Especial de Adopciones; las disposiciones jurídicas reiteran que estos son derechos exclusivos para hombres y mujeres que tengan la calidad de tales naturalmente y que, por tanto, se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo. Además, los matrimonios o uniones de hecho entre personas del mismo sexo, celebrados o reconocidos bajo las leyes de otros países, no tienen validez en Honduras (artículo 112 constitucional).

Por tales motivos, en 2018, organizaciones de sociedad civil interpusieron ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia acciones de inconstitucionalidad contra las prohibiciones que impiden disfrutar en iguales condiciones los derechos derivados del vínculo entre personas del mismo sexo. La Sala resolvió el 22 de abril de 2021, dictando la sentencia no ha lugar de la acción, considerando que la Sala Constitucional no tiene la obligación de aplicar y ejecutar una normativa convencional distinta a lo pactado literalmente en la Convención Americana de Derechos Humanos y que, por tanto, no se debe tomar en consideración la opinión consultiva, porque significa reforma convencional que implicaría una reforma constitucional⁸.

En el mismo orden de ideas binaristas, el ordenamiento jurídico de Nicaragua reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, que tiene derecho a la protección de ésta y del Estado, y que está integrada por un grupo de personas naturales con capacidades, habilidades y

8 Honduras. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional. Sentencia Acción de Inconstitucionalidad acumuladas SCO-0233 y SCO-942-2018, 22 de abril de 2021. Considerando 18.

destrezas diferentes, unidas por el matrimonio o unión de hecho estable entre un hombre y una mujer (artículo 37 del Código de Familia).

En Panamá, las prohibiciones están plasmadas en el Código de Familia y la Ley No. 61/2015 relativa al Código de Derecho Internacional Privado, en donde los estamentos jurídicos refuerzan la protección de lo que se considera una «familia tradicional», considerando como válidos el matrimonio civil y la unión de hecho únicamente cuando están constituidos voluntariamente por un hombre y una mujer, con capacidad legal, que se unen para hacer y compartir una vida en común (artículos 26 y 54 del Código de Familia) y, expresamente, prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo⁹.

Debido a las prohibiciones, en 2016 y 2017, agraviados directos presentaron Advertencias de Inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia para que ambas normativas se declarasen inconstitucionales y que, por consiguiente, se ejerciera un control de convencionalidad. El 16 de febrero de 2023 se emitió el fallo, en el que se declaró que no son inconstitucionales ninguna de las expresiones *ut supra*, puesto que el Estado no debería ser sorprendido en su autodeterminación por la atribución del derecho humano universal proclamado, a derechos que no han sido añadidos en el Acuerdo Internacional refrendado y ratificado, recurriendo a interpretaciones extensivas que dan lugar, de facto, y con desconocimiento de los dispositivos legales, a una mutación convencional que, irreparablemente, sería

9 Panamá. Ley No. 61/2015, de 7 de octubre. Que subroga la Ley 7 de 2014, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de octubre de 2015, N° 27885-A, art. 35.

contraria a la regla general de hermenéutica fijada por la Convención de Viena de 1969¹⁰.

Además, la Corte Suprema argumentó que lo expuesto en la OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no puede usarse de referencia para imponer a Panamá, sin que se lesione su soberanía y fuera de la hermenéutica convencional, la obligación de construir una interpretación disociada de los preceptos que están contenidos en los tratados de derechos humanos de los que es parte, para prolongar los efectos del derecho al matrimonio existente.

Del mismo modo, la Corte Suprema sostuvo que la unión consensual entre un hombre y una mujer se sustenta porque son los potencialmente capaces de reproducirse y alcanzar la finalidad de interés general (y también público) de formar una familia en pro de la perpetuación de la raza humana y, por ende, en garantía de la estabilidad social¹¹.

Estas aseveraciones desconocen el desarrollo progresivo de los estándares de derechos humanos, constituyendo graves repercusiones de violencia y hostilidades en perjuicio de las personas LGBTI+; por tanto, se puede sopesar que las decisiones del pleno son discriminatorias ya que, al advertir que la razón de existencia de la familia es la preservación de la humanidad, no resulta una medida idónea ni proporcional para restringir el acceso al derecho de matrimonio igualitario y uniones civiles.

10 Panamá. Corte Suprema de Justicia. Fallo Advertencias de Inconstitucionalidad acumuladas N° 1042-16 y No. 315-17. 16 de febrero de 2023. *Gaceta Oficial* N° 29742-A. Folio 2144. Disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/29742_A/GacetaNo_29742a_20230317.pdf

11 Panamá. Corte Suprema de Justicia. Fallo Advertencias de Inconstitucionalidad acumuladas No. 1042-16 y No. 315-17, 16 de febrero de 2023. *Gaceta Oficial* No. 29742-A. Folio 2151, 2154 y 2155. Disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/29742_A/GacetaNo_29742a_20230317.pdf

En el caso de Guatemala, la Constitución Política de la República, en los artículos 47 y 49, regula la protección de la familia de forma genérica, sin mencionar quiénes son los titulares de la protección; por tal razón, no entraña una prohibición sobre el matrimonio igualitario. No obstante, el Código Civil sí califica jurídicamente al matrimonio como una institución social por la que un hombre y una mujer se unen legalmente, con ánimo de permanencia y con el fin de vivir juntos, procrear, alimentar y educar a sus hijos y auxiliarse entre sí. En el mismo sentido, una falta de protección a las uniones de hecho, cuyo derecho está reservado para un hombre y una mujer cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco (arts. 78 y 173 del Código Civil).

Además, en Guatemala está pendiente la iniciativa de ley 59/40, presentada por congresistas a la Dirección Legislativa del Congreso, para garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia contra los trastornos de la identidad de género, teniendo como objetivo imponer a niños, niñas y adolescentes la autoidentidad según su sexo al nacer, y calificando como prohibición las variaciones de la identidad del sexo de nacimiento o reasignación de género¹².

Además, pretende prohibir la educación sobre información relativa a alteraciones de la identidad del sexo de nacimiento, reasignación de género o variación de la identidad sexual natural¹³. Si bien la iniciativa no ha sido aprobada, es indudable que puede constituir un inminente retroceso

12 Iniciativa de Ley 59/40. Ley para garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia contra los trastornos de la identidad de género. Exposición de motivos, 12 de julio de 2021, párrs. 1 y 2. Disponible en: https://www.congreso.gob.gt/assets/uploads/info_legislativo/iniciativas/c2f38-5940.pdf

13 Ibid., artículo 2. Propuesta de reforma del artículo 59 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto 27-2003 del Congreso de la República.

en el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión de la niñez y adolescencia trans.

Sobre las regulaciones y los fallos de las cortes supremas de justicia en la región, cabe resaltar que un trato diferente para las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo sobre la forma en que puedan fundar una familia —sea por unión de hecho o matrimonio civil— no logra superar un test estricto de igualdad, pues, a juicio de la Corte IDH, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional¹⁴.

En contraposición, respecto a Costa Rica, es importante destacar que, en el uso de la facultad de la interpretación estipulada en el artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el 18 de mayo de 2016 el Estado solicitó ante la Corte IDH una opinión consultiva sobre la interpretación y alcance de los derechos a la protección de la honra y de la dignidad, al nombre y a la igualdad ante la ley, estipulados en los artículos 11.2, 18 y 24 de la Convención, en relación con las obligaciones contraídas por Costa Rica a la luz de los estándares interamericanos de derechos humanos.

Después de la opinión consultiva, desde el 26 de mayo de 2020, Costa Rica legalizó el matrimonio civil igualitario vía sentencia, en seguimiento a los fundamentos de los estándares desarrollados por la Corte IDH, adecuando de esta

14 Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, párr. 220.

manera la normativa interna con los lineamientos interamericanos de derechos humanos.

A este efecto la Corte IDH ha advertido que, para negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio, típicamente se esgrime como argumento que su finalidad es la procreación y que ese tipo uniones no cumpliría con tal fin; no obstante, dicha afirmación es incompatible con el propósito de la protección de la familia como realidad social, pues la procreación no es una característica que define las relaciones conyugales; afirmar lo contrario sería degradante para las parejas –casadas o no– que, por cualquier motivo, carecen de capacidad *generandi* o de interés en procrear¹⁵.

Es evidente que la legislación centroamericana solo regula la existencia jurídica de las relaciones de parejas heterosexuales, ignorando la diversidad que un Estado de derecho debe proteger a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues, al coincidir todas en categorizar tradicionalmente a las y los sujetos merecedores de los derechos de los vínculos familiares de forma binaria, suponen distinciones discriminatorias y prejuiciosas sobre los sujetos de derechos o, en su defecto, la procreación como la finalidad del matrimonio, dignificando así las barreras y desafíos en el acceso a los derechos y libertades sin discriminación.

Por tales motivos, se necesitan reformas y fallos constitucionales y legales que expulsen toda normativa discriminatoria e incluyan el reconocimiento pleno de los derechos de las personas LGBTI. No obstante, es preocupante que las asambleas y congresos nacionales, según corresponda, sigan omitiendo su deber de regular todos aquellos vacíos legales de protección; de igual forma, sigue siendo alarmante

15 Ibid., párr. 221.

cómo las máximas salas del Poder Judicial actúan como un poder ilusorio y antiderechos, regidas por conservadores y resistentes a la lucha de los derechos de las mujeres y de las personas LGBTIQ+ o, en su defecto, el desinterés de los derechos de las mujeres y personas LGBTIQ+ en el Poder Ejecutivo.

2. LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS COMO DERECHO HUMANO PARA LAS PERSONAS LGBTI+ ANTE LA FALTA DE DISCUSIÓN REAL EN LOS TEMAS SEXO Y GÉNERO

Nuestra sociedad está regulada por una gran cantidad de normas sociales, morales, religiosas y jurídicas. La diferencia de estas últimas con el resto, es que las normas jurídicas cuentan con un aparato estatal que vigila su cumplimiento y, en caso de no cumplirse, acarrea una sanción. En ese sentido, las normas jurídicas son una construcción de prácticas y normas sociales, morales, religiosas y políticas que son aprendidas de manera formal e informal a través de la educación.

Por tanto, se puede concluir que las normas jurídicas (el Derecho) han sido construidas desde un binarismo hombre y mujer¹⁶, y terminan siendo presupuestos normalizadores y familistas que colaboran para la reproducción¹⁷. Por eso,

16 Gayle Rubin es quien utiliza por primera vez el concepto «sistema sexo/género» en su artículo «El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo», publicado en 1975. Los sistemas sexo/género responden a categorías dismórficas, excluyentes y duales: hombre/mujer, heterosexual/homosexual, activo/pasivo, privado/público, naturaleza/cultura, normal/desviado, como la forma de pensamiento dominante en las sociedades con más estructuras rígidas occidentales.

17 PRINS, Baukje y COSTERA MEIJER, Irene. «Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler». En *Revista Estudos Feministas*. Año 10, N° 1. Primer semestre 2002, pp. 155-167.

pensar el Derecho y la educación atravesando temas como género y sexualidad, es un antagonismo.

Para Judith Butler, en escenarios donde se abarca el Derecho, la educación, género y sexualidad, es necesario problematizar las conexiones que podemos encontrar entre los mismos. Para pensar la educación en derechos humanos, es necesario ponerse a pensar en el sentido de la vida misma¹⁸.

El género hace referencia a los roles, responsabilidades y oportunidades asignadas por el hecho de ser hombre y mujer. Gayle Rubin analiza las instituciones implicadas en esa construcción social (religiones, Estado y familia), concluyendo que la división de roles de género entre mujeres y hombres provenía de la educación y tenía serias consecuencias en diferentes espacios de la vida¹⁹; sin embargo, nos concentramos en lo relacionado al derecho a la salud.

La salud sexual y reproductiva es un elemento importante de la salud y los derechos humanos; no obstante, no siempre fue de gran importancia como en la actualidad. Desde un inicio fue construido desde una mirada heterosexual que centraba la idea de la sexualidad en la reproducción, obviando la desigualdad social en función del sexo, que se asentaba en el sistema dominado por los hombres y transfiriendo la carga de la reproducción y la sexualidad hacia mujer²⁰.

Las personas LGBTI+ no se concebían dentro de la idea de la reproducción por las diferentes formas de vincularse,

18 Ídem.

19 RUBIN, Gayle. «El tráfico de Mujeres: notas sobre la economía política del sexo». En *Revista Nueva Antropología*. Vol. VIII, N° 30. México, noviembre 1986, p. 55.

20 BARBIERI, Teresita. «Sobre la Categoría de Género. Una Introducción Teórica-Metodológica». En *Revista Debates en Sociología*. N° 18, Vol. 6, 1993, p. 153. Disponible en: Sobre la categoría género: una introducción teórico-metodológica | Debates en Sociología (pucp.edu.pe).

que no atendían a la lógica de la heterosexualidad como medio de reproducción. El reconocimiento del matrimonio igualitario como eje central, como lo plantean los países centroamericanos para reconocer otros derechos fundamentales como los derechos sexuales y derechos reproductivos, no es suficiente y no entra en la lógica integral respecto a las diversas formas de vínculos.

Es hasta en 1994 que la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (CIPD), realizada en El Cairo, señaló que la salud sexual y reproductiva no solo abarca el tema de las enfermedades, como lo había hecho la Organización Mundial de la Salud (OMS), sino que se refiere a un estado físico, mental y social de las personas en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo. El bienestar constituye también disfrutar libremente una vida sexual satisfactoria sin estar necesariamente entrelazado con la reproducción²¹.

Después de la CIDP, la OMS (publicación 2016 y actualizada en 2010) avanzó considerablemente en la comprensión del derecho sexual, abarcando no solo la infección por el VIH, sino que incluyó otras enfermedades de transmisión sexual, embarazos no deseados, abortos, esterilización, afecciones maternas y genitales, violencia de género y disfunciones sexuales. Conceptualizó la sexualidad como un aspecto central del ser humano que incluye el sexo, las identidades, roles de género, orientaciones sexuales, erotismo, placer y reproducción. Además, considera que la sexualidad es influida por la interacción de diferentes factores: bioló-

21 Naciones Unidas. *Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo*. ONU, Ginebra, 1995. Consultado el 20 de noviembre de 2023. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/conferences/action2.ht>

gicos, políticos, culturales, sociales, psicológicos, espirituales, históricos, religiosos.

Hoy en día, los derechos sexuales con enfoque de la diversidad sexual constituyen el reconocimiento a una serie de derechos humanos para las personas LGBTI+, y han sido desarrollados por organismos, instrumentos internacionales y regionales a través de interpretaciones más garantistas: los derechos a la vida, la libertad; la autonomía de elegir y expresar su orientación sexual y la seguridad de la persona; el reconocimiento a la identidad de género; el pleno respeto a la integridad física del cuerpo y sus expresiones sexuales; el derecho a la igualdad y la no discriminación; el derecho a decidir si se quiere iniciar la vida sexual o no.

También el derecho a elegir las y los compañeros sexuales; el derecho a la privacidad e intimidad; los derechos al grado máximo de salud (incluida la salud sexual) y al nivel máximo de seguridad social; el derecho a decidir con libertad si se desea contraer matrimonio o convivir con la pareja; el derecho al matrimonio y a formar una familia con el libre y total consentimiento de ambas personas, la igualdad dentro del matrimonio y en el momento de disolución de este; los derechos a la información y a la educación; los derechos a la libertad de opinión y de expresión; el derecho a tener relaciones consensuadas, y el derecho a vivir la sexualidad sin violencia, coacción, abuso, explotación o acoso.

Los derechos mencionados constituyen una aproximación a la protección integral de los derechos sexuales de las personas LGBTI+, planteados desde el pleno goce y disfrute de la sexualidad, desmarcándose de la idea construida desde la heteronormatividad y la reproducción. Para obtener estos avances, ha sido necesario cuestionar y discutir temas como sexo y género.

Foucault, en sus estudios de la sexualidad, marcó un importante precedente en las discusiones sobre el sexo como biológico y el género como cultura. La sexualidad no se reduce a funciones biológicas, sino que está influenciada por la cultura, cambios de contextos y clase social, entre otros factores²². Este punto ha sido trascendental para comprender las orientaciones sexuales e identidades de género y adoptar cuerpos normativos que tengan como fin garantizar la protección integral de los derechos humanos.

Sin embargo, el enfoque diverso que ha evolucionado en el desarrollo de los derechos reproductivos para las personas LGBTI+, ha permitido visibilizar las inequidades que hoy en día siguen presentes y que se producen alrededor de las identidades, orientaciones y expresiones de género que no se comportan de acuerdo a la heteronormatividad.

En el último informe al Consejo de Derechos Humanos, el experto independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género (SOGI), Víctor Madrigal, presentó una visión general de los daños que provoca el papel del heterocentrismo en la salud de las personas LGBBTI+, quienes han tenido que enfrentarse a la discriminación, siendo una barrera que les impide acceder a servicios sanitarios integrales y, en el caso que nos compete, a derechos sexuales y derechos reproductivos con enfoque de diversidad²³.

22 CHIAROTTI, Susana. «Aportes al Derecho desde la Teoría de Género». En *Otras Miradas*, Vol. 6, Núm. 1. Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, junio 2006, p. 10. Consultada el 20 de noviembre de 2023. Disponible en: Redalyc.Aportes al Derecho desde la Teoría de Género.

23 MADRIGAL, Víctor. *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*. Consejo de Derechos Humanos. 50 período de sesiones. A/HRC/50/27/Add.1, 11 de mayo de 2022, párr. 57-59.

Entre tales daños se encuentran la violencia sexual y de género, la esterilización forzada, las llamadas «terapias de conversión», cirugías sin consentimiento, discriminación y abuso de los sistemas y proveedores de salud; ante la falta de prevención, educación sexual y métodos anticonceptivos adecuados a las prácticas diversas, mayor riesgo de contraer VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, falta de acceso a servicios de salud sexual y reproductiva y de afirmación de género. Todo esto provoca también el aumento de daños graves a la salud mental, como la depresión, traumas, ansiedad e ideación suicida. Estas son algunas formas de violencia que se ejercen contra las personas LGBTI+ y los Estados no hacen nada para regularlo.

