

El derecho penal en materia reproductiva

Carmen Hein de Campos¹

Las luchas por reconocimiento han colocado al Derecho como lugar paradigmático en la contemporaneidad. Como nos enseña Nancy Fraser (2000, 2006, 2010), es en el reconocimiento cultural de las diferencias de género, raza/etnia, sexualidad, por un lado, y en la necesidad de distribución de los bienes y de la riqueza, por otro, que el tema de la justicia de género o de la justicia para las mujeres gana relevancia.

El derecho internacional de los derechos humanos ha sido un lugar de reconocimiento de los derechos de las mujeres. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho a la salud sexual y reproductiva como un componente esencial del derecho a la salud;² la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer³ insta a los Estados a adoptar medidas para que las mujeres disfruten de igualdad en todos los ámbitos, incluidos la educación, el empleo y el acceso a la atención de la salud; la Convención sobre los Derechos del Niño vela por la protección del derecho a la salud de los jóvenes menores de 18 años;⁴ el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994, la Plataforma de Acción de Beijing de 1995 y los Objetivos de Desarrollo del Milenio⁵ afirman el derecho de la mujer a controlar todos los aspectos de su salud, que se debe respetar su autonomía e integridad físicas y el derecho de decidir de forma libre todo lo relativo a su sexualidad y reproducción, sin sufrir discriminación, coerción o violencia; la Observación general núm. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desarrolla el concepto de salud reproductiva y afirma que la mujer y el

¹ Doctora en Ciencias Criminales. Maestra del Curso de Postgrado en Seguridad Pública de la Universidad de Vila Velha/ES, Brasil.

² Véanse E/C.12/1/Add.98, párr. 43; E/C.12/1/Add.105 y Corr.1, párrs. 53 y 54; E/C.12/BRA/CO/2, párr. 29; y E/C.12/COL/CO/5, párr. 5.

³ Véanse en particular los artículos 5, 10 h), 11, 12.1 y 16.

⁴ El artículo 24 de la Convención afirma el derecho a la salud según se define en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo cual resulta especialmente oportuno habida cuenta de la importancia de la salud sexual y reproductiva en las vidas de las mujeres y hombres jóvenes Véase Fondo de Población de las Naciones Unidas, *Eight Lives: Stories of Reproductive Health* (Nueva York, 2010).

⁵ Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.10.I.7.

hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección y a los servicios de atención de la salud pertinentes que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto; el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo afirma que la salud sexual incluye el derecho a una vida sexual satisfactoria y segura, así como a la libertad de decidir cuándo reproducirse y con qué frecuencia. El Estatuto de la Corte Penal Internacional que considera crime de lesa humanidad la Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.⁶

En la esfera doméstica, en muchos países de América Latina los Tribunales Constitucionales han actuado tanto para reconocer el derecho a la salud reproductiva de las mujeres como para impedir una desigual distribución del acceso a la salud o a la justicia. Por ejemplo, en Brasil⁷ y en Colombia⁸, las cortes constitucionales ampliaron los dispositivos legales que autorizan el aborto, y en Chile⁹, el Tribunal Constitucional afirmó la igualdad sexual en el ámbito del sistema de salud privada al impedir la cobranza de tasas más elevadas para las mujeres.

Pero eso pasa en el campo del derecho constitucional y en países donde las Constituciones garantizan y Tribunales Constitucionales hacen respetar los derechos humanos de las mujeres. Con eso quiero decir que el campo del derecho constitucional es un campo afirmativo de los derechos, esto es, el campo privilegiado del reconocimiento. A su vez, el derecho penal ha sido utilizado también como un campo de reconocimiento, especialmente por los movimientos sociales feministas, antirracistas y LGBTTT. Sin embargo, el derecho penal es un campo de negatividad (ANDRADE,), y coloca un dilema o una paradoja para el reconocimiento. Así, si por un lado, el derecho penal parece ser un camino para el reconocimiento de la violencia

⁶ Vease Estatuto de la Corte Penal Internacional. Disponible en línea:

http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/Pages/legal%20tools.aspx

[Acceso en 20/10/2015]

⁷ Decisión del Supremo Tribunal Federal en la Acción por Descumplimiento de Precepto Fundamental – ADC 54/12 que entendió que la interrupción de la gestación de feto anencefálico no es crimen. Disponible en línea: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> [Acceso en 20/10/2015]

⁸ En la decisión T 209-2008, el Tribunal Constitucional de Colombia entendió que la prohibición total del aborto en el país violaba los derechos humanos de las mujeres y los tratados internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres ratificados por el país.

⁹ Causa rol 1710, de 06/08/2010.

de género, como por ejemplo en los casos de violencia doméstica y familiar, por otro, es una trampa para los derechos sexuales y reproductivos. De hecho, el derecho penal no reconoce los derechos reproductivos y no distribuye justicia para las mujeres (ni para los hombres).