Al acceder al derecho a la salud, las personas LGBTI+ experimentan inequidades significativas que conllevan impactos negativos. A pesar de que los criterios de universalidad, calidad, accesibilidad, disponibilidad y no discriminación son centrales en los sistemas de salud, las personas LGBTI+ no reciben los servicios en los mismos términos y condiciones que las personas cisheterosexuales.

En el apartado de los derechos reproductivos, los organismos y estándares internacionales han desarrollado los siguientes: derecho a tomar decisiones sobre la reproducción sin sufrir discriminación, coerción, ni violencia; derecho a decidir libre y responsable si se desea o no tener hijas o hijos; derecho de decidir libre y responsablemente sobre el número de hijos que se desea tener y el intervalo de tiempo entre los nacimientos, además de contar con información, educación y medios para lograrlo (autonomía reproductiva); derecho a decidir sobre el tipo de familia que se quiere formar; derecho a recibir educación e información integral; prevención y control de enfermedades venéreas y

otras enfermedades de transmisión sexual; función sexual y orientación psicosexual; orientación y suministro de métodos anticonceptivos; tratamiento de esterilización; asistencia prenatal durante el parto y puerperio y servicios de aborto seguro.

Estos derechos son una clara consecuencia directa de la autonomía reproductiva. No es lo mismo decidir tener hijos que cumplir el rol de padre o madre con las responsabilidades que conlleva. Estas decisiones se pueden tomar de manera individual, conjunta, o dependiendo de otras personas. Los derechos reproductivos están ligados con la posibilidad biológica directa (el acto de dar a luz sin perjuicio de que el bebé sea adoptado o pertenezca a otra familia adoptante, como los procedimientos de gestación o embarazo subrogado). Hoy en día tenemos el gran reto de avanzar en el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos para las personas LGBTI+, pues el acceso a los mismos no es claro y no está regulado.

En América Latina existen muchos vacíos legales respecto a la regulación de estos procedimientos de reproducción que, por un lado, deben realizarse en lugares seguros y, por otro lado, son procedimientos muy costosos a los que difícilmente pueden acceder las personas LGBTI+. En cuanto a la adopción, en América Central, excepto Costa Rica, está prohibida o limitada la adopción homoparental por preceptos constitucionales y/o legales; este es un acto constitutivo de discriminación estatal y no reconocimiento de los derechos reproductivos para las personas LGBTI+.

En ese sentido se puede concluir que, a pesar de que se trata de dar un enfoque de género y diversidad a los derechos sexuales y reproductivos, en los países centroamericanos aún se resisten a reconocerlos, garantizarlos y respetarlos, porque persiste una concepción heterocisnormada en las relaciones sexoafectivas entre las personas, controlada por el Estado junto con la Iglesia.

3. LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS PERSONAS LGBTI EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

En este apartado se abordarán las resoluciones que ha desarrollado la Corte IDH sobre temas de reconocimiento y protección de las orientaciones sexuales, identidades de género y otras categorías como «otra condición social», que conllevan posicionar otras formas de vinculación sexoafectivas como parte de la libertad sexual, así como los derechos reproductivos para las personas LGBTI+.

Para el Sistema Interamericano estas resoluciones son relevantes, debido a que el Pacto de San José no desarrolla expresamente los derechos fundamentales reconocidos a las personas LGBTI+; tampoco existe un instrumento internacional que sea ratificado por los Estados para garantizar sus compromisos con este grupo colocado históricamente en vulnerabilidad.

En ese sentido, para conocer con mayor amplitud sobre los derechos de las personas LGBTI+, con especial énfasis en los derechos sexuales y reproductivos, se tiene que consultar documentos, informes y jurisprudencia de organismos y tribunales internacionales. A continuación, citaremos algunas resoluciones de la Corte IDH al respecto.

3.1. Sentencia Caso Karen Átala Riffo y niñas Vs. Chile (24 de febrero de 2012)

Los hechos giran en torno a la discriminación por motivos de orientación sexual de una madre en un proceso judicial sobre la custodia de sus hijas. Este fue el primer caso que abrió el análisis e interpretación del derecho a la igualdad y no discriminación por orientación sexual; asimismo, fue catalogada como «otra condición social» y como una de

las categorías de protección eficaz contra actos discriminatorios y protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

También constata que en la Convención no se encuentra un concepto limitado de familia, ni tutela un solo modelo «tradicional» de la misma. La Corte reiteró que el concepto de vida familiar no se reduce únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho, donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio²⁴.

3.2. Sentencia Caso Duque Vs. Colombia (26 de febrero de 2016)

El caso se refiere a la discriminación en razón de la orientación sexual en materia de seguridad, por la exclusión legal de las parejas del mismo sexo de acceder a la pensión de sobrevivencia. La Corte reiteró que la orientación sexual es una categoría protegida por la Convención Americana, y que las diversas formas para vincularse de las personas LGBTI+ merecen especial protección²⁵.

3.3. Sentencia Caso Flor Freire Vs. Ecuador (31 de agosto de 2016)

Los hechos se refieren al ejercicio del poder punitivo del Estado en materia disciplinaria en el ámbito militar. El señor Flor Freire fue separado de la Fuerza Terrestre de Ecuador bajo el argumento de haber cometido actos sexuales homosexuales dentro de la Fuerza Militar. La víctima no se identificaba como hombre gay, sino como heterosexual, y la Corte IDH utilizó este hecho como oportunidad para aclarar

24 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 91 y 93.

25 Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 123.

que una persona puede ser víctima de discriminación por la orientación sexual percibida y sobre los actos sexuales consentidos entre adultos del mismo sexo²⁶.

Para ese argumento, la Corte IDH hizo uso de la Convención Interamericana sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y en la Resolución de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre la Protección contra la Violencia y otras Violaciones de Derechos Humanos de las personas en base a la Orientación Sexual o Identidad de género.

3.4. Opinión Consultiva OC 24/17 referente a la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, solicitada por el Estado de Costa Rica (24 de noviembre de 2017)

La Corte IDH desarrolló los estándares mínimos de garantía y protección a las diferentes orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género. Además, determinó que las parejas del mismo sexo están protegidas por la Convención Americana²⁷, y que tienen los mismos derechos y obligaciones que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales. Se respetó los diferentes vínculos sexo afectivos como parte de la libertad sexual, el derecho a la identidad de género basada en la autopercepción e identificación, sin que sea sometido a consideración de terceros, incluyendo al propio Estado, ya que está estrechamente re-

26 Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 14.

27 Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo... op. cit.*, párr. 192.

lacionado con el principio de autonomía personal y el deber del Estado de establecer un procedimiento rápido y gratuito para la adecuación de los registros oficiales a la identidad de género de las personas trans.

3.5. Sentencia Caso Azul Rojas Marín Vs. Perú (12 de marzo de 2020)

Azul es una mujer trans que, al momento de los hechos, se identificaba como un hombre gay. Azul fue objeto de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes por parte de agentes del Estado durante una detención judicial arbitraria e ilegal. En este sentido, la Corte IDH desarrolló el concepto de la violencia por prejuicio en contra de las personas LGBTI+, así como estándares sobre investigaciones y la debida diligencia en casos de violencia sexual y tortura a personas LGBTI+²⁸.

3.6. Sentencia Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras (26 de marzo de 2021)

El caso se refiere a una mujer trans, VIH, trabajadora sexual, defensora de derechos humanos, asesinada en el marco de dos contextos: continuum de violencia, y crisis política durante un golpe de Estado. La Corte IDH desarrolla que la violencia por prejuicio tiene un fin simbólico: la víctima es elegida con el propósito de comunicar un mensaje de exclusión o de subordinación. Sobre este punto, la Corte señaló

28 Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020, párrs. 164 y 166.

que la violencia ejercida por razones discriminatorias tiene como efecto o propósito el de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría. Esta violencia, alimentada por discursos de odio, puede dar lugar a crímenes de odio²⁹.

3.7. Sentencia Caso Pavez Pavez Vs. Chile (4 de febrero de 2022)

Los hechos se enmarcan en la inhabilitación para ejercer la docencia de la asignatura de religión en una institución pública; se revocó su certificado de idoneidad con base en su orientación sexual.

La Corte IDH siguió la misma línea de sentencias anteriores, donde constató que las afectaciones a derechos fundamentales producto de un trato diferente basado en la orientación sexual vulnera el principio de igualdad y no discriminación. Sobre ese punto, recordó que no hay duda ni controversia acerca del hecho de que la orientación sexual es una categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención³⁰.

3.8. Sentencia Oliveira Fuentes Vs. Perú (4 de febrero de 2023)

Se refiere a la discriminación en razón a la orientación sexual por parte de empresas. La Corte IDH desarrolla las obligaciones del Estado de supervisar las empresas priva-

29 Corte IDH. *Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021, párr. 70.

30 Corte IDH. *Caso Pavez Pavez Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022, párr. 68.

das, porque nadie puede ejercer actos de discriminación, por muestras de cariño en público, a personas sexo género diversas. De igual forma, la Corte IDH obliga a los Estados a «garantizar mecanismos de reparación ante vulneración de los derechos humanos de las personas LGBTI+ en las actividades empresariales»³¹.

4. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS CENTROAMERICANOS DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PARA PROTEGER LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS PERSONAS LGBTI+

Los sistemas internacionales de derechos humanos, como el sistema universal y el sistema regional, han adoptado una serie de estándares internacionales de respeto y garantía que derivan en las obligaciones que los Estados deben asumir, cumpliendo así con el deber de adoptar todas aquellas protecciones que en el plano internacional sean más protectoras para el respeto de la dignidad humana de las mujeres y las personas LGBTI+.

En el caso de los derechos sexuales y derechos reproductivos, la Corte IDH, como órgano principal que vigila el alcance e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha pronunciado en su jurisprudencia sobre la importancia de la garantía plena de la autonomía y disfrute de los derechos sexuales y reproductivos para las personas LGBTI+.

Los Estados de Centroamérica han ratificado diversos instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos y las competencias contenciosas de los órganos

31 Corte IDH. *Caso Olivera Fuentes Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2023, párr. 97.

internacionales que, en su pluralidad, extienden la protección, el respeto y garantía de las diversidades sexuales.

Pese a estos compromisos, en Nicaragua existe un retroceso en la protección de las personas debido a que, el 18 de noviembre de 2021, Nicaragua notificó oficialmente a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA) la indeclinable decisión de denunciar la Carta de la OEA, conforme al artículo 143 de este instrumento internacional. Así dio inicio al retiro definitivo y renuncia de la OEA, cuyo periodo de transición de dos años para el cese de los efectos de la Carta culminó en noviembre de 2023.

Sin embargo, la Corte IDH destacó que, aunque terminó el periodo de transición para el Estado denunciante, este continúa sujeto a la observancia plena de otros instrumentos de derechos humanos ratificados y no denunciados individual y autónomamente, que se encuentran vigentes³². En tal sentido, en el caso de las personas LGBTI+, el Estado de Nicaragua debe observar las obligaciones emanadas de los demás instrumentos interamericanos e internacionales que promuevan la observancia y el respeto a los derechos humanos.

Sobre este punto es menester destacar que la mayoría de las normativas internas están diseñadas para incorporar internamente los tratados internacionales de derechos humanos según la jerarquía constitucional y legal que otorgue cada país; además, es imprescindible destacar que, cuando un Estado ha ratificado dichos tratados internacionales, se

32 Corte IDH. *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*. (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.1), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos). Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020, párr. 154.

encuentra en la obligación voluntaria de cumplir con las disposiciones y de realizar un control de convencionalidad para verificar la compatibilidad de las normas jurídicas internas con las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este sentido los Estados, *prima facie*, se comprometen a velar este cumplimiento en razón del principio *pro homine* como un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria³³.

Sobre este punto, los estatus regulatorios de los tratados internacionales en Centroamérica revisten vital importancia en los controles internos de los derechos humanos, a saber, unos caracterizados por supeditarse a rango supraconstitucional, constitucional y supralegal, por lo que es esencial analizar la composición constitucional de los Estados.

En el caso de Guatemala, con la preeminencia del derecho internacional en el artículo 46 de la Constitución, al disponer que se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno. Si bien el articulado señala el derecho interno, éste debe interpretarse como aquel donde el

33 PINTO, Mónica. «El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos». En ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (Coord.). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto. Centro de Estudios Legales y Sociales. Buenos Aires, 1997, p. 163.

tratado tiene supremacía aun sobre el orden constitucional guatemalteco.

Por otra parte, Honduras dispone en el artículo 17 constitucional un orden jurídico nacional que debe estar en consonancia con el internacional; es decir, regula que cuando un tratado internacional afecte una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo y, en efecto, en caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley, prevalecerá el primero.

Nicaragua, en su artículo 182, dispone que la Constitución Política es la carta fundamental de la República, que las demás leyes están subordinadas a ella y que no tendrán valor alguno las leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones. Sin embargo, el mismo cuerpo legal otorga plena vigencia a los derechos humanos regidos por los convenios internacionales constitucionalizados; entre ellos, el derecho de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y demás consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

Por otra parte, en la equiparación del orden de los tratados supraleales destaca El Salvador, que regula en el artículo 144 constitucional que los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con orga-

nismos internacionales constituyen leyes de la República al entrar en vigor, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de la Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

En el mismo orden de ideas se encuentra Costa Rica, siendo el artículo 7 constitucional el fundamento para determinar que los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Por lo expuesto, los tratados internacionales, y en especial los de derechos humanos en materia de personas LGBTI, siempre deben ser fusionados a nivel constitucional y/o legal de forma progresiva para cumplir con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos; es así que deriva de las autoridades estatales nacionales velar por el cumplimiento de tratados, jurisprudencias e interpretaciones de los órganos de derechos humanos.

En relación con las personas LGBTI+, las legislaciones nacionales de Centroamérica tienen una deuda histórica para promover y regular en condiciones de igualdad para todas las personas, ello pese a que en sus constituciones consagran que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos.

No obstante, a través del control de convencionalidad difuso, los Estados pueden y deben realizar aproximaciones reales e integrales sobre legalizar aquellos derechos no gozados, y despenalizar las prohibiciones a las personas LGBTI+, con el objetivo de velar por el reconocimiento de la existencia jurídica y social de las personas sexo género diversas.

Al respecto, uno de los más significativos avances son las obligaciones y derechos de la Opinión Consultiva 24/17 del 24 de noviembre de 2017 de la Corte IDH, relativa a la identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. En la Opinión, la Corte IDH retoma el posicionamiento de que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la CADH y que por ello ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual³⁴.

Es así como, al ser los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y demás tratados internacionales, todos sus órganos están en la obligación de la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía, que se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se reconocen a través los tratados internacionales.

Esto implica que los Estados deben adoptar medidas en el ámbito interno que permitan la compatibilidad de las normas internas con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, a través de la adopción o expulsión de leyes y la interpretación de la normativa interna de manera conforme a los estándares interamericanos³⁵.

Respecto a las obligaciones estatales en el acceso, goce y ejercicio de los derechos a las personas LGBTI, el derecho

34 Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo...* op. cit., párr. 78.

35 Corte IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. N° 7. Control de Convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2021, p. 4.

a la personalidad jurídica constituye una de las bases fundamentales para el reconocimiento de los demás derechos, el cual ha sido ampliamente reconocido por el Sistema Universal de Derechos Humanos, *inter alia*, en el artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el Sistema Regional de Derechos Humanos en el artículo 3 de la CADH.

Los órganos de derechos humanos coinciden en que el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica determina la existencia efectiva de sus titulares ante la sociedad y el Estado, lo que les permite gozar de derechos, ejercerlos y tener capacidad de actuar, lo cual constituye un derecho inherente al ser humano, que no puede ser en ningún momento derogado por el Estado de conformidad con los compromisos internacionales³⁶.

En el plano de las personas LGBTI+, el desconocimiento a la personería jurídica se manifiesta en todos los aspectos sociales, económicos, académicos y políticos. Verbigracia, la falta de protección de los vínculos familiares, matrimonios igualitarios, uniones de hecho y demás relaciones que residen en Centroamérica —a excepción de Costa Rica— implica no solo el impedimento a las personas LGBTI+ de elegir autónoma y voluntariamente acceder en igualdad de condiciones a los derechos humanos, sino que también imposibilitan *inter alia* el acceso a derechos y beneficios de pólizas de seguro, nacionalidad, adopción y filiación, derechos patrimoniales y pensiones.

36 Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo...* op. cit., párr. 103.

CONCLUSIONES

En Centroamérica los derechos de las personas LGBTI+, en el ámbito de la administración pública, han permanecido en el plano mediático debido a los avances y retrocesos de los últimos años en la región. En los casos expuestos se evidencia una analogía de actuación y omisión de jueces y congresistas al replicar fundamentos arraigados en la religión, opiniones políticas y convicciones personales que sobrepasan los regímenes de conducta de los servidores públicos en su deber de garantizar el acceso a los derechos humanos o, en su defecto, que evidencian la tolerancia y normalización de la violencia y discriminación por motivos de orientación sexual, identidad y expresión de género.

En las constituciones y normas secundarias prevalecen prohibiciones y/o vacíos legales en cuanto a la protección de los distintos vínculos y conformaciones familiares de las personas LGBTI+, que tienen repercusión directa sobre los derechos sociales y regímenes patrimoniales derivados del reconocimiento de la protección familiar. Por ello en Centroamérica los distintos poderes del Estado, en el marco de sus atribuciones, deben velar por regular las relaciones personales, conyugales e institucionales en condiciones de igualdad.

Cabe precisar que, a pesar de la importancia de los derechos sexuales y derechos reproductivos vinculados de forma integral e interdependiente al derecho a la salud, es muy escasa la información que muestran los estudios y los datos. La información sobre la necesidad del derecho a la salud con una perspectiva de género y diversidad no está registrada de manera adecuada para que se preste a ampliar la problemática del acceso a este derecho para las personas LGBTI+. Sin embargo, se ha podido identificar barreras

culturales, administrativas, económicas y de calidad en la provisión de los servicios de salud, que impiden que las personas LGBTI+ puedan acceder a estos de manera universal, con calidad y sin discriminación.

La situación actual en materia de derechos sexuales y reproductivos para las personas LGBTI+ no es alentadora. Aunque se han dado importantes avances en la región, hay una gran cantidad de derechos fundamentales sin ser reconocidos legalmente por los Estados y, por tanto, sin ninguna garantía real para el ejercicio de estos. Incluso, hay importantes amenazas de que puede haber retrocesos. Por ello es importante identificar a los principales actores que tejen alianzas y estrategias para mantener una férrea oposición al reconocimiento de estos derechos.

Actores vinculados a organizaciones religiosas (iglesias evangélica y católica), han realizado acciones directas de oposición a los derechos de las personas LGBTI+, organizando movimientos sociales; por ejemplo el movimiento «Con mis hijos no te metas», y estableciendo alianzas estratégicas con partidos políticos ultraconservadores, y con los propios Estados. Los medios de comunicación son un actor relevante en la disputa de la hegemonía del discurso, al igual que los partidos políticos que, en sus campañas electorales, comprometen estos derechos y los utilizan como moneda de cambio.

Ante estos hechos, los gobiernos no han mostrado el compromiso político necesario para respaldar efectivamente las demandas de reconocimiento y garantía de estos derechos a las personas LGBTI+, cediendo ante las presiones de los sectores más conservadores.

Por lo anterior, es indispensable recordar que, en virtud de los compromisos internacionales que los Estados asumen de proteger a todas personas, en el plano internacional

y nacional ha sido ampliamente desarrollado, discutido y aceptado el uso de interpretaciones progresivas —en contraposición de las interpretaciones literales— de los instrumentos internacionales de derechos humanos que, al versar sobre derechos y libertades fundamentales, es imprescindible que su alcance se ajuste a las necesidades, realidades y evolución de las actuales condiciones de vida.

No obstante, en Centroamérica, el contexto actual para las personas LGBTI+ sufre retrocesos preocupantes, y la mayoría deriva de fundamentos religiosos para impedir el disfrute de todos los derechos humanos. Por tanto, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas progresivas que incluyan, amplíen, refuercen y sustenten la existencia jurídica del sistema de protección de las personas LGBTI+.

Capítulo VI

La libertad de culto y sus límites ante los derechos sexuales y reproductivos¹



Pauline Capdevielle

INTRODUCCIÓN

Es un eufemismo decir que, históricamente, la religión y el feminismo han tenido relaciones tensas. Las feministas —en particular las universalistas, las radicales o las marxistas— han denunciado la institución eclesiástica como un agente de opresión de las mujeres, al exigirles sumisión y obediencia absoluta y al buscar controlar sus mentes y cuerpos desde la autoridad de la voz divina y la del sacerdote.

En América Latina especialmente, la Iglesia católica ha tenido un papel muy importante en materia de vigilancia de la moralidad pública y de las costumbres sexuales de la población, lo que puede explicar que la región haya sido por mucho tiempo una de las más restrictivas en materia de políticas sexuales y reproductivas. Aún en la actualidad, se considera que el factor religioso sigue siendo un obstáculo importante —aunque no el único— para avanzar en materia de derechos sexuales y derechos reproductivos, ya sea en los procesos de legislación como de aplicación efectiva de las normas.

1 Este texto se basa en la obra de CAPDEVIELLE, Pauline. *Laicidad, derechos humanos y sexualidad. Una visión desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, que está en proceso editorial en la Secretaría Técnica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

En este escenario, la narrativa del Estado laico ha sido considerada sumamente importante, al señalar que la separación entre el Estado y las iglesias es una condición necesaria para el desarrollo de políticas sexuales y reproductivas incluyentes y orientadas a fortalecer la autonomía de las personas, especialmente, la de las mujeres y de otras identidades sexo-genéricas disidentes.

Sin embargo, sería demasiado simplista entender de manera mecánica la vinculación entre la laicidad y los derechos sexuales y derechos reproductivos, en un contexto que ha sido calificado como *postsecular* para enfatizar las relaciones cada vez más complejas entre Estado, ciudadanía e instituciones religiosas.

De esta manera, el objetivo de este trabajo es proponer algunas claves de comprensión, e incluso de acción, para consolidar los derechos sexuales y los derechos reproductivos a partir de la laicidad y desde una vocación latinoamericanista. El acercamiento buscará ser interdisciplinario, mediante una visión jurídica apegada a los desafíos que surgen en determinados contextos sociales e históricos, que hacen hincapié en los actores y los discursos. En este sentido, el texto busca combinar elementos teóricos —que permiten reforzar la argumentación a favor de los derechos de las mujeres y personas LGBTI+—, con elementos más empíricos y orientados a la solución de los problemas que surgen en la práctica, a nivel social y jurídico.

El texto se organiza de la manera siguiente: en un primer apartado se exploran los vínculos entre la laicidad y los derechos sexuales y reproductivos. En un segundo apartado se busca complejizar la relación a partir de una mirada más sociológica, en especial, a partir del concepto de postsecularidad. En un tercer momento, se presentan los criterios jurídicos regionales en la materia, argumentando a favor

de la existencia de un principio interamericano de laicidad y examinando algunos pronunciamientos judiciales claves. Finalmente, el apartado de conclusiones retoma los puntos más importantes de la argumentación.

1. LA LAICIDAD COMO CONDICIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

Los llamados derechos sexuales y derechos reproductivos se presentan como una agenda en construcción. Su naturaleza, pero sobre todo su contenido y alcance, son objetos de importantes debates y de tensiones. A nivel internacional, en las últimas décadas, el tema ha pasado de entenderse desde una visión demográfica o poblacional a ser considerado como un tema de derechos humanos; es decir, como un problema que debe articularse desde la dignidad y la autonomía de las personas para tomar decisiones libres e informadas en la materia².

Históricamente, la idea de derechos sexuales y reproductivos surge a finales de los años 1960; sin embargo, es verdaderamente hasta los años 90 que alcanzan un auge sin precedente a raíz de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo de 1994 y la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing en 1995. A partir de ahí se establece «el derecho inalienable de las mujeres y de los hombres al libre ejercicio de la sexualidad y reproducción como ámbitos de autonomía y autodeterminación, donde

2 CAPDEVIELLE, Pauline y ARLETTAZ, Fernando. «Laicidad y derecho legal al aborto». En MEDINA ARELLANO, María de Jesús y CAPDEVIELLE, Pauline (Coord.). *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 2018. Consultado el 15 de diciembre de 2022. Recuperado de: 25.pdf (unam.mx).

la violencia y la discriminación no tienen cabida»³. En la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, se puede leer que:

Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva y decidir libremente respecto a estas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíproco y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual⁴.

Es importante señalar que, si bien se suele usar de manera genérica la expresión «derechos sexuales y reproductivos», es necesario separarlos analíticamente y discursivamente. Lo anterior es así porque, de no separar sexualidad y reproducción, se sigue ahondando en el estereotipo que vincula forzosamente el ejercicio de la sexualidad de las mujeres con la maternidad. La idea de poder gozar de una sexualidad sin consecuencias procreativas es fundamental, y corresponde a una reivindicación histórica de los movimientos feministas.

Igualmente, la utilización de la expresión derechos sexuales y reproductivos como monolito invisibiliza algunos grupos, tal como las mujeres que aún o ya no tienen capa-

3 Organización de las Naciones Unidas. *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. Edición 20 Aniversario. El Cairo, 1994. Consultado el 16 de diciembre de 2022. Recuperado de: ICPD-PoA-Es-cover (un.org).

4 Organización de las Naciones Unidas. *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*. Declaración política y documentos resultado de Beijing+5. 2a. ed., 2014. Consultado el 16 de diciembre de 2022. Recuperado de: BPA_S_Final_WEB.pdf (unwomen.org).

cidades procreativas, las mujeres lesbianas, las personas intersex, las mujeres trans⁵, etc. De esta manera, la utilización de la expresión derechos sexuales y reproductivos sería cisheterocentrada y, por tanto, excluyente.

Por otro lado, esta crítica permite poner de relieve que la reproducción humana puede ser desvinculada de la sexualidad: piénsese en las diferentes técnicas de reproducción asistida. De tal manera que uno de los principales desafíos de estos derechos en la actualidad es lograr amparar los cambios profundos que se han dado en el orden sexual, deconstruyendo hegemonías y subordinaciones, y protegiendo nuevas diversidades sexuales y de género y la variedad de maternidades y paternidades⁶.

De manera concreta, los derechos sexuales se refieren al ejercicio de una sexualidad sin violencia ni coacción, al goce del nivel más elevado posible de salud en relación con la sexualidad, al derecho a buscar, recibir e impartir información en la materia, al derecho a la integridad física, a elegir pareja y a tener o no una sexualidad activa, a contraer o no matrimonio y, de manera general, a llevar una vida sexual satisfactoria, segura y placentera⁷.

Los derechos reproductivos, por su lado, incluyen el derecho de todas las parejas y de todas las personas a optar o no por la maternidad, a decidir de forma libre y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, a disponer

5 MILLER, Alice M. «Sexual but not reproductive: exploring the junction and disjunction of sexual and reproductive rights». En *Health and Human Rights*. Vol. 4, Núm. 2, 2000. Consultado el 16 de diciembre de 2022. Recuperado de: 7-Miller.pdf (harvard.edu).

6 FERNÁNDEZ, Ana María. «El orden sexual moderno: ¿la diferencia desquiciada?». En FERNÁNDEZ, Ana María y SIQUEIRA PERES, Wiliam (Eds.). *Género y diversidades sexuales: devenires, deseos y derechos*. Biblos, Buenos Aires, 2013.

7 ÁVALOS CAPÍN, Jimena. *Derechos sexuales y reproductivos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Suprema Corte de Justicia de la Nación - Fundación Konrad Adenauer. México, 2013.

de la información y de los medios para ello, a disfrutar el mayor nivel posible de salud reproductiva en las diferentes etapas de la vida reproductiva, así como la posibilidad de adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación⁸.

Ahora bien, de acuerdo con un importante sector de la doctrina, existen fuertes vínculos conceptuales y analíticos entre la laicidad y los derechos humanos, especialmente en su vertiente sexual y reproductiva. Asimismo, existe un consenso en considerar que la laicidad es una condición necesaria al surgimiento y afianzamiento de los derechos sexuales y reproductivos⁹.

Sobre el concepto de laicidad, es importante señalar que no es unívoco, sino que puede entenderse desde diferentes aristas y disciplinas. Un buen punto de arranque para la discusión es entenderlo a partir de la definición propuesta en la Declaración Universal de la Laicidad en el Siglo XXI, redactada por académicos provenientes de distintas tradiciones político-jurídicas, y cuyo objetivo es identificar un

8 Organización de las Naciones Unidas. *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. op. cit., p. 82.

9 CRUZ PARCERO, Juan Antonio. *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Colección Constitución y Derechos. México, 2017, p. 189. Consultado el 15 de octubre de 2022. Recuperado de: 12.pdf (unam.mx). SALAZAR UGARTE, Pedro, BARRERA ROSALES, Paulina, CHORNY ELIZALDE, Vladimir et al. *La República laica y sus libertades. Las reformas a los artículos 24 y 40 constitucionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Serie Cultura Laica, núm. 1, México, 2015, p. 136. BLANCARTE, Roberto. «Género, mujeres y Estado laico». En CRUZ PARCERO, Juan Antonio, VÁZQUEZ, Rodolfo y TEPICHIN VALLE, Ana María (Coord.). *Género, cultura y sociedad*. Fontamara, México, 2012. LAMAS, Marta. «Dimensiones de la diferencia». En CRUZ PARCERO, Juan Antonio, VÁZQUEZ, Rodolfo y TEPICHIN VALLE, Ana María (Coords.). *Género, cultura y sociedad*. Fontamara, México, 2012.

núcleo duro de lo que se suele llamar *Estado laico*. Dicho documento define la laicidad, en su artículo 4º, como

la armonización, en diversas coyunturas socio-históricas y geopolíticas, de los tres principios (...): respeto de la libertad de conciencia y a su práctica individual y colectiva; autonomía de lo político y de la sociedad civil frente a las normas religiosas y filosóficas particulares; no discriminación directa o indirecta hacia seres humanos¹⁰.

Esta definición hace hincapié en los tres elementos nodulares de la laicidad en su vertiente institucional. En primer lugar, la separación —o la autonomía efectiva— entre el Estado y las iglesias es, sin duda, el rasgo más importante del Estado laico, distinguiéndole radicalmente de formas confesionales de Estado, ya sea en su versión teocrática, cesaropapista o de adhesión oficial a determinada Iglesia¹¹.

El Estado laico, en cambio, distingue nítidamente entre esferas política y religiosa, entendiéndolas como dos ámbitos separados y buscando excluir de la primera todo tipo de recursos y símbolos confesionales¹². De esta manera, en un Estado laico, la cuestión de las creencias, lejos de ser una prerrogativa estatal, se entiende como una competen-

10 *Declaración Universal de la Laicidad en el Siglo XXI*. Consultado el 16 de diciembre de 2022. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2512/14.pdf>

11 RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Laicidad y Constitución*. Colección de Cuadernos Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013. Consultado el 16 de diciembre de 2022. Recuperado de: 8 Laicidad y constitución | Cátedra Extraordinaria Benito Juárez (unam.mx).

12 Especialmente en sus vertientes liberales y republicanas, RIVERA CASTRO, Fabiola. *Laicidad y liberalismo*. Colección de Cuadernos Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2013. Consultado el 16 de diciembre de 2022. Recuperado de: 3 Laicidad y liberalismo | Cátedra Extraordinaria Benito Juárez (unam.mx).

cia exclusiva de las personas, las cuales disponen de plena libertad para adherirse al credo de su elección. Las iglesias se consideran como asociaciones voluntarias, de las que se puede entrar y salir libremente en un contexto pluralista.

Precisamente, el segundo elemento innegociable del Estado laico es el reconocimiento de la autonomía moral de las personas; es decir, su capacidad y libertad para escoger las opciones religiosas —o no religiosas— que han de orientar sus planes de vida y estándares de excelencia humana¹³. Traducido en claves jurídicas, dicho principio refiere a la libertad de conciencia y de religión, al derecho a la autonomía y autodeterminación, al libre desarrollo de la personalidad, así como a los derechos a la intimidad y privacidad. De esta manera, reconocer la autonomía de las personas implica prohibir cualquier tipo de injerencias del Estado o de terceros en la consecución de los planes de vida, pero también garantizar las condiciones para el empoderamiento de las personas, en particular de las más vulnerables o desventajadas.

Finalmente, el principio de no discriminación constituye el tercer pilar que sostiene el Estado laico, el cual no ha de distinguir entre su ciudadanía por motivos de creencias o convicciones fundamentales¹⁴. Tampoco debe establecer distinciones legales y *de facto* entre las distintas iglesias que coexisten en su territorio, las cuales, mayoritarias o minoritarias, deben tener las mismas obligaciones y prerrogativas ante la ley. Para terminar, cabe añadir que la laicidad

13 VÁZQUEZ, Rodolfo. *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Tecnológico Autónomo de México. Estudios de Actualización en Derecho. México, 2ª. reimp. 2017, p. 2.

14 SALAZAR UGARTE, Pedro. *La laicidad: antídoto contra la discriminación*. Cuadernos de la igualdad núm. 8. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. México, 2007.

implica igualmente una nítida diferenciación entre la norma jurídica y la norma religiosa —entre el delito y el pecado, decía el pensador italiano Cesare Beccaria.

De tal manera que la laicidad, al contrario de una idea común pero errónea, no se presenta como un proyecto intransigente, antirreligioso o jacobino. Si bien establecer un Estado laico ha podido requerir de arduas batallas en contra de la Iglesia hegemónica para abrir espacios de autonomía tanto para el Estado como para los individuos —especialmente en los países católicos—, hoy en día se entiende de manera sosegada como un mecanismo que permite gestionar la diversidad de sociedades cada vez más complejas y permitir a las personas —tanto creyentes como no creyentes— vivir de acuerdo con sus propias creencias y convicciones fundamentales¹⁵.

Desde esta perspectiva, el Estado ha de entenderse desde la neutralidad, o mejor aún, desde una imparcialidad activa¹⁶, como un árbitro atento a mantener una estricta igualdad entre las diferentes propuestas religiosas o filosóficas particulares que existen en la sociedad, y evitar que alguna iglesia —así fuese la mayoritaria— imponga sus dogmas y pautas morales a la sociedad en su conjunto. Para ello, el Estado laico debe tener un marco jurídico lo suficientemente incluyente para que las personas puedan vivir acorde con sus propias concepciones de lo bueno, sin injerencias paternalistas o perfeccionistas del Estado.

15 BLANCARTE, Roberto J. *Para entender el Estado laico*. Nostra Ediciones, México, 2008.

16 VAZQUEZ, Rodolfo. *Laicidad y democracia activa*. Colección de Cuadernos Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 2013, p. 11. Consultado el 16 de diciembre de 2022. Recuperado de: 14 Democracia y laicidad activa | Cátedra Extraordinaria Benito Juárez (unam.mx).

Estos insumos analíticos son particularmente valiosos para pensar la temática de los derechos sexuales y reproductivos, y ello por diferentes razones. La primera y tal vez la más evidente, empíricamente tiene que ver con la profunda resistencia de algunos sectores religiosos ante el avance de dichos derechos. En este sentido, hacer hincapié en la necesaria separación entre el Estado y las iglesias (y demás creencias particulares) se presenta como una narrativa significativa para obstaculizar las pretensiones de algunos grupos religiosos de incidir en la adopción y aplicación de las normas jurídicas.

El principio de separación ha generado debates interesantes en la doctrina, en particular respecto a qué tipo de argumentos pueden esgrimirse en el debate democrático, especialmente a la hora de participar en la elaboración de las normas jurídicas que regulan la convivencia colectiva. Así, una corriente mayoritaria considera que el primer requisito para poder participar en el debate democrático es presentar una argumentación expresada en términos seculares para que pueda ser entendida por todas las personas. Las razones esgrimidas en este ejercicio de «razón pública» deben además tener una base compatible con la evidencia científica disponible y articular los valores de un Estado liberal, especialmente, la dignidad de las personas y los principios de libertad e igualdad¹⁷.