El derecho penal es la dimensión simbólica de la fuerza y violencia del control formal. Es la instancia racionalizadora del sistema de justicia criminal (policía, ministerio público, poder judicial, prisiones, manicomios), altamente desigual y selectivo que no solo reproduce la desigualdad social existente, sino también dos formas de violencia estructural: la violencia de las relaciones sociales del capitalismo neoliberal y la violencia de las relaciones patriarcales (desigualdad de género), creando estereotipos correspondientes a estas dos formas de violencias (ANDRADE, 2005:76).

El derecho penal es un mecanismo de control fundamentalmente de la conducta masculina y solo residualmente femenina, como se puede observar en la clientela de las prisiones en nuestros países, compuesta mayoritariamente por hombres pobres, negros, mestizos, indígenas y poco escolarizados. Ese control, altamente selectivo y estigmatizante, actúa sobre las conductas masculinas de los considerados 'descartables' o 'improductivos', seleccionando aquellas que serán definidas como crimen (criminalización primaria), distribuyendo la victimización por la persecución criminal de la policía, ministerio público y poder judicial (criminalización secundaria) y estigmatizando a través de la prisión (criminalización terciaria). La selección de la conducta y del bien jurídico que serán protegidos por la ley es el momento inicial del proceso de definición legal del crimen. O sea, es la intervención penal la que crea el crimen, que no existe ontológicamente.

Pero el control formal actúa en conjunto con el sistema de control social informal sobre las mujeres como un *continuum* que se inicia en la familia y que se propaga por todas las instituciones sociales (escuela, universidad, religión, etc.). Sin embargo, son poquísimas las conductas femeninas definidas como crimen. No obstante, su impacto no podría ser más dañino, pues el objetivo es controlar la sexualidad y la reproducción, criminalizando a la mujer como autora de crímenes como aborto, infanticidio, abandono de incapaz. O sea, el derecho penal no pretende controlar toda y cualquier conducta femenina, sino específicamente aquellas que reducen la autonomía sexual y reproductiva y conforman una moralidad a las mujeres. Así, el control formal interactúa con el control social informal, reforzando la

dicotomía público y privado y los papeles de género. Generaliza las conductas criminalizables masculinas y especifica las conductas criminalizables femeninas. En ese sentido, la residualidad es compensada por la concentración de su actuación.

Además de la concentración, la persecución criminal también es perversamente selectiva. En el caso del aborto, por ejemplo, afecta principalmente a las mujeres pobres y poco escolarizadas que no pueden asumir los costos de un aborto seguro. En ese sentido, la literatura feminista y los mecanismos del sistema internacional de protección de los derechos humanos han demostrado cómo el derecho penal ha sido mucho más un obstáculo que un garantizador de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. De esta forma, el sistema de justicia criminal actúa contrariamente a la propuesta de protección de los derechos, pues en su lugar promueve la violencia simbólica, el dolor y la revictimización.

La penalización además de selectiva es estigmatizante. Las mujeres que recurren al sistema de justicia criminal en el caso de violencia sexual o por la práctica de aborto son frecuentemente estigmatizadas. El estigma no solo marca a la mujer como desviante, sino también le impide el acceso a la salud y alimenta el círculo perverso de la criminalización y negación del derecho a la salud.

En ese sentido, el ex relator especial de la ONU sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anad Grover, en su Informe Especial para el Consejo de Derechos Humanos (2011) analizando la interacción de las leyes penales y el derecho a la salud, especialmente las que prohíben el aborto y otras restricciones, destacó:

17. La penalización genera y perpetúa el estigma, limita la capacidad de las mujeres para hacer pleno uso de los bienes, servicios e información disponibles en materia de salud sexual y reproductiva, les niega la plena participación en la sociedad y distorsiona las percepciones de los profesionales de la salud, lo que a su vez puede dificultar el acceso de las mujeres a los servicios de atención de la salud. (ONU, 2011:8).

En el ámbito de la salud sexual, el caso de la violación es paradigmático. Investigaciones han demostrado que la protección a la libertad sexual de las mujeres ha sido impregnada por estereotipos sexuales y de género (ANDRADE, 2003; VARGAS, 2000; 2008). La inversión del onus de la prueba (la víctima tiene que de hecho probar que fue violada sexualmente), el refuerzo de estereotipos sobre las mujeres que son víctimas de violación (mujer honesta x prostituta) y sobre los hombres violadores (negros y pobres); la creación de la lógica de la sospecha sobre

las mujeres (la palabra de la víctima no basta), entre otras, son características de la operabilidad del sistema penal cuando es accionado por las mujeres. Esa discriminación y victimización son duplicadas cuando las mujeres se embarazan como consecuencia de la violencia sexual y desean realizar un aborto.