Igualmente, la narrativa de la autonomía moral y de la libertad de conciencia de las personas defendida por la laicidad es particularmente eficaz para promocionar los derechos sexuales y los derechos reproductivos, en particular de las mujeres y de las minorías sexuales. Ello es así porque, tradicionalmente, las mujeres han sido excluidas de la ca-

17 MAYANS, Itzel. *La controversia del aborto desde la perspectiva de la razón pública*. UACM, CONACYT. México, 2019.

tegoría de personas pensantes y autónomas para tomar sus propias decisiones¹⁸. Esto ha sido particularmente evidente en materia de sexualidad y de reproducción, como lo ilustra la legislación civil y penal; por ejemplo, la criminalización del aborto o el desconocimiento de la violación entre cónyuges. Asimismo, reivindicar a las mujeres como personas autónomas y sujetas plenas de derechos humanos sigue siendo, en el siglo XXI una reclamación legítima y disruptiva en un contexto sociocultural latinoamericano fuertemente machista.

Ahora bien, desde la crítica feminista, el concepto de autonomía no está exento de algunas críticas. En particular, se ha podido considerar que este concepto, central en el pensamiento liberal, surge de una visión androcéntrica, pensada y creada a la medida e interés del varón decimonónico, blanco, propietario y educado. Igualmente porque, desde esta mirada, la sede natural de la autonomía es la esfera privada de los individuos, siendo la distinción entre público y privado uno de los aspectos torales del pensamiento feminista.

Por esas razones, autores como la feminista mexicana Marcela Largarde han propuesto reformular el concepto desde «claves feministas», las cuales, en lugar de pensar desde la abstracción y la ficción jurídica, replantean el contexto desde la experiencia y las situaciones concretas en que se encuentra cada mujer¹⁹. Así, el concepto de autonomía no se entiende como una facultad abstracta, sino como un

18 GONZÁLEZ BARREDA, María del Pilar. «La decisión de ser madre: un derecho de toda mujer». En *Crítica Jurídica*. No. 36, México, julio/diciembre 2013, p. 152. Consultado 14 de diciembre de 2022. Recuperado de: Vista de La decisión de ser madre: un derecho de toda mujer (criticajuridica.org)

19 LAGARDE, Marcela. *Claves feministas para el poderío y la autonomía de las mujeres. Memoria*. Puntos de Encuentro. Managua, 1997. Consultado 3 de abril de 2022. Recuperado de: Vista de La

proceso de empoderamiento en los diferentes aspectos de la vida, que ha de permitir a las mujeres constituirse plenamente desde la individualidad y la ciudadanía²⁰.

Finalmente, la narrativa de la no discriminación también es fundamental para consolidar la vinculación analítica entre los derechos sexuales y reproductivos y el Estado laico, al reconocer a todas las personas, en condiciones de igualdad y sin discriminaciones, la posibilidad de determinar libremente sus criterios morales y religiosos, y tomar decisiones acordes con ellos a lo largo de su experiencia vital. En este sentido, la penalización del aborto, el difícil o nulo acceso a anticonceptivos, la obstaculización de la información y educación sobre sexualidad en las escuelas, la negativa del Estado a reconocer la identidad de género autopercebida de las personas, etc. constituyen formas de discriminación hacia las niñas, mujeres y personas de la colectividad LGBTI que vulneran sus derechos a una vida digna, a su libertad de conciencia y al libre desarrollo de su personalidad.

Asimismo, la igualdad no debe ser pensada de manera simplemente formal —es decir, plasmada mediante fórmulas abstractas en constituciones o tratados internacionales de derechos humanos— sino examinada de manera estructural. Ello significa tomar en cuenta los patrones y prácticas enraizadas a nivel social, cultural, político e incluso religioso para poder proponer soluciones reparadoras y transformadoras para grupos históricamente marginados y discriminados²¹.

decisión de ser madre: un derecho de toda mujer (criticajuridica.org).

20 CAPDEVIELLE, Pauline y ARLETTAZ, Fernando. «Laicidad y derecho legal al aborto» ... *op. cit.*

21 PELLETIER QUIÑONES, Paola. La «discriminación estructural» en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos

2. RELIGIÓN, SEXUALIDAD Y REPRODUCCIÓN EN CONTEXTO POSTSECULAR

Como se desprende de este primer acercamiento, la laicidad se concibe como un deber ser, un horizonte que ha de guiar la acción del Estado en pro de la consecución de las libertades de las personas; en particular, la posibilidad de determinar y llevar a cabo su plan de vida. A nivel social y político, sin embargo, la laicidad puede encontrarse en tensión y ser retada por algunos sectores de la sociedad que buscan imponer un proyecto de sociedad basado en su propia visión del mundo.

La actual vitalidad de la religiosidad en América Latina desafía los pronósticos en boga en los años 60 y 70, que anunciaban su desaparición o, en el mejor de los casos, su privatización. En cambio, es menester constatar que la religión goza de buena salud, no solamente en los templos sino también en la arena política. En este sentido, se ha podido hablar de una reconfesionalización de la esfera pública en América Latina, la cual se expresa mediante la utilización del recurso religioso por parte de los líderes regionales, la creación de partidos políticos confesionales y de *bancadas*, la consolidación de alianzas interreligiosas y demás estrategias de cabildeo para frenar el avance de los derechos sexuales y derechos reproductivos²².

Otro fenómeno que es importante enfatizar es el proceso de diversificación religiosa que atraviesa la región —aunque con un alcance diferente según los países— que se manifiesta con el auge de iglesias evangélicas y neopentecostales

Humanos. En *Revista IIDH*. Vol. 60, 2014. Consultado el 16 de diciembre de 2022. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34025.pdf>

22 DE LA TORRE, Renée. «Alianzas interreligiosas que retan la laicidad en México». En *Revista Rupturas*. Costa Rica, vol. 9, Núm. 1, enero - junio, 2019.

que, en muchos casos, sostienen posturas muy rígidas en materia de políticas sexuales y reproductivas y han logrado permear en diferentes gobiernos de la región. Lejos de haber diluido la resistencia a las demandas de la ciudadanía en materia sexual y reproductiva, la diversidad religiosa parece haber re-dinamizado este campo, al promocionar una visión del mundo común, basada en un orden eterno, objetivo e inmutable²³.

De forma paradójica, este fenómeno de reconfesionalización de lo público o de desprivatización de lo religioso se ha acompañado de un movimiento de secularización de las constituciones nacionales en la región, como expresión de un compromiso básico en torno a la autonomía entre el Estado y las iglesias. Además de consagrar los derechos a la libertad de conciencia y de religión y de establecer cláusulas de igualdad y no discriminación, las constituciones latinoamericanas ostentan cada vez más principios de laicidad, separación, secularidad o autonomía entre lo político y lo religioso. Asimismo, además de México, Uruguay y Cuba —los tres grandes referentes laicos en la región— Bolivia, Paraguay, Venezuela, Honduras, Ecuador, Guayana, Nicaragua y Colombia (vía jurisdiccional) tienen constituciones expresamente laicas²⁴.

23 CÓRDOVA VILLAZÓN, Julio. «Viejas y nuevas derechas religiosas en América Latina: los evangélicos como factor político». En *Nueva Sociedad*, Núm. 24. Noviembre-diciembre, 2014, p. 117. BÁRCENAS BARAJAS, Karina. «Pánico moral y de género en Brasil: Rituales jurídicos y sociales de la política evangélica para deshabilitar los principios de un Estado laico». En *Religião e Sociedade*. Rio de Janeiro, Vol. 38, Núm. 2, 2018. Consultado el 2 de marzo de 2021. Recuperado de: <https://www.scielo.br/pdf/rs/v38n2/0100-8587-rs-38-2-00085.pdf>.

24 Sobre este tema, véase la Plataforma «Mira que te Miro». Consultada el 17 de diciembre de 2017. Recuperado de: <https://miraquetemiro.org/>

Sin embargo, en no pocos casos, estas cláusulas coexisten con menciones a Dios en los preámbulos o con concordatos con la Iglesia católica y demás iglesias minoritarias. Así, la existencia de principios constitucionales de laicidad o fórmulas afines tampoco garantiza una protección robusta de los derechos sexuales y reproductivos. Sin embargo, un examen de las situaciones nacionales muestra que, si bien la laicidad no es suficiente, no deja de ser una condición necesaria para avanzar en la materia²⁵.

Ahora bien, se ha propuesto el concepto de *postsecularidad* para enfatizar las paradojas y los claroscuros de la laicidad en América Latina y para abandonar definitivamente la teoría de la secularización, entendida como declive irresistible de la religión ante el avance de la modernidad²⁶.

En cambio, la utilización de dicho concepto permite hacer hincapié en el hecho de que las religiones ganan terreno en el espacio público, y para subrayar la existencia de estas dos dinámicas que parecen opuestas: por un lado, el avance de un proceso constitucional secularizador en América Latina y, por el otro, el incremento de injerencias religiosas en la política en Estados seculares, es decir, en los que existe una distinción entre el ámbito político y las instituciones religiosas²⁷.

En otras palabras, la postsecularidad se presenta como un concepto útil para explicar la reconfiguración del campo

25 Véase Católicas por el Derecho a Decidir y Cátedra Extraordinaria «Benito Juárez». *Informe sobre laicidad y derechos sexuales y reproductivos en América Latina y el Caribe*. CDD, México, 2020.

26 GARZÓN VALLEJO, Iván. Postsecularidad: ¿un nuevo paradigma en ciencias sociales? En *Revista de Estudios sociales*, Num. 50, Bogotá, septiembre-diciembre, 2014. Consultado el 13 de diciembre de 2022. Recuperado de: <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.7440/res50.2014.11>

27 ROLDÁN GÓMEZ, Isabel. «Lo postsecular: Un principio normativo». En *Política y sociedad*, vol. 54, núm. 3, 2017.

religioso y político en la actualidad y acercarse a su complejidad, especialmente respecto a sus nuevos actores y discursos. Asimismo, el concepto enfatiza elementos analíticos sugerentes: la incompletitud del proceso de secularización y, al mismo tiempo, su superación; la valoración del principio de laicidad y el reconocimiento de sus límites.

En particular, el movimiento de secularización de las constituciones provocó una des-institucionalización de la Iglesia católica en la región. Sin embargo, no significó que la Iglesia haya desistido de su protagonismo histórico en la esfera pública. Los éxitos alcanzados por el activismo feminista y LGBTI+, lejos de haber desmovilizado sus bases, provocaron un importante movimiento de reacción y resistencia en algunos sectores de la ciudadanía. Estos grupos conservadores, a pesar de su diversidad y de sus vínculos más o menos estrechos y visibles con las instituciones religiosas, comparten una serie de posturas, discursos y códigos que funcionan como «engrudo»²⁸ y que articulan las diferentes identidades que se posicionan en contra de dichos derechos.

También llama la atención, en este contexto postsecular, la laicización de los discursos y de los actores, fenómeno que Juan Marco Vaggione ha conceptualizado como «secularismo estratégico»²⁹. Alejándose en alguna medida del reperto-

28 KOVÁTS, Eszter y PÓIM, Maari (Eds.). *Gender as symbolic glue. The Position and role of conservative and far right parties in the anti-gender mobilizations in Europe*. Foundation for European Progressive studies / Friedrich Ebert-Stiftung, Budapest, 2015. Consultado el 17 de diciembre 2022. Recuperado de *Gender as symbolic glue: the position and role of conservative and far right parties in the anti-gender mobilizations in Europe*; France; Germany; Hungary; Poland; Slovakia (fes.de).

29 VAGGIONE, Juan Marco. *Sexualidad, Religión y Política en América Latina*. Trabajo preparado para los Diálogos Regionales. Universidad Nacional de Córdoba / CONICET. Río de Janeiro, 2009. Consultado el 17 de diciembre de 2022. Recuperado de: *post rio paper vaggione revisado* (sxpolitics.org)

rio religioso, este mosaico de nuevos actores —asociaciones pro vida y pro familia, iglesias, *influencers*, *think tanks*, organizaciones transnacionales, universales confesionales, etc.— utilizan cada vez más el lenguaje de los derechos humanos para defender una agenda ultraconservadora.

La utilización del discurso de los derechos humanos se ha vuelto clave para los sectores conservadores, al dotar de legitimidad sus posturas y al buscar tener impacto en la interpretación judicial de las Cortes regionales. En materia de aborto, por ejemplo, se abandonó la argumentación teológica sobre el alma del feto o el pecado, para defender la idea de que el embrión humano, desde el momento de la concepción, es una persona completa, titular de derechos humanos, en particular, del derecho a la vida³⁰.

Para consolidar esta postura, la Iglesia católica y sectores afines han desarrollado una bioética a su medida —la bioética personalista—, buscando *cientifizar* sus dogmas y posturas morales en materia de familia, reproducción y avances científicos y técnicos. En este sentido, en 1994, Juan Pablo II creó la Pontificia Academia para la Vida para estudiar, desde una óptica interdisciplinaria, los problemas relativos a la promoción y defensa de la vida humana, capacitar en una cultura de la vida en el pleno respeto del Magisterio de la Iglesia, e informar a los responsables de la Iglesia, las instituciones de ciencias biomédicas y organizaciones socio-sanitarias, medios de comunicación y sociedad civil en general, de sus hallazgos más importantes³¹.

30 CAPDEVIELLE, Pauline y MEDINA ARELLANO, María de Jesús. «El derecho al aborto legal: exigencia de una bioética laica». En *Bioética y derechos reproductivos de las mujeres en México*. Programa Universitario de Bioética de la UNAM, Fondo de Cultura Económica, México [documento en prensa].

31 Iglesia Católica Apostólica y Romana. *Statuts de l'Academie Pontificale pour la vie*. Ciudad del Vaticano, 2016. Consultado el 14 de

Sobre esta base se ordenó crear en todas las universidades pontificias del mundo institutos de bioética, así como capacitar una planta de especialistas y docentes encargados de llevar a cabo seminarios, conferencias y retiros para formar a los laicos respecto a la participación en el «diálogo democrático»³².

Sobre los derechos de las personas LGBTI, el conservadurismo religioso rescató la idea de un derecho natural, objetivo y universal, fuente de la obligación del Estado de proteger la familia natural, entendida como institución anterior a cualquier otra, basada en el matrimonio entre un hombre y una mujer, y orientada hacia la procreación³³. Con este tipo argumentación, se buscó obstaculizar inicialmente el reconocimiento de uniones civiles para personas del mismo sexo, y posteriormente excluirlas de la institución del matrimonio civil.

Respecto a la posibilidad de adoptar, se insistió en el principio jurídico del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y en su derecho a crecer en un ambiente familiar normal. Durante los últimos años, la campaña «Con Mis Hijos No Te Metas» ha insistido en el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones, especialmente para contrarrestar las políticas públicas en materia de educación sobre sexualidad y el empoderamiento de las niñas y adolescentes.

diciembre de 2022. Recuperado de: Statuts de l'Académie pontificale pour la Vie (18 octobre 2016) | François (vatican.va).

32 CARBONELLI, Marcos e IRRAZÁBAL, Gabriela. «Católicos y evangélicos. ¿Alianzas religiosas en el campo de la bioética argentina?» En *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*. Roma, Vol. 26, Núm. 2, 2010, p. 26.

33 CAPDEVIELLE, Pauline y MOLINA FUENTES, Mariana. «Laicidad y diversidad familiar. Un diálogo entre lo social y lo jurídico». En RAPHAEL DE LA MADRID, Lucía y SEGOVIA URBANO, Adriana. *Diversidades: cuerpos y territorios*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Serie Estudios Jurídicos, Núm. 329, México, 2018.

Estas batallas en torno a los conceptos se expresan igualmente en torno del ideal mismo de laicidad. Como bien señala Roberto Blancarte, el problema actual no es el posicionamiento a favor de un Estado laico —el cual, como se vio, es objeto de un consenso básico en la región—; se trata, más bien, de su definición³⁴. Asimismo, bajo este respaldo aparente, existen ciertas grietas y posturas encontradas en torno de lo que debe entenderse por el Estado laico y el principio de separación entre el Estado y las iglesias.

En particular, algunos sectores han pujado por un modelo alternativo al que se describió en el apartado anterior. La Iglesia católica ha propuesto una *resignificación* del concepto laicidad³⁵, a partir de su propia tradición basada en el «Dar al César...» y la Doctrina de las Dos Espadas, tesis elaborada por el Papa Gelasio I en el siglo V, que afirmaba la distinción entre el poder civil y el poder eclesiástico, siendo el primero subordinado al segundo.

Si bien durante buena parte de su historia la Iglesia católica rechazó las ideas de laicidad y de libertad religiosa, cambió profundamente su narrativa a mediados del siglo XX, para empezar a argumentar a favor de una «legítima y sana laicidad»³⁶. Al respecto, la constitución *Gaudium et spes* de 1965, adoptada en el marco del Vaticano II, señala:

La comunidad política y la Iglesia son independientes y autónomas, cada una en su propio terreno. Ambas, sin

34 BLANCARTE, Roberto. «Prólogo», en BARRANCO, Bernardo. *Las Batallas del Estado laico. La reforma a la libertad religiosa*. Grijalbo, México, 2016, p. 9.

35 BARRANCO, Bernardo. *Las Batallas del Estado laico. La reforma a la libertad religiosa*. Grijalbo, México, 2016.

36 PACELLI, Eugenio Maria Giuseppe. *Discorso di sua santità Pio XII ai marchigiani residenti in Roma*, El Vaticano, 1958. Consultado el 15 de marzo 2020. Recuperado de: https://www.vatican.va/content/pius-xii/it/speeches/1958/documents/hfzp-xii_spe_19580323_marchigiani.html.

embargo, aunque en diverso título, están al servicio de la vocación personal y social del hombre. Este servicio lo realizarán con tanta mayor eficacia, para el bien de todos, cuanto más sana y mejor sea la cooperación entre ellas [...]»³⁷.

Por su parte, la Congregación para la Doctrina de la Fe afirma que

[...] la laicidad, entendida como autonomía de la esfera civil y política de la esfera religiosa y eclesiástica —nunca de la esfera moral— es un valor adquirido y reconocido por la Iglesia, y pertenece al patrimonio de la civilización³⁸.

En este modelo de «sana laicidad», más que hablar de libertad de conciencia, se enfatiza la cuestión de la libertad religiosa, concepto extensible que ha sido utilizado por las iglesias para exigir del Estado cada vez más prerrogativas: un derecho general a la objeción de conciencia (especialmente en materia sanitaria, para excusarse de participar en procedimientos en materia de salud sexual y reproductiva); clases de religión en las escuelas públicas y privadas; el pin parental respecto a educación sexual y reproductiva; subvenciones públicas para actividades religiosas, etc.

37 Iglesia Católica Apostólica y Romana. *Constitución pastoral Gaudium et spes sobre la Iglesia en el mundo actual*. Roma, 7 de diciembre de 1965, párr. 76. Consultado el 20 de diciembre de 2022. Recuperado de: https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html

38 Iglesia Católica Apostólica y Romana. Congregación para la Doctrina de la Fe. *Nota doctrinal sobre algunas cuestiones relativas al compromiso y la conducta de los católicos en la vida política*. 24 noviembre de 2002. Consultado el 20 de diciembre de 2022. Recuperado de: Nota sobre el compromiso de los católicos en política (vatican.va).

Desde esta mirada, la libertad religiosa no se entiende simplemente como un derecho individual sino desde una perspectiva colectiva e institucional, que ha de permitir la expresión religiosa sin trabas en el espacio político, especialmente en las materias con contenido moral, en las que las iglesias se presentan como voces expertas.

En algunos países de la región este modelo, llamado también «laicidad positiva» o «laicidad de colaboración», ha sido empujado con cierto éxito por diversas iglesias, dando lugar a una variante «pluriconfesional» que, más que entender la laicidad desde un principio estricto de separación, propone un régimen de libertad e igualdad religiosa favorable a las iglesias en materia educativa, fiscal, cultural, acceso a medios de comunicación e incluso reconocimiento civil del matrimonio religioso³⁹. Más que organizar un régimen de convivencia laico, este tipo de modelo promueve una visión religiosa del mundo, que termina por menoscabar las libertades y opciones de las personas.

Finalmente, cabe subrayar otra paradoja de este contexto postsecular. Como herencia del pensamiento ilustrado, la religión ha sido asociada tradicionalmente con el conservadurismo, y lo laico o lo secular, con una visión progresista de la sociedad. En realidad no es así, y nunca lo ha sido, como muestra por ejemplo la existencia de diferentes catolicismos históricos asociados con movimientos de izquierda. Por el otro lado, lo laico no es garantía de una visión incluyente y diversa en materia de reproducción y sexualidad.

39 HUACO PALOMINO, Marco Antonio. «Perú hacia un Estado pluriconfesional: el caso de la nueva ley de libertad religiosa». *Revista del Centro de Investigación*. Universidad La Salle, julio-diciembre, Vol. 9, Núm. 36, 2011.

En América Latina ha surgido en los últimos años una «disidencia religiosa»⁴⁰ al interior de las instituciones religiosas que ha propuesto, mediante una relectura de los textos religiosos, nuevas maneras de entender las temáticas asociadas con la vida, la sexualidad y la muerte. Y algunos grupos, como Católicas por el Derecho a Decidir, han logrado colocar en la región una narrativa alternativa en materia de derecho al aborto, basada en el libre albedrío, la consulta a María para ser madre de Dios y el propio Estado laico como garante de todas las libertades.

Como se pudo apreciar en las líneas anteriores, el panorama de la laicidad y de los derechos sexuales y reproductivos en América Latina se caracteriza por su complejidad, característica que se busca entender desde la idea de una era postsecular, en la que no puede darse por sentado las dicotomías tradicionales religioso-secular, confesional-lai-co, creencia-ciencia, etcétera.

De tal manera que, si bien la laicidad es un recurso discursivo fundamental para avanzar en la dirección de una mayor autonomía de las personas, no debe dejar de lado una visión crítica y lúcida sobre sus posibilidades y alcances⁴¹.

40 VAGGIONE, Juan Marco. «Reactive Politicization and Religious Dissidence: The Political Mutations of the Religious». *Social Theory and Practice*. Vol. 31, Núm. 2, 2005. Consultado el 3 de marzo de 2021. Recuperado de: www.jstor.org/stable/2355846

41 VAGGIONE, Juan Marco. *Laicidad y sexualidad*. Colección de Cuadernos Jorge Carpizo. Para Entender y Pensar la Laicidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 2013. Consultado el 20 de diciembre de 2022. Recuperado de: 16 Laicidad y sexualidad | Cátedra Extraordinaria Benito Juárez (unam.mx)

3. UNA VISIÓN JURÍDICA DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante el Sistema o el SIDH) constituye el foro de protección de los derechos humanos en el ámbito americano. Fue creado por la Organización de los Estados Americanos (OEA), organismo cuyo objetivo es impulsar un orden de paz y justicia y fomentar la solidaridad y cooperación en el continente.

El SIDH, brazo jurídico de la OEA, se presenta como el conjunto de tratados, instituciones y mecanismos para la promoción y protección de los derechos humanos, al proveer diferentes recursos a las personas que pudieron haber sufrido la vulneración de sus derechos en sus respectivos Estados.

Existen muy pocas referencias a un principio de laicidad o de separación entre el Estado y las iglesias en los textos del Sistema. La única mención explícita se encuentra en el preámbulo de la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, que señala:

Que la coexistencia pacífica entre las religiones en sociedades pluralistas y Estados democráticos se fundamenta en el respeto a la igualdad y a la no discriminación entre las religiones, y en la clara separación entre las leyes del Estado y los preceptos religiosos⁴².

La ausencia de referencias explícitas se explica por el hecho de que, tradicionalmente, las relaciones entre Estado

42 Organización de los Estados Americanos. Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia. La Antigua, Guatemala, 2013. Consultado el 22 de diciembre de 2022. Recuperado de: OEA :: SAJ :: Departamento de Derecho Internacional :: Tratados Multilaterales Interamericanos (oas.org).

e iglesias han sido consideradas como un asunto doméstico de los Estados, fruto de historias nacionales complejas. Además, los vínculos orgánicos de convivencia entre ambas potestades obedecen a arreglos y compromisos políticos contruidos a través del tiempo, aunque existe, como se ha mostrado, una tendencia consolidada a la secularización de las Constituciones en la región.

Sin embargo, es posible identificar una exigencia de laicidad en los textos del Sistema a partir de una lectura sistemática de las normas; es decir, al reconstruir analíticamente los diferentes elementos del Estado laico. En primer lugar, las diferentes herramientas jurídicas consagran un derecho a la libertad de conciencia y de religión, que implica la libertad de conservar la religión y las creencias, de cambiarlas, y de profesarlas y divulgarlas individual o colectivamente, tanto en público como en privado⁴³.

Por el otro lado, los derechos a la igualdad ante la ley y a la no discriminación se encuentran protegidos también en la normativa del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que prohíbe cualquier tipo de distinción basada, entre otros, en motivos de religión.

Respecto a los derechos sexuales y reproductivos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en 1994, constituye el texto de referencia⁴⁴. Cabe mencionar igualmente que otra mención explícita a la laicidad se encuentra en el Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo,

43 Artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

44 Organización de los Estados Americanos. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer (A-61), 1994. Consultado el 20 de diciembre de 2022. Recuperado de: CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER «CONVENCION DE BELEM DO PARA» (oas.org).

documento adoptado por 38 países de la región, que contiene una serie de acuerdos para reforzar la implementación de los asuntos de población y desarrollo y dar seguimiento al Programa de Acción de El Cairo. El texto menciona en su preámbulo que «la laicidad del Estado es también fundamental para garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos, la profundización de la democracia y la eliminación de la discriminación contra las personas»⁴⁵.

En los últimos años, la cuestión sexual y reproductiva ha sido objeto de interés creciente por parte del Sistema. De acuerdo con Abi-Mershed⁴⁶, las primeras inquietudes en la materia surgieron a finales de los años 90 en el marco de las labores de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano encargado de promover la observancia y defensa de los derechos humanos en la región.

En sus diferentes informes sobre países de la región, la Comisión ha llamado a los Estados a garantizar el acceso a servicios de salud reproductiva sin discriminación, mostrándose preocupada por la criminalización del aborto, la cual, señalaba, es contraria a las obligaciones internacionales de los Estados de respetar, proteger y garantizar los derechos de las mujeres a la vida, a la salud y a la integridad. En el informe sobre Honduras de 2015, la Comisión instó al Estado

45 ONU. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo... op. cit.

46 ABI-MERSHED, Elizabeth A. H. «Los derechos reproductivos en el contexto del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos». En *Promoción y defensa de los derechos reproductivos. Nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 2003. Consultado el 22 de marzo de 2022. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a12758.pdf>.

a revisar sus políticas públicas destinadas a modificar los estereotipos sobre el rol de las mujeres en la sociedad y en la familia, y promover la erradicación de patrones socioculturales que limitan sus opciones para incursionar en la vida laboral, política y económica. Para ello se deben crear mecanismos para empoderar a las mujeres en todo el país⁴⁷.

Sobre peticiones individuales, uno de los casos más emblemáticos que examinó la CIDH en materia reproductiva es, sin duda, el caso Paulina Ramírez Jacinto Vs. México, resuelto mediante solución amistosa. A la edad de trece años, Paulina fue víctima de una violación, a raíz de la cual quedó embarazada. Al buscar terminar con su embarazo en las condiciones previstas por la ley, se enfrentó a una serie de retrasos injustificados, desinformaciones y maniobras intimidatorias que obstaculizaron su decisión de interrumpir su embarazo, obligándola a dar a luz.

El expediente muestra claramente cómo diferentes actores religiosos presionaron a la niña, y cómo el director del hospital se negó a proveer el servicio, al considerar que estaba en colisión con sus principios morales⁴⁸. En 2007 se firmó una solución amistosa entre las partes, donde se reconoció públicamente la responsabilidad del Estado mexicano, el cual se comprometió a reparar integralmente a la víctima y a modificar la legislación para garantizar el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.

47 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Situación de derechos humanos en Honduras, 2015. Consultado el 20 de marzo de 2020. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Honduras-es-2015.pdf>.

48 CAPDEVIELLE, Pauline. *La libertad de conciencia frente al Estado laico*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Serie Cultura Laica, Núm. 5, México, 2015, p. 78.

En este caso particular, la Comisión abordó la cuestión de las objeciones de conciencia⁴⁹, advirtiendo que muchos profesionales de la salud tienen sus propias convicciones en materia de planificación familiar, anticoncepción de emergencia, esterilización y aborto legal. Sin embargo, si bien reconoce que tienen derecho a que se respeten sus convicciones religiosas y morales, considera imprescindible encontrar un equilibrio para que se respeten y garanticen los derechos de las y los pacientes de los servicios de salud.

En materia de aborto legal, señala que el profesional que se niega a atender a una paciente debe transferirla de inmediato y sin objeción a un colega que pueda realizarlo; lo anterior, para no interponer barreras en el acceso a los servicios.

A continuación se examinan tres pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH o la Corte) que son particularmente interesantes en la problemática abordada. Al respecto, cabe mencionar que la Corte es el órgano jurisdiccional del SIDH, encargado de interpretar y aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en 1969 en San José, Costa Rica.

Además de su función consultora, la Corte recibe y resuelve los casos individuales sobre violación a derechos humanos que le remite la CIDH. Sobre esta base, emite sentencias que pueden determinar la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de derechos humanos y, en su caso, establecer medidas de reparación del daño a las víctimas. Es importante señalar que los criterios esta-

49 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, 2011. Consultado el 23 de marzo de 2022. Recuperado de: <https://informe.gire.org.mx/rec/acceso.pdf>

blecidos en sus sentencias son obligatorios para todos los Estados que reconocieron su competencia judicial.

El caso *Artavia Murillo Vs. Costa Rica*⁵⁰ constituye hasta ahora la única sentencia que existe sobre derechos reproductivos y protección de la vida prenatal a nivel interamericano. Los hechos que la motivaron se referían a la prohibición en 2000, por parte de la Suprema Corte de Costa Rica, de las fecundaciones *in vitro* (FIV), por el motivo de que dicha técnica de reproducción asistida vulneraba el derecho a la vida del producto de la concepción, al conllevar una alta tasa de pérdida embrionaria.

En realidad, el máximo tribunal de Costa Rica entonizaba jurídicamente un argumento bioético de corte confesional, que consiste en considerar al embrión humano, desde el momento de la fertilización, como un individuo genéticamente completo e independiente de sus genitores y, por tanto, titular de derechos humanos.

La sentencia de la Corte presenta elementos fundamentales en materia de derechos reproductivos. En primer lugar, reconoce sin ambigüedad el derecho a la autonomía reproductiva de las personas, derivado del derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal, la salud reproductiva, el derecho a la no discriminación, así como el derecho gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico.

Sobre todo, la Corte procede a examinar el alcance del artículo 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que «Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley,

50 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros («fecundación in vitro») vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Consultado el 13 de diciembre de 2022. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

y en general, a partir del momento de la concepción». Se trataba, de esta manera, de determinar si el producto de la concepción (cigoto, embrión o feto) es una persona dotada de derechos humanos. Al respecto, establece los siguientes criterios:

- a) Contrario a la postura que entiende la concepción como el momento de fusión entre gametos masculino y femenino (fertilización), solo puede haber inicio de la vida humana en el momento de la anidación, es decir, cuando el óvulo fecundado se adhiere a la pared uterina de la mujer. De tal manera que no hay vida humana cuando un embrión fertilizado se encuentre fuera del cuerpo de la mujer gestante.
- b) La cuestión de qué es una persona rebasa por mucho el ámbito de competencia del derecho. Sin embargo, las posturas que confieren atributos metafísicos a los embriones no pueden prevalecer sobre otras, ya que de lo contrario implicaría imponer un tipo de creencias específicas a personas que no las comparten.
- c) El producto de la concepción (cigoto, embrión o feto humano) no es titular de derechos humanos, sino que ha de entenderse como un bien jurídico cuyo valor incrementa a medida que avanza el embarazo.
- d) La ley protege la vida prenatal desde el momento del proceso de concepción, sin embargo, es posible invocar excepciones en casos de colisión de derechos;
- e) La protección de la vida no puede desvincularse del cuerpo de la mujer gestante, por lo que la protección absoluta de la vida prenatal es incompatible con los demás derechos humanos.

Esta sentencia destaca por su talento científico y laico⁵¹, al evacuar argumentos de índole confesional que dotan a la vida humana de un carácter absoluto, incompatible con una lectura integral de los derechos humanos, en particular, los de las mujeres y personas gestantes. La Corte falló a favor de una postura que permite la inclusión de las diferentes visiones en torno a la vida humana, tomando en cuenta los conceptos de autonomía reproductiva y la situación de desventaja de las parejas que padecen infertilidad. Sobre todo, identifica criterios que van más allá de la sola problemática de las técnicas de reproducción asistida, y que son aplicables en otros temas reproductivos, en materia de anticoncepción de emergencia y de interrupción de embarazo.

El segundo pronunciamiento relevante de la COIDH en la materia es la Opinión Consultiva 24-17⁵² solicitada por Costa Rica, y referente a los derechos de las personas LGBTI, especialmente, en materia de derecho a la identidad de género y matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta opinión constituye la culminación del trabajo de la Corte en materia de los derechos de las minorías sexuales, los cuales, señala el tribunal, han sido sistemáticamente vulnerados a lo largo de la historia ya sea mediante leyes y políticas abiertamente discriminatorias o debido a causas de índole

51 BRENA, Ingrid. «Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Mayo-agosto, Nueva serie, Año XLVI, Núm. 137, 2013. Consultado el 12 de mayo de 2020. Recuperado de: Vista de Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica* (unam.mx).

52 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. *Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Consultada el 2 de mayo de 2020. Recuperado de:
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

social, puesto que la estigmatización se aplica en muchos casos «al amparo de la cultura, la religión y la tradición»⁵³.

Es interesante detenernos un momento en el elemento religioso y en su doble dimensión. Al respecto, la Corte considera que las creencias religiosas sostenidas por las personas y los grupos pueden ser una causa de discriminación, pero también un pretexto para discriminar. En otras palabras, una persona puede ser víctima de discriminación debido a la religión que profesa, pero también puede discriminar a otras, con base en una serie de estereotipos y prejuicios que operan a partir de posturas e interpretaciones de índole confesional, filosófica o moral.

De esta manera, la Corte señaló que, en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosofías particulares, las cuales gozan de una situación mayoritaria en la población. Si bien reconoce que la religión tiene una importancia fundamental en la vida y para la dignidad de los creyentes, es contundente en señalar que las creencias y convicciones no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad, ni condicionar el alcance de los derechos de los seres humanos.

Movilizando el registro de la laicidad, afirmó que «es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de estos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro»⁵⁴. Así las cosas, la Corte reconoce por primera vez un derecho de las personas a la identidad de género autopercibida, y considera que el acce-

53 Ibid., párr. 40.

54 Ibid., párr. 223.

so al matrimonio para las parejas gays o lesbianas es parte de sus derechos fundamentales.

Finalmente, el caso *Pavez Pavez Vs. Chile*⁵⁵ remite a la situación de una profesora de religión católica en una escuela pública chilena, despedida debido a su orientación sexual. En 2007, a raíz de llamadas anónimas que informaban a la Diócesis de San Bernardo de su orientación sexual lesbiana, la profesora fue convocada en diferentes ocasiones por el Vicario encargado de la educación, quien la exhorta a «terminar con su vida homosexual» y a someterse a terapias de orden psiquiátrico para seguir con sus funciones docentes⁵⁶.

Ante su negativa, la autoridad religiosa tomó la decisión de no renovar su certificado de idoneidad para enseñar la doctrina católica, privándola de la posibilidad de enseñar la asignatura de religión católica en todos los establecimientos públicos y privados del país. Ante esta situación, la señora Pavez Pavez consideró vulnerados sus derechos y llevó el litigio ante la Corte IDH.

Dicho tribunal debía resolver una tensión entre, por un lado, el derecho a la libertad religiosa en su dimensión institucional y en particular, respecto a la posibilidad de elegir quiénes difunden la doctrina; y por el otro, los derechos humanos de la profesora, en particular, su derecho a la privacidad, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la no discriminación en materia de orientación sexual. En la sentencia, la Corte señaló los siguientes puntos:

55 Corte IDH. *Caso Pavez Pavez vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Consultada el 1 de diciembre de 2022. Recuperado de:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf

56 Ibid., párr. 23.

- a) La legislación chilena que da competencia a la autoridad religiosa para escoger a los profesores de religión puede entenderse como una materialización de la libertad religiosa, sin embargo, esta competencia debe ser sujeta a un control del Estado;
- b) El derecho de la organización religiosa de seleccionar sus docentes se debilita en el ámbito de la educación pública, la cual se rige por estándares estrictos de derechos humanos, en particular, en materia de no discriminación.
- c) La profesora Pavez Pavez fue lesionada en sus derechos a la libertad personal, a su vida privada y a la no discriminación, entre otros.

Cabe mencionar que esta sentencia fue objeto de críticas. Los sectores conservadores consideraron que vulneraba el derecho a la libertad religiosa, en particular, en su dimensión colectiva y en su dimensión de libertad para difundir su doctrina; también, que lesionaba el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones.

Por el otro lado, diferentes voces laicas señalaron que no tenía un alcance suficiente, al no extenderse a los despidos que puedan ocurrir en las escuelas particulares. Pusieron de relieve la poca contundencia argumentativa del fallo, que evita pronunciarse en torno al alcance de la libertad institucional de las iglesias y del derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones.

CONCLUSIONES

Este breve recorrido por la problemática de los derechos sexuales y derechos reproductivos desde la laicidad muestra un importante grado de complejidad en el marco de sociedades postseculares, caracterizadas por una tendencia a la secularización de las constituciones y la injerencia de lo religioso en la esfera pública.

En este escenario, el recurso discursivo de la laicidad es particularmente importante para obstaculizar las pretensiones de algunos grupos de imponer su propio orden social y moral a la población, especialmente en materia sexual y reproductiva. Lo anterior es particularmente preocupante para algunos grupos que han sido históricamente discriminados, como las mujeres y personas del colectivo LGBTI, que ven sus derechos mermados por la imposición de pautas morales inflexibles y excluyentes. En este sentido, es fundamental recordar la laicidad como la necesaria autonomía entre el Estado y las iglesias —especialmente respecto a normas jurídicas y religiosas— y como condición de la autonomía y empoderamiento de las personas.

La secularización de los discursos y de las estrategias del conservadurismo religioso representa, sin duda, un desafío para el Estado laico contemporáneo. En este sentido, es importante dotar de operacionalidad jurídica al concepto de laicidad, especialmente a partir de una visión robusta y laica de los derechos humanos.

Los criterios identificados a nivel interamericano constituyen herramientas fundamentales —aunque aún en construcción— para pensar la problemática y, sobre todo, para exigir de los Estados nacionales avances concretos para garantizar a todas las personas la posibilidad de determinar libremente sus planes de vida y tener los recursos y las capacidades para desarrollarlos plenamente.

Capítulo VII

Las violencias machistas desde una mirada de las masculinidades disidentes



Joaquín A. Mejía Rivera

INTRODUCCIÓN

A pesar de que en la mayoría de los países del continente la discriminación legal ha disminuido, las mujeres continúan siendo tratadas en los espacios públicos y privados como subordinadas, «agregando a la discriminación legal la de facto»¹. En este orden de ideas, hay cinco aspectos que caracterizan a nuestras sociedades en relación con la igualdad de género: la violencia doméstica, los femicidios, los crímenes sexuales, la brecha de género y la desigualdad en el reparto de las tareas domésticas y de cuidado².

En un escenario de violencia y discriminación estructural y endémica contra las mujeres, esta situación constituye

1 MEDINA, Cecilia. «Hacia una manera más efectiva de garantizar que las mujeres gocen de sus derechos humanos en el Sistema Interamericano». En ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, SALGADO, Judith y VALLADARES, Lola. *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2009, p. 564.

2 World Economic Forum. *Global Gender Gap Report 2022*. Insight Report. Ginebra, julio 2022; *Investigación sobre la interrelación y los vínculos entre la violencia sexual y la muerte de niñas y adolescentes en la región de América Latina y el Caribe (2010-2019)*. CLADEM, Lima, 2021; CEPAL. *La sociedad del cuidado: horizonte para una recuperación sostenible con igualdad de género*. Naciones Unidas, Santiago, 2022.

un serio desafío para que puedan lograr el pleno respeto y protección de sus derechos humanos. Como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH),

[...] el registro de altas tasas de homicidios por razón de género, desapariciones, acoso y violencia sexual, entre otras formas de violencia, así como la subsistencia de serios obstáculos, les impiden tener un acceso oportuno y sin discriminación a la justicia y a una reparación y protección integral frente a estos actos. Al mismo tiempo, las mujeres también enfrentan barreras para obtener un debido acceso a educación, información y servicios de salud sexual y reproductiva, de manera imparcial, oportuna y culturalmente adecuada. La discriminación contra las mujeres también impide que las mujeres tengan acceso a la igualdad de oportunidades de trabajo y condiciones de empleo, en particular, a igual remuneración que sus colegas varones por un trabajo idéntico, y a un lugar de trabajo libre de acoso sexual³.

Estas violencias solo son posibles en el marco de la consolidación de un modelo que oculta bajo la superficie problemas sistémicos más complejos que únicamente pueden entenderse en el contexto de una desigualdad de género arraigada en la sociedad⁴ y de la existencia de una cultura de discriminación contra las mujeres y las niñas que inci-

3 CIDH. *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y el Caribe*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233/19. 14 de noviembre de 2019, p. 11, párr. 7.

4 Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. *Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género: la violencia contra la mujer*. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk. Misión a México, 13 de enero de 2006. E/CN.4/2006/61/Add.4. Misión a México, p. 5.

den tanto en las razones como en las modalidades de los crímenes contra ellas, así como en las respuestas ineficientes y las actitudes indiferentes de las autoridades públicas frente a estos⁵.

Por ello, este capítulo tiene como objetivo analizar las violencias machistas desde una perspectiva crítica de la masculinidad hegemónica que hace que los hombres y la sociedad normalicen que los primeros no consideren que las tareas del cuidado también son su responsabilidad, que se sientan con el derecho de lanzar una opinión («piropo») sobre el cuerpo de una mujer desconocida que transita por la calle, que se culpabilice a las víctimas de violencia sexual por la ropa que vestían o que la violencia ejercida por hombres maltratadores o feminicidas sea considerada un simple conflicto de pareja o una relación tóxica. Aquí nos centraremos en dos de las expresiones más graves de las violencias machistas: los feminicidios y las violencias sexuales.

1. LA EXPRESIÓN MÁS EXTREMA DE LAS VIOLENCIAS MACHISTAS: LOS FEMINICIDIOS

Los asesinatos son la expresión más extrema de la violencia contra las mujeres, la cual se basa en una serie de estereotipos dominantes y persistentes que las colocan en una situación de supuesta inferioridad frente a los hombres, y que subordinan su autonomía al poder masculino mediante un proceso de «expropiación de la sexualidad, del cuerpo, de los bienes naturales y simbólicos de las mujeres y, sobre

5 Corte IDH. *Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 164.

todo, de su capacidad de intervenir creativamente en el ordenamiento del mundo»⁶.

Tomando en cuenta las estadísticas mundiales sobre muertes violentas, hay cuatro datos a resaltar: primero, el 81% de las víctimas de homicidios son hombres y niños; segundo, la tasa mundial para la población masculina es aproximadamente cuatro veces mayor que la de las mujeres y las niñas; tercero, el 90% de los sospechosos en casos de homicidio son hombres; y, cuarto, las mujeres son víctimas en el 82% de los homicidios cometidos por parejas íntimas. Es evidente que la violencia homicida es un fenómeno mayormente masculino y que las mujeres son quienes soportan la mayor carga de victimización en el contexto de la violencia de pareja⁷.

La primera conclusión ante esto es que los crímenes contra las mujeres «tienden a estar determinados por cuestiones de largo plazo, como los roles de género, las normas sociales, la situación de la mujer en la sociedad, la discriminación y la igualdad de género»⁸. La segunda conclusión es que los hombres llevamos al «enemigo» dentro, pues de la violencia homicida somos tanto víctimas como victimarios⁹. Como lo señala Hooks:

Los varones no son explotados ni oprimidos por el sexismo, pero hay maneras en las que sufren como resultado de este. Este sufrimiento no debe ignorarse. Aunque

6 LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 4ª ed. 2005, pp. 15-16.

7 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Estudio mundial sobre el homicidio 2019*. Resumen ejecutivo. UNODC, Viena, 2019, pp. 30-31.

8 Ibid., p. 31.

9 BACETE, Ritxar. *Nuevos hombres buenos. La masculinidad en la era del feminismo*. Ediciones Península, Barcelona, 2017, p. 243.

de ninguna manera disminuye la gravedad del abuso y la opresión masculina sobre las mujeres, o niega la responsabilidad masculina por sus acciones explotadoras, la experiencia del dolor masculino puede servir como un catalizador, llamando la atención sobre la necesidad de cambio. Reconocer las consecuencias¹⁰.

En este orden de ideas, la violencia contra las mujeres es sólo un componente de la tríada de la violencia masculina compuesta también por la violencia contra otros hombres y la violencia contra sí mismo. Estos tres componentes se refuerzan entre sí:

El primero, la violencia contra las mujeres, no se puede afrontar eficazmente sin, al mismo tiempo, desafiar los otros dos componentes. Esto requiere el desmantelamiento de la fuente social de la violencia; o sea, de las sociedades patriarcales, heterosexistas, autoritarias y clasistas. Estos tres componentes y las sociedades en las cuales florecen se apoyan entre sí. Y juntos, suponemos, se derrumbarán¹¹.

En consecuencia, el desmantelamiento de estos tres componentes requiere el reconocimiento de la necesidad de reflexionar sobre la dimensión individual y la dimensión social de la estructura que los sostiene. En virtud de la primera, las estadísticas y el contexto nos indican que «ser macho mata», ya que lo que provoca tanta violencia contra las mujeres y hacia otros hombres «es la pervivencia de un determinado modelo de varón que tiene incorporada la violencia

10 HOOKS, Bell. *Teoría feminista: de los márgenes al centro*. Traficantes de Sueños, Madrid, 2020, p. 125.

11 KAUFMAN, Michael. *Hombres. Placer, poder y cambio*. CIPAF, Santo Domingo, 1989, pp. 20 y 43-56.

como parte de su identidad. Esta, junto con la posesión de poder y la negación de lo femenino, vendrían a conformar el triángulo perverso que ha servido durante siglos para perpetuar la subordinación de las mujeres»¹².

Pero, además, es importante resaltar que este tipo de masculinidad se funda en dos sensaciones que experimentan los hombres: por un lado, la sensación de tener el control, por lo que la violencia puede resultar reparadora al devolver la situación al momento anterior a que sienten fragilidad y dependencia, o que su hombría se ve comprometida; y, por otro lado, la sensación de estar en su derecho o legitimidad, ya que «solo aquel que se siente legitimado para ello emplea la violencia para restaurar lo que ha sentido amenazado, esa parte de nosotros que, por un instante, se ha revelado frágil. Si alguien no se siente con derecho a usar la violencia, ni por toda la fragilidad del mundo agrediría a nadie»¹³.

Con respecto a la segunda, existen múltiples factores estructurales que perpetúan la discriminación contra las mujeres e incrementan su situación de riesgo, entre los cuales destacan el machismo, el patriarcado, la prevalencia de estereotipos sexistas, la discriminación histórica conectada al tejido y la tolerancia sociales frente a la violencia contra ellas «en todas sus dimensiones, física, psicológica, sexual, económica y otras»¹⁴. De esta manera, la violencia contra las mujeres es muchas cosas a la vez: por un lado, es el hombre individual ejerciendo su poder patriarcal sobre una

12 SALAZAR, Octavio. *El hombre que no deberíamos ser. La revolución masculina que tantas mujeres llevan siglos esperando*. Planeta, 2018, p. 32.

13 KIMMEL, Michael. *Hombres (blancos) cabreados. La masculinidad al final de una era*. Traducción de Daniel Esteban Sanzol. Barlin Libros, Valencia, 2ª edición 2019, pp. 266-267.

14 CIDH. *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes... op. cit.*, pp. 49-50, párr. 94.

mujer «y, al mismo tiempo, la violencia de una sociedad jerárquica, autoritaria, sexista, clasista, militarista, racista, impersonal e insensata proyectada a través de un hombre individual hacia una mujer individual»¹⁵.

En virtud de ello, aunque Bobbio argumentaba que el proceso de democratización no podrá considerarse realizado plenamente si no son afectados por él los dos grandes bloques que existen en la cúspide de nuestras sociedades, es decir, la empresa y el aparato administrativo del Estado¹⁶, es necesario incluir un tercer bloque para romper con las opresiones que se ejercen en el ámbito privado, particularmente dentro de la familia, ya que cualquier proceso de democratización «es imposible sin una despatriarcalización de las relaciones interpersonales»¹⁷. Solo si se acaba con la familia patriarcal, se «acabará con una subestructura necesaria del Estado autoritario»¹⁸.

En este orden de ideas, las palabras de Alexandra Kollontai, pronunciadas el siglo pasado, hoy resuenan con gran actualidad:

La aspiración de las mujeres a la igualdad de derechos no puede verse plenamente satisfecha mediante la lucha por la emancipación política, la obtención de un doctorado u otros títulos académicos, o un salario igual ante el mismo trabajo. Para llegar a ser verdaderamente libre, la mujer deberá desprenderse de las cadenas que le arroja encima la forma actual, trasnochada y opresiva de la familia. Para

15 KAUFMAN, Michael. *Hombres. Placer, poder y cambio... op. cit.*, p. 21.

16 BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia... op. cit.*, p. 35.

17 GARGALLO CELENTANI, Francesca. «La transformación feminista como revolución social. Una mirada desde los feminismos de los pueblos»... *op. cit.*, p. 15.

18 GREER, Germaine. *La mujer eunuco*. Trad. de Mireia Boffil y Heide Braun. Editorial Kairós, Barcelona, 2004, p. 443.

la mujer, la solución del problema familiar no es menos importante que la conquista de la igualdad política y el establecimiento de su total independencia económica. Las formas actuales, dispuestas por la ley y la costumbre, de la estructura familiar hacen que la mujer se vea oprimida no solo como persona, sino también como esposa y como madre¹⁹.

En la misma línea, Ferrajoli sostiene que la situación

[...] más dramática de opresión de la diferencia femenina [...] es, sin embargo, el estado de verdadera esclavitud doméstica producido por la violencia masculina, del que son víctimas muchas mujeres y que, en los casos extremos, llega al femicidio [...]. Se trata de un dominio y de una sujeción absolutos, casi siempre invisibles, que muy bien permiten hablar de *esclavitud* y de *totalitarismo doméstico*, dado que la fuerza amenazante del conviviente violento genera un estado de angustia y terror que anula totalmente la libertad y la dignidad de la mujer²⁰.

Consecuentemente, para eliminar las estructuras que producen violencias y discriminaciones también se requiere tomar conciencia de que «el patriarcado y sus instituciones son una auténtica escuela de desigualdad humana» y, por tanto, no es posible cambiar la organización social del Estado sin la transformación de las mentalidades y la vida cotidiana que se desarrolla tanto en lo público como en lo privado²¹. Este es el profundo sentido de la frase «Lo Per-

19 KOLLONTAI, Alexandra. *Amor rojo*. Prólogo de Michael Hardt. Verso, Barcelona, 2023, p. 36.

20 FERRAJOLI, Luigi. *Manifiesto por la igualdad*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2019, pp. 29-30.

21 MIGUEL, Ana de. *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Madrid, 16ª ed. 2021, p. 319.

sonal es político»²², que «ha iluminado y ampliado nuestra concepción sobre cómo actúa el poder, sobre cómo se mantiene y reproduce un sistema de dominación»²³.

De esta manera, podemos comprender que no se puede aislar la política como mecanismo para decidir el destino de una sociedad a la luz de los valores democráticos de la igualdad, libertad, justicia y solidaridad, de las discriminaciones, exclusiones y violencias que sufren las mujeres en el ámbito privado y, que pese a ser vividas en el plano individual, forman parte de un sistema colectivo que las deshumaniza. «Se trata, entonces, de un problema político que requiere de soluciones políticas»²⁴. En este sentido, Celia Amorós plantea que el patriarcado es el más ancestral e implacable sistema de codificación; es como una

[...] máquina de generar prestigio y desprestigio, de adjudicación sistemática de los géneros masculino y femenino, respectivamente, a las tareas socialmente prestigiadas y desprestigiadas. Para las mujeres, se acumula y se refuerza el desprestigio: trabajo doméstico en el interior del hogar y trabajo doméstico fuera del hogar (en tareas de cuidado asalariadas), economía del trabajo doméstico fuera del hogar y, por último, del trabajo extra doméstico dentro del hogar²⁵.

22 HANISCH, Carol. «The personal is political». En *Notes from the Second Year: Women's Liberation*. New York, 1970, pp. 76-78.

23 MIGUEL, Ana de. *Neoliberalismo sexual... op. cit.*, p. 302.

24 FACIO, Alda, et al. *¿Por qué lo personal es político?* Asociadas por lo Justo, 2013, p. 7. Consultado el 2 de abril de 2023. Accesible en: https://justassociates.org/sites/justassociates.org/files/dv_3_-_por_lo_personal_es_politico.pdf. En AMORÓS, Celia. «Globalización y orden de género». En AMORÓS, Celia y MIGUEL, Ana de (Eds.). *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo*. Minerva Ediciones, Madrid, 2005, p. 329.

25 AMORÓS, Celia. «Globalización y orden de género». En AMORÓS, Celia y MIGUEL, Ana de (Eds.). *Teoría feminista: de la ilustración a la*

Si bien los hombres también pueden ser objeto de abusos a sus derechos, las mujeres se ven «afectadas por formas diferenciadas de violencia, con connotaciones y naturaleza claramente sexual y enfocada en partes íntimas de sus cuerpos, cargada de estereotipos en cuanto a sus roles sexuales, en el hogar y en la sociedad, así como en cuanto a su credibilidad, y con el distintivo propósito de humillarlas y castigarlas por ser mujeres»²⁶. En este sentido, «la violencia ejercida contra las mujeres puede ser entendida ya no como un fin en sí mismo, sino como un medio para disciplinar, pero también para preservar, consolidar y reproducir un determinado orden de cosas que tiene a la desigualdad de género como pilar fundamental»²⁷.

Indudablemente, uno de los avances cualitativos que se han dado en los últimos años en materia de igualdad de género es comprender que las violencias contra las mujeres y las niñas es un asunto de interés público, ya que se ponen en juego sus derechos fundamentales, «empezando por el esencial, que es el derecho a la vida»²⁸.

La fundamentalidad de este derecho radica en que es un prerrequisito y presupuesto esencial para el disfrute del resto de derechos, pues sin su respeto y garantía estos carecen de sentido. Por tanto, dicho derecho no admite un enfoque restrictivo al momento de abordarlo.

globalización. De los debates sobre el género al multiculturalismo. Minerva Ediciones, Madrid, 2005, p. 329.

26 Corte IDH. *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018, párr. 211.

27 GARCÍA SÁEZ, José Antonio. *Una exploración jurídico-filosófica a lo que pueden aportar los estudios sobre masculinidades a la lucha contra la violencia de género*. Papeles el tiempo de los derechos. N° 10. Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, 2020, pp. 12-13.

28 SALAZAR, Octavio. *El hombre que no deberíamos ser... op. cit.*, pp. 36-37.

En virtud de ello, el derecho a la vida tiene un doble significado: por un lado, implica que ninguna persona sea privada de la vida arbitrariamente y, por otro, que a nadie se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. En este orden de ideas, los «Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él»²⁹.

Por lo anterior, el derecho a la vida forma parte del núcleo inderogable y no puede ser suspendido en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad³⁰. En este orden de ideas, supone para el Estado una obligación negativa, en el sentido de prevenir que a ninguna persona se le prive de su vida de forma arbitraria, y una obligación positiva, en tanto que debe adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar este derecho³¹. Por tanto, su protección activa involucra a toda institución estatal, desde personas legisladoras hasta quienes forman parte de las fuerzas de policía o las fuerzas armadas³².

29 Corte IDH. *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 144; Íd. Corte IDH. *Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2017, párr. 100.

30 Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015, párr. 257.

31 Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015, párr. 97.

32 Corte IDH. *Caso Ortiz Hernández y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2017, párr. 101; Íd., *Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2018, párr. 107.

Existen cuatro aspectos muy importantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en su abordaje del derecho a la vida: en primer lugar, el uso del enfoque de la dignidad, que implica para el Estado, en su condición de garante, la obligación ineludible de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad humana a través de la adopción de medidas positivas, concretas y orientadas a su satisfacción, particularmente cuando «se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria», debido a la afectación de «su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva [...]»³³.

En segundo lugar, el enfoque del riesgo, en el sentido que el Estado está en la obligación de prevenir y proteger el derecho a la vida en una situación de riesgo real e inminente que las autoridades conocen o deben conocer³⁴. Al tener conocimiento de ello, las autoridades deben identificar o valorar si la persona requiere de medidas de protección o si se debe remitir a la autoridad competente para hacerlo³⁵. Para la Corte IDH, la obligación de garantizar el derecho a la vida presupone el deber estatal de prevenir las violaciones a dicho derecho, lo cual

33 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Las citas textuales corresponden, en su orden, a los párrafos 162 y 163.

34 Corte IDH. *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2014, párr. 184.

35 Corte IDH. *Caso Yarce y otras Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, párr. 193.

[...] abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado³⁶.

En este sentido, tales medidas deben ser integrales para cumplir con la debida diligencia cuando se trata de violencia contra las mujeres, particularmente en un contexto de feminicidios que se fraguan en la desigualdad estructural entre mujeres y hombres, así como en la dominación de los segundos sobre las primeras y que tienen en la violencia de género un mecanismo de reproducción de la opresión de las mujeres. De estas condiciones estructurales

[...] surgen otras condiciones culturales como son el ambiente ideológico y social de machismo y misoginia, y de normalización de la violencia contra las mujeres. Se suman también, ausencias legales y de políticas democráticas con contenido de género del gobierno y de los órganos de justicia del Estado, lo que produce impunidad y genera más injusticia, así como condiciones de convivencia insegura, pone en riesgo su vida y favorece el conjunto de actos violentos contra las niñas y las mujeres. Contribuyen al feminicidio el silencio social, la desatención, la idea de que hay problemas más urgentes y la vergüenza y el enojo

36 Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 139.

que no conminan a transformar las cosas sino a disminuir el hecho y demostrar que no son tantas «las muertas» o, aquí no ocurre lo mismo que en Juárez, la India o Guatemala, o se afirma también, no se trata de feminicidio, sólo son crímenes contra niñas y mujeres³⁷.

En virtud de ello, los Estados deben a) contar con un adecuado marco jurídico de protección, b) con una aplicación efectiva del mismo y c) con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. Todo ello debe estar orientado a prevenir los factores de riesgo y a fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva ante esta violencia contra las mujeres.

Cuando existe un contexto y patrones de violencias machistas que son conocidos por el Estado, éste tiene el deber reforzado de proteger a las mujeres en situación de vulnerabilidad mediante la elaboración e implementación de una política general de prevención. Y cuando el Estado, dado este contexto, tiene conocimiento de la existencia de un riesgo real e inmediato de que las víctimas puedan ser agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas,

[...] surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenan-

37 LAGARDE, Marcela. «Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres». En BULLEN, Margaret y DíEZ MINTEGUI, Carmen (Coord.). *Retos teóricos y nuevas prácticas*. Ankulegi, San Sebastián, 2018, p. 217.

do medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido³⁸.

En tercer lugar, para establecer que se ha producido una violación al derecho a la vida, no se requiere determinar la culpabilidad o intencionalidad de quienes son responsables, y tampoco es preciso identificarlos individualmente. Es suficiente demostrar que se han verificado acciones u omisiones de las autoridades de un Estado que han permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación estatal que haya sido incumplida³⁹. En tal sentido,

los Estados deben adoptar las medidas que sean necesarias para establecer a) un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y b) un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, sancionar y reparar su violación por parte de agentes estatales o particulares⁴⁰.

38 Corte IDH. *Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas ... *op. cit.*, párrs. 258 y 281-283.

39 Corte IDH. *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 263.

40 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 217.

2. LA VIOLENCIA SEXUAL COMO CANIBALISMO Y CONSUMICIÓN DEL CUERPO

El principio de autonomía juega un papel fundamental para el libre desarrollo de la personalidad y dignidad de las mujeres, por lo que en un Estado de derecho las instituciones deben asegurar dicha autonomía a fin de que sean ellas, «en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal»⁴¹.

En consecuencia, la autonomía personal valora la libre elección y materialización de las concepciones y planes de vida, y el Estado no debe interferir ni permitir que personas particulares interfieran en esa elección, «limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución»⁴².

Una situación que impacta gravemente en la autonomía de las mujeres sobre sus cuerpos es la violencia sexual que se comete contra ellas sin su consentimiento y que, además de implicar la invasión física, «puede incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno»⁴³. La violación sexual «forma parte del proceso de intimidación masculina del que son víctimas todas las mujeres, no solo las que han sido violadas», ya que saben que son víctimas potenciales y, por tanto, deben limitar su libertad en el

41 PRIETO SANCHÍS, Luis. «Neconstitucionalismo y ponderación judicial». En CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Editorial Trotta, Madrid, 2ª ed. 2005, pp. 124-125.

42 NINO, Carlos Santiago. «Autonomía y necesidades básicas». En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N° 7. Universidad de Alicante, Alicante, 1990, p. 24; Íd. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Ariel, Barcelona, 1989, pp. 204-205.

43 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 109.

ámbito público. En este sentido, el mensaje de la violencia contra las mujeres es claro: «una mujer ‘sola’ está en peligro. Y funciona como un mecanismo eficaz para retenerlas en el espacio que siempre les asignó el patriarcado: el espacio privado»⁴⁴. En palabras de Segato:

Uso y abuso del cuerpo del otro sin que este participe con intención o voluntad, la violación se dirige al aniquilamiento de la voluntad de la víctima, cuya reducción es justamente significada por la pérdida de control sobre el comportamiento de su cuerpo y el agenciamiento del mismo por la voluntad del agresor. La víctima es expropiada del control sobre su espacio-cuerpo. [...] Control irrestricto, voluntad soberana arbitraria y discrecional cuya condición de posibilidad es el aniquilamiento de atribuciones equivalentes en los otros y, sobre todo, la erradicación de la potencia de estos como índices de alteridad o subjetividad alternativa. En ese sentido, también este acto está vinculado a la consumición del otro, a un canibalismo mediante el cual el otro perece como voluntad autónoma y su oportunidad de existir solamente persiste si es apropiada e incluida en el cuerpo de quien lo ha devorado. Su resto de existencia persiste solo como parte del proyecto del dominador⁴⁵.

44 MIGUEL, Ana de. *Neoliberalismo sexual... op. cit.* Ambas citas textuales corresponden a la p. 261.

45 SEGATO, Rita Laura. *La guerra contra las mujeres*. Traficantes de Sueños, Madrid, 2016, p. 38. «La violación, la dominación sexual, tiene también como rasgo conjugar el control no solamente físico sino también moral de la víctima y sus asociados. La reducción moral es un requisito para que la dominación se consume y la sexualidad, en el mundo que conocemos, está impregnada de moralidad» (p. 47). «La rapiña que se desata sobre lo femenino se manifiesta tanto en formas de destrucción corporal, sin precedentes, como en las formas de trata y comercialización de lo que estos cuerpos puedan ofrecer, hasta el último límite. A pesar de todas las victorias en el campo del Estado y de la multiplicación de leyes y políticas públicas de protección para las mujeres, su vulnerabilidad frente a la violencia ha aumentado, especialmente la ocupación depredadora

La violación sexual es una forma paradigmática de violencia contra las mujeres, pues «supone la aniquilación de la posición moral»⁴⁶ y sus consecuencias trascienden a la propia víctima, particularmente en contextos de conflictos armados en los que es utilizada como un medio simbólico para humillar a la parte contraria o como un medio de castigo y represión con el fin «de causar un efecto en la sociedad a través de esas violaciones y dar un mensaje o lección»⁴⁷, y «de destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual»⁴⁸.

Segato señala que este tipo de ataques al cuerpo de las mujeres constituye una exhibición del arbitrio, un espectáculo de la impunidad ante toda la sociedad, de la soberanía jurisdiccional, de dueñidad sobre un territorio y del cuerpo femenino como parte y emblema de ese territorio.

Los dueños del lugar expresan su control territorial al «escribir» en el cuerpo de las mujeres, como sobre un basidor o un pizarrón, su capacidad de desaparecer, hacer sufrir y matar. Propongo, así, leer el aspecto expresivo, comunicativo de esos ataques que pasaron a ser llamados «feminicidios de Ciudad Juárez», y digo también que ahí se estabiliza un lenguaje, porque de todos los elementos de la cultura el lenguaje es el artefacto más automático de todos. De modo tal que, cuando un lenguaje se estabiliza, romperlo, retirarlo de esa posición, es muy difícil. Lo

de los cuerpos femeninos o feminizados en el contexto de las nuevas guerras» (p. 58).

46 MIGUEL, Ana de. *Ética para Celia. Contra la doble verdad*. Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2022, p. 29.

47 Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, párr. 165.

48 Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 59.

sabemos las mujeres con nuestros esfuerzos constantes por desestabilizar un lenguaje binario [...], y la universalización del artículo y de los sustantivos masculinos [...]. De la misma manera, para Ciudad Juárez, las violaciones multitudinarias, crueles, la tortura hasta la muerte de las mujeres por medios sexuales, el mensaje de esos cuerpos que son encontrados en el desierto, en los baldíos, constituyen, por encima de cualquier otra cosa, un lenguaje con el que el poder habla y dice «acá estoy»⁴⁹.

En palabras de la Corte IDH, la violación sexual forma parte de una violencia extrema contra las mujeres que busca intimidarlas, anular su personalidad y subyugarlas, es decir, afirmar una posición de subordinación y una relación de poder y de dominio patriarcal sobre ellas. Por ello es fundamental tener en cuenta el papel central «que ocupa la discriminación al analizar las violaciones de los derechos humanos de las mujeres y su adecuación a la figura de la tortura y los malos tratos desde una perspectiva de género»⁵⁰.

En este orden de ideas, la intensidad del sufrimiento que puede generar una violación sexual es de tal magnitud que, al integrarse dicha perspectiva en su análisis, permite examinar «de un modo más preciso su carácter, su gravedad y su arraigo en pautas discriminatorias»⁵¹ y determinar que constituye un acto de tortura si se cumplen los siguientes requisitos: a) es intencional; b) causa severos sufrimien-

49 SEGATO, Rita Laura. *Contra-Pedagogías de la crueldad*. Prometeo Libros. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, p. 69.

50 Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018, párr. 188.

51 Corte IDH. *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020, párr. 150.

tos físicos o mentales, y c) se comete con determinado fin o propósito⁵². Además,

Con el fin de analizar la severidad del sufrimiento padecido, [se] debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. Para ello, se deben considerar las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales que éstos pueden causar, así como las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos, la edad, el sexo y el estado de salud, entre otras circunstancias personales⁵³.

En tal sentido, un acto de tortura puede ser perpetrado tanto mediante actos de violencia física y actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral severo, el cual es inherente a la violación sexual, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. Es evidente que no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales, pero sí que todas las víctimas experimentan serios daños y secuelas psicológicas, incluso sociales⁵⁴.

La situación se agrava cuando se trata de mujeres detenidas y de menores de edad. Con respecto a las primeras, una violación sexual de una mujer que se encuentra bajo la custodia de un agente del Estado «es un acto especialmente

52 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 125; Íd. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 110.

53 Ibid., párr. 112.

54 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas ... *op. cit.*, párrs. 111-112 y 114.

grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente»⁵⁵.

En relación con las segundas, las niñas tienen una especial vulnerabilidad, especialmente en la esfera familiar, así como mayores obstáculos y factores en contra en su búsqueda de justicia. Algo esencial a resaltar es que, aunque la violación haya sido cometida por un particular, el Estado es responsable de adoptar políticas integrales para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, tomando particularmente en cuenta los casos en que sea menor de 18 años y exista un contexto de violencia contra ellas.

Además, cuando el Estado tampoco es capaz de dar una eficiente respuesta judicial a este tipo de casos

[...] propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra la mujer puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia⁵⁶.

Por tal razón el Estado debe extremar sus obligaciones de debida diligencia y de adopción de medidas de protección, y llevar a cabo las investigaciones y el proceso penal con una perspectiva de género y niñez para abordar ade-

55 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, párr. 182.

56 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, párrs. 290-291.

cuadamente los efectos de la violación sexual en la niña, y evitar revictimizarla. No hacerlo así implica que el Estado se convierte en un segundo agresor al cometer varios actos revictimizantes que pueden hacerle revivir momentos traumáticos. De esta manera, la víctima es violentada doblemente: por la violencia sexual por parte de un particular y por la violencia institucional durante el procedimiento judicial, al cual se acudió buscando protección y justicia, pero el Estado no solo no cumplió con la debida diligencia reforzada y protección especial requerida, «sino que respondió con una nueva forma de violencia»⁵⁷.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE PREVENIR E INVESTIGAR LAS VIOLENCIAS MACHISTAS

Es una realidad macabra que en la mayoría de países de la región no solamente continúan las muertes violentas de mujeres, niñas y adolescentes, sino que también existe lo que Rita Segato llama la «ruptura de la memoria», dado que los cuerpos hoy ya no se abandonan en los «campos algodoneros»⁵⁸, sino en cualquier lugar donde está garantizada la impunidad a los victimarios debido, en gran medida, a la visión patriarcal con la que se han construido las instituciones de Estado que deben prevenir, investigar, sancionar y reparar estos crímenes, y a las resistencias hegemónicas para evitar romper con las barreras que separan artificialmente los ámbitos públicos y privados en donde las violencias machistas se desarrollan.

57 Ibid., párrs. 292, 295, 297-298.

58 Se refiere al reconocido caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México por el que la Corte IDH determinó la responsabilidad internacional del Estado por la falta de diligencia en las investigaciones relacionadas a la desaparición y feminicidio de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez.

El caso «Campo Algodonero» reveló la aparición de una forma de violencia contra las mujeres que es completamente novedosa, porque el daño a sus cuerpos se da en el contexto de las nuevas formas de la guerra, en bolsones de América Latina donde se observa la expansión de poderes paraestatales que cada vez más controlan la vida de muchos sectores de la población⁵⁹. En palabras de Segato:

Las nuevas formas de la guerra, caracterizadas por la informalidad, se despliegan hoy en un espacio intersticial que podemos caracterizar como paraestatal porque se encuentra controlado por corporaciones armadas con participación de efectivos estatales y paraestatales. En esa esfera de paraestatalidad en franca expansión, la violencia contra las mujeres ha dejado de ser un efecto colateral de la guerra y se ha transformado en un objetivo estratégico de este nuevo escenario bélico⁶⁰.

Frente a los feminicidios, es importante destacar que la jurisprudencia de la Corte IDH ha aportado importantes elementos para su comprensión y abordaje con perspectiva de género: en primer lugar, la relación entre feminicidio y violencia sexual, dado que, en muchos de los casos, las mujeres que son privadas de la vida previamente o de forma posterior son violentadas sexualmente. El tribunal interamericano ha señalado que existen patrones que indican que las víctimas de homicidios por razones de género generalmente presentaban signos de violencia sexual, por lo que la realización de autopsias debe asegurar que se examinen «cuidadosamente las áreas genitales en búsqueda de seña-

59 SEGATO, Rita Laura. *Contra-Pedagogías de la crueldad... op. cit.*, p. 69.

60 SEGATO, Rita Laura. *La guerra contra las mujeres... op. cit.*, p. 57.

les de abuso sexual, así como preservar líquido oral, vaginal y rectal, y vello externo y púbico de la víctima»⁶¹.

En segundo lugar, las víctimas también presentan lesiones o mutilaciones en sus cuerpos, tales como amputaciones de pechos y genitales, heridas en el cráneo, cortaduras en las orejas y mordiscos en las extremidades superiores. Esta crueldad requiere que las autoridades estatales realicen investigaciones *ex officio* sobre las posibles connotaciones discriminatorias por razón de género en un acto de violencia cometido contra una mujer, especialmente cuando existen indicios claros de violencia sexual o evidencias de ensañamiento contra su cuerpo, como es el caso de las mutilaciones⁶².

En tercer lugar, los antecedentes de violencia en relación con el victimario. Las mujeres viven en contextos de mucha violencia tanto en lo público como en lo privado, y normalmente sus agresores son personas cercanas dentro de su espacio familiar, laboral, comunitario y hasta organizativo. Esto permite identificar que las mujeres viven violencias previas a la concurrencia de un feminicidio. En numerosas ocasiones, las mujeres que fueron asesinadas habían presentado denuncias previas contra sus agresores, habían experimentado situaciones graves de violencia doméstica o habían sido víctimas de ataques o intentos de homicidio en el pasado⁶³.

La falta de protección a las víctimas después de haber denunciado no solo revela ineficacia, negligencia u omisión

61 Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 178.

62 Corte IDH. *Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas ... *op. cit.*, párrs. 138 y 178.

63 CIDH. *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes...* *op. cit.*, p. 80, párr. 160.

por parte de las autoridades, sino también tolerancia frente a las violencias contra ellas, lo cual «no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra la mujer»⁶⁴. La ineficacia, negligencia o indiferencia frente a las denuncias de las víctimas puede constituir en sí misma una discriminación basada en género en relación con su derecho al acceso a una justicia pronta y efectiva⁶⁵.

Y, en cuarto lugar, la desaparición o incomunicación de la víctima. Para la Corte IDH, cuando existe un contexto de violencia contra las mujeres que indica que hay un riesgo real e inmediato de que una mujer, cuyo paradero se desconoce, pueda ser agredida sexualmente, sometida a vejámenes y asesinada,

[...] surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida has-

64 CIDH. *Informe N° 54/01. Caso 12.051. Maria Da Penha Maia Fernandes. Brasil*. Análisis de los méritos del caso. 16 de abril de 2001, pp. 44, 55-56.

65 Corte IDH. *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas ... *op. cit.*, párr. 208.

ta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido⁶⁶.

En virtud de todo lo anterior, el feminicidio no es un delito accidental, es decir, no existen los feminicidios culposos, ya que éstos constituyen crímenes de odio en contra de las mujeres, los cuales requieren como terreno fértil para su perpetuación en el tiempo un cuadro de colapso institucional y una

[...] fractura del Estado de derecho que favorece la impunidad [...] derivada de pésimas investigaciones y movilización policiaca; ministerios públicos dolosos y machistas que desatienden las denuncias de las víctimas y jueces misóginos, para quienes la vida de las mujeres es secundaria, o muestran un claro sesgo descalificador y culpabilizador de las mujeres; procuradores para quienes la reiteración de los hechos no constituye un problema ni les quita el sueño; legisladores insensibles a su función normativa y de representación de las necesidades y los intereses de las ciudadanas y de la ciudadanía que quiere convivir en paz; para quienes la violencia contra las mujeres no es un problema prioritario; y gobiernos implicados en la violencia al mantener una organización social articulada, por lo menos en parte, fuera del Estado de derecho y de la ley⁶⁷.

Los feminicidios podrían catalogarse como parte de lo que Han llama «violencia pura», en el sentido de que se le despoja de todo contexto comunicativo. De esta manera, «al

66 Corte IDH. *Caso González y otras («Campo Algodonero») Vs. México...* op. cit., párr. 283.

67 LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. «Introducción. Por la vida y la libertad de las mujeres. Fin al feminicidio». En RUSSELL, Diana E. H. y HARMES, Roberta A. *Feminicidio: una perspectiva global, México*. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 18-19.

autor de la violencia pura le resulta irrelevante lo que el otro *haga*. Y lo que importa tampoco es la obediencia. Al fin y al cabo, la obediencia sigue siendo un acto comunicativo. Lo que se intenta más bien es *extinguir por completo* el hacer del otro, su voluntad, es más, la libertad y la dignidad del otro. La violencia pura pretende un exterminio completo de la *alteridad*»⁶⁸.

REFLEXIÓN FINAL

Es importante destacar tres cuestiones: en primer lugar, no podemos ignorar que el impacto diferenciado de las violencias en los derechos de las mujeres se basa en prejuicios y patrones socioculturales profundamente arraigados en nuestras sociedades; por tal razón, no es suficiente que los Estados las investiguen y sancionen *a posteriori*, sino que es imperativo que, *a priori*, implementen «programas, políticas o mecanismos para activamente luchar contra estos prejuicios y garantizar a las mujeres una igualdad real»⁶⁹.

En segundo lugar, lo que provoca tanta violencia contra las mujeres es la pervivencia de un modelo de ser hombre que en ocasiones necesita recurrir a la violencia con el fin de alcanzar o mantenerse en el poder, para restaurar el orden establecido o simplemente para sancionar la sumisión de quienes deben admirarlo y obedecerlo. Por ello,

[...] es tan habitual que se den situaciones extremas de violencia cuando una mujer decide romper una relación y separarse del novio, marido o amante. El sentido posesivo del amor lleva en este caso al terrible «la maté porque era

68 HAN, Byung-Chul. *Sobre el poder*. Trad. de Alberto Ciria. Herder, Barcelona, 2016, p. 40.

69 Corte IDH. *Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2017, párr. 173.

mía». Durante siglos, además, toda la sociedad, así como los poderes públicos, entendieron que lo que ocurría en el contexto de una pareja o un matrimonio era algo estrictamente privado, por lo que nadie estaba legitimado para intervenir⁷⁰.

La violencia que ejercemos los hombres en contra de las mujeres y las personas feminizadas por el patriarcado es una muestra del largo camino que nos queda por recorrer⁷¹; por ello, como lo señala la CIDH, es necesario que los Estados realicen

[...] esfuerzos coordinados y multifacéticos tanto a nivel nacional como local que permitan: asegurar la sostenibilidad y el alcance de las medidas adoptadas; garantizar la ejecución de iniciativas para la promoción de la igualdad de género, en particular la eliminación de la violencia contra la mujer; lograr la plena incorporación de la perspectiva de género en todos los sectores; y continuar los esfuerzos para cumplir con sus obligaciones en materia de debida diligencia. [...] la Comisión advierte la exigencia de desarmar patrones socioculturales discriminatorios y estereotipados profundamente arraigados en los países de la región que resultan en la vulneración de los derechos de las mujeres. A su vez, es necesario hacer frente a nuevas y complejas formas de violencia contra ellas y demás obstáculos que continúan impidiendo el pleno goce de los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes⁷².

70 SALAZAR, Octavio. *El hombre que no deberíamos ser... op. cit.*, p. 36.

71 FEDERICI, Silvia. *Reencantar el mundo. El feminismo y la política de los comunes*. Trad. María Aranzazu Catalán Altuna. Traficantes de Sueños, Madrid, 2020, p. 278.

72 CIDH. *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233. 14 noviembre 2019, p. 145, párr. 310.

Y, en tercer lugar, es preciso resaltar que lo que comparten todos los condenados por violencias machistas es el hecho de ser hombres que, con independencia de su edad, cultura, formación, nivel económico, religión, etc., siguen un determinado modelo de masculinidad que genera desigualdad, razón última de tales violencias.

En consecuencia, no se podrá acabar o reducir al máximo la violencia de género si no reflexionamos sobre dos cuestiones fundamentales: uno, la manera en que los hombres nos seguimos «construyendo, de acuerdo con un modelo hegemónico que continúa basándose en gran medida en el uso de la violencia, ligada al poder y al dominio»⁷³, y en «la cosificación de las mujeres como primer paso hacia la dominación, la explotación y la violencia extrema»⁷⁴.

Dos, la comprensión de la «ontología patriarcal» para reconocer —con el fin de cambiar este modelo— «que nuestra cultura ha edificado dos sentidos de la vida opuestos, una doble verdad, y que ha llegado un momento en que esta es una de las contradicciones que nos está llevando al fracaso de la humanidad»⁷⁵.

73 SALAZAR, Octavio. *El hombre que no deberíamos ser... op. cit.*, pp. 31-32.

74 PULEO, Alicia. «Ese oscuro objeto del deseo: cuerpo y violencia» ... *op. cit.*, p. 131. Como lo plantea Federici, «las feministas han sacado a la luz y han denunciado las estrategias y la violencia por medio de las cuales los sistemas de explotación, centrados en los hombres, han intentado disciplinar y apropiarse del cuerpo femenino, poniendo de manifiesto que los cuerpos de las mujeres han constituido los principales objetivos —lugares privilegiados— para el despliegue de las técnicas de poder y de las relaciones de poder». En FEDERICI, Silvia. *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Traficantes de Sueños, Madrid, 2010, p. 27.

75 MIGUEL, Ana de. *Ética para Celia... op. cit.*, p. 125. «[...] la filosofía y la ética siempre han construido una doble verdad sobre el sentido de la vida y sobre los límites que nos debemos imponer. La filosofía y la ética han instaurado y legitimado un sentido de la vida distinto, a menudo opuesto, para los hombres y las mujeres; unas normas de lo valioso y lo bueno para las chicas, y otras para los chicos» (p. 20).

Por ello es fundamental que las políticas públicas orientadas a abordar las violencias y discriminaciones contra las mujeres incorporen un componente de involucramiento activo de los hombres en la lucha contra la violencia patriarcal, tanto en el ámbito privado como público, «mediante la difusión de normas y valores culturales que promuevan la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de los roles de género estereotipados»⁷⁶.

Dicho involucramiento es esencial para poner el foco sobre la responsabilidad que tenemos los hombres en la «triada de la violencia masculina» y en la necesidad de replantear «todas nuestras estructuras, acabar con la cultura que sublima la violencia y el poder masculino para crear otra más igualitaria y pacífica que promueva el bien común, el buen trato, la diversidad y el amor»⁷⁷.

Los hombres tenemos la obligación de sumarnos a la lucha de las mujeres en la construcción de una sociedad montada sobre la igualdad y el cuidado, pues, como lo señala Amelia Valcárcel, las mujeres vienen

[...] trabajando en ello desde hace más de tres siglos y edificando con esfuerzo, pero también con gozo, una civilización feminista. En el panorama de la globalización, solamente el feminismo puede introducir criterio, sensatez y aire fresco. Tiene centro de gravedad reciente porque lo toma de los obstáculos que va venciendo [...]. No le arredra el debate del multiculturalismo, no teme expurgar convenientemente las tradiciones culturales y religiosas, no evita el enfrentamiento. [...]. Y se sabe en el deber de conservarlo mientras lo hace éticamente ha-

76 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Estudio mundial sobre el homicidio 2019... op. cit.*, p. 43.

77 HERRERA, Coral. *Hombres que ya no hacen sufrir por amor. Transformando las masculinidades*. Los Libros de la Catarata, Madrid, 2019, pp. 125-126.

bitable. Bastante brega hay en saber cuáles y cómo son los modos de vida de los que dependen las nuevas libertades de las mujeres y cómo pueden mantenerse al par que el equilibrio ecológico insoslayable. Ese es el campo civilizatorio e innovador que tenemos abierto. Cómo conservar sin retroceder porque lo nuestro, lo femenino, ha sido el agua, la limpieza y, desde el inicio, la condición de posibilidad⁷⁸.

78 VALCÁRCEL, Amelia. *La civilización feminista*. La Esfera de los Libros, Madrid, 2023, pp. 245-246.

RESEÑAS CURRICULARES

PALOMA LUGO

Mexicana. Licenciada en Derecho y Maestra en Derecho con acentuación en Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Coahuila (México) y especialista en Políticas Públicas y Género por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO, México). Actualmente estudia el Doctorado en Estudios de Género, Sociedades, Culturas y Políticas de la Universidad Autónoma de Barcelona (España) y es investigadora en la Academia Interamericana de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila.

ADRIANA BEATRIZ SALINAS CERRILLO

Mexicana. Licenciada en Derecho y Maestra en Derechos Humanos con acentuación en Justicia Constitucional por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila (México); también es Especialista en Género y Derechos Humanos y Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Castilla - La Mancha (España). Actualmente estudia el Doctorado en Derechos Humanos con Perspectiva Internacional y Comparada en la Academia Interamericana de Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Coahuila.

AURA GUERRERO

Mexicana. Abogada en el Estado de Nueva York y por la Escuela Libre de Derecho en la Ciudad de México, con Maestría en Derechos Humanos por el Instituto Tecnológico y Autónomo de México (ITAM) y Maestría en Estudios Legales Internacionales -LL.M.- de la Universidad de George-

town, Estados Unidos. Asociada de la Iniciativa de Salud y Derechos Humanos del Instituto O'Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown.

NATALIA ACEVEDO-GUERRERO

Colombiana. Abogada de la Universidad de los Andes, con Maestría en Derecho -LL.M.- de la Universidad de McGill, Canadá, y Maestría en Bioética de la Universidad de Pittsburgh, Estados Unidos. Consultora Senior de la Iniciativa de Salud y Derechos Humanos del Instituto O'Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown, Estados Unidos.

PATRICIO LÓPEZ TURCONI

Argentino. Abogado de la Universidad Torcuato Di Tella, con Maestría en Derecho a la Salud -LL.M.- de la Universidad de Georgetown, Estados Unidos. Asociado de la Iniciativa de Salud y Derechos Humanos del Instituto O'Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown.

MARISA ESTHER BATRES MORALES

Guatemalteca. Abogada y notaria, actualmente cursando maestrías en Derechos Humanos en la Universidad de la Rioja y en Género, Feminismos e Interseccionalidades en la Universidad de Cataluña. Humanista, feminista y defensora de derechos humanos, inició su carrera a partir del activismo en favor de los derechos humanos con un enfoque laico y científico. Posee experiencia en litigio a favor de mujeres sobrevivientes de violencia y está especializada en derechos sexuales y reproductivos desde las juventudes, así como en la defensa y promoción de los derechos de las mujeres con perspectiva de género y de la población LGBTIQ+. Además, es investigadora y coautora de diversos trabajos científicos.

Ha sido catedrática en cursos y talleres sobre temas relacionados con los derechos humanos. También ha participado en varias organizaciones de la sociedad civil, tanto como integrante de juntas directivas como asesora externa.

SILVIA MARIBEL TECÚN LEÓN

Guatemalteca. Maestrante de derecho penal, abogada y notaria, defensora de derechos humanos, asesora en materia penal y familia, experiencia en atención y aplicación de protocolos a mujeres, niñez y adolescencia, abogada litigante en delitos de violencia sexual, femicidios, trata de personas y mujeres criminalizadas. Incidencia a nivel nacional para la atención de mujeres indígenas con calidad y calidez en el sistema de justicia. A nivel internacional forma parte de la Red de mujeres latinoamericanas defensoras del territorio y realiza acciones de incidencia ante el Comité CEDAW para la emisión de una recomendación general para mujeres indígenas en el Sistema de Naciones Unidas.

G. LARISSA REYES VÁSQUEZ

Hondureña. Abogada graduada de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, con Maestría en Derechos Humanos y Humanitario, y Maestría en Derecho Internacional Público, ambas de la Universidad Panthéon-Assas París II, Consorcio de Universidades de La Sorbona. Directora Regional de *Optio* con más de seis años de experiencia en género y diversidad sexual, migraciones, derechos de las personas refugiadas, trata de personas, políticas públicas y litigio estratégico en derechos humanos. Ha desempeñado diversos cargos en la academia, el Gobierno de Honduras y organizaciones internacionales y de sociedad civil.

NADIA MEJÍA

Hondureña. Abogada, egresada de la Universidad Autónoma de Honduras (UNAH) con un Máster en Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia y un Máster en Derecho Empresarial de la Universidad Tecnológica Centroamericana (UNITEC). Con trayectoria en el litigio estratégico, asumiendo la representación de las víctimas en el caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras ante la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Actualmente forma parte del equipo legal del Equipo Jurídico por los Derechos Humanos (EJDH).

LARISSA VELÁSQUEZ

Hondureña. Abogada egresada de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Con experiencia en litigio nacional e internacional en defensa de los derechos y libertades de las personas LGBTI en Honduras y asistencia técnica al Poder Judicial para el juzgamiento de casos con perspectiva de género.

PAULINE CAPDEVIELLE

Francesa. Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México), especializada en derechos humanos, Estado laico, bioética y derechos sexuales y reproductivos. Tiene licenciatura en Derecho por la Universidad Toulouse I Capitole, maestría y doctorado en Derecho público por la Universidad Aix-Marseille III (Francia) con estudios posdoctorales en la UNAM sobre la temática de las objeciones de conciencia. Es profesora de Asignatura en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM y vicepresidenta del Colegio de Bioética A.C.

JOAQUÍN A. MEJÍA RIVERA

Hispano-hondureño. Doctor y maestro en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid; Doctor en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universidad de Valencia (España); Doctor *Honoris Causa* en Humanidades por la Universidad José Cecilio del Valle (Honduras); Diploma en Estudios Avanzados en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por el Instituto Universitario de Investigación «Ortega y Gasset», adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. 22 años de experiencia litigando casos de impacto ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación (ERIC-SJ) y coordinador adjunto del Equipo Jurídico por los Derechos Humanos (EJDH).

Una mirada regional
a los Derechos Sexuales y Reproductivos
se terminó de imprimir en los talleres de
Editorial Guaymuras, Tegucigalpa, Honduras,
en el mes de octubre de 2024.
Su tiraje es de 350 ejemplares.

La violencia sexual, la violencia reproductiva, la violencia obstétrica, la falta de acceso universal a anticonceptivos y a la anticoncepción de emergencia, la falta de acceso a información sobre salud sexual y reproductiva y a la educación sexual integral constituyen problemáticas que se enfrentan cotidianamente. Sin embargo, los Estados se resisten a adoptar medidas adecuadas y oportunas para prevenirlas y eliminarlas.

En este contexto de fuertes restricciones, *Una mirada regional a los derechos sexuales y reproductivos* constituye un aporte importante y oportuno para poner sobre la mesa algunas de las discusiones jurídicas y políticas que están cada vez más presentes en nuestros países.

Los siete artículos que conforman la obra nos ofrecen un recorrido por temas que ejemplifican tensiones actuales, brindando importantes aportes conceptuales y jurídicos para desenredar conflictos que han sido creados con el único propósito de justificar las limitaciones a los derechos de las mujeres y personas con capacidad de gestar.

Así, este libro es un menú variado y provocador, que nos ofrece insumos teóricos y prácticos para fortalecer nuestras opiniones y estrategias en torno a temas de la mayor importancia para las mujeres y personas con capacidad de gestar.

Gracias a *Optio* por esta gran iniciativa y por regalarnos diversas miradas que nos llaman a la reflexión y particularmente a la acción: los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos y, por tanto, no son negociables ni cuestionables.

MARCIA AGUILUZ

ISBN: 978-99979-2-090-4