La actuación discriminatoria del sistema de justicia criminal y de la ley penal ha sido reconocida por el sistema internacional de protección de los derechos humanos. En el caso **Karen Vertido v Filipinas**¹⁰ cuya violación no fue reconocida por el Tribunal doméstico porque según la magistrada: a) es fácil formular una acusación de violación; es difícil probarla, pero es más difícil para el acusado, aunque sea inocente, desmentirla; b) habida cuenta de la naturaleza intrínseca del delito de violación, en el que normalmente solo intervienen dos personas, el testimonio de la demandante debe examinarse con la máxima cautela; y c) las pruebas de cargo deben sostenerse o sucumbir por sus propios méritos y no pueden hallar fuerza en la debilidad de las pruebas de la defensa. Así, el Tribunal cuestionó la credibilidad del testimonio de la autora. Aquí se observan los estereotipos sexuales y de género sobre los cuales magistralmente nos hablan Rebecca Cook y Simone Cusack (2010).

En este caso, el Comité CEDAW (2010) reconoció que la sentencia era discriminatoria y que contenía estereotipos de género. El Comité observó que el Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas adecuadas para modificar o abolir no solo las leyes y normas vigentes (artículos 2 f) y 5 a), sino también los usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer y recomendó eliminar cualquier requisito en la legislación que disponga que el ataque sexual sea cometido por la fuerza o con violencia, y todo requisito de pruebas de penetración.

De la misma forma, el caso de la adolescente **Paola del Rosario Guzmán Albarracín v Ecuador**¹¹, aún pendiente en la Comisión Interamericana, revela la violencia sexual contra adolescentes. Paola, tenía 16 años, cuando fue víctima de abuso y acoso sexual por parte del Vicerrector del colegio público donde estudiaba, quedando embarazada y fue presionada por él para abortar con la ayuda del médico del colegio. Inmediatamente después, Paola cometió suicidio.

La violencia sexual contra niños y adolescentes es una realidad en nuestra región. Según Informe de la ONU (2006) entre el 5% y el 40% de adolescentes

¹⁰ Karen Vertido v Filipinas. Comunicación núm. 18/2008. CEDAW/C/46/D/18/2008 [Acceso el 19/10/2015]

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Informe No. 76/08**. Petición 1055-06. Disponible en línea: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Ecuador1055-06.sp.htm> [Acceso el 20/10/2015]

mujeres en Chile, Costa Rica, Panamá y Perú, declararon haber sufrido al menos un episodio de abuso sexual dentro de su institución educativa.¹² En Ecuador, en los casos de delitos sexuales denunciados durante los años 2007 y 2009, solo en el 3% de los casos se identificaron y sancionaron a los responsables. En 2009, las cifras de condenas cayeron a cero. En Brasil, la subnotificación de la violación llega al 90%.¹³ A pesar de que el Comité CEDAW haya afirmado en su Recomendación General No. 19, que los Estados partes deben velar para que:

“...las leyes contra la violencia y los malos tratos en la familia, la violación, los ataques sexuales y otro tipo de violencia contra la mujer protejan de manera adecuada a todas las mujeres y respeten su integridad y dignidad. Debe proporcionarse a las víctimas protección y apoyo apropiados. Es indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales, los agentes del orden público y otros funcionarios públicos para que apliquen la Convención”.¹⁴

La subnotificación de la violencia sexual es un indicativo de que además de la vergüenza, las mujeres resisten accionar el SJC porque temen que se refuerce la revictimización y los estereotipos de género.

Como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha destacado:

La influencia de los patrones socioculturales discriminatorios en la región llevó a definir las acciones de violencia sexual inicialmente como delitos contra el honor y no como una violación del derecho de las mujeres a la integridad. En numerosos códigos penales, valores tales como la honra, el pudor social, la doncellez, la castidad, las buenas costumbres, prevalecen sobre valores como la integridad psicofísica y la libertad sexual, impidiendo así la debida protección legal a las víctimas de tales delitos, u obligándolas a probar que opusieron resistencia en el caso del delito de violación, o someténdolas a procedimientos interminables que producen una continua victimización. (OEA, 2011:36).

A pesar de los cambios en las legislaciones penales de la región desde la aprobación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, los cambios en los patrones culturales y en la actuación del SJC están aún lejos de alcanzar el respeto a la dignidad sexual de las mujeres.

¹² PINHEIRO, Paulo Sérgio. La violencia contra niños, niñas y adolescentes. Estudio para las Naciones Unidas. Disponible en línea: [http://www.unicef.org/republicadominicana/Estudio_violencia\(4\).pdf](http://www.unicef.org/republicadominicana/Estudio_violencia(4).pdf) [Acceso el 20/10/2015]

¹³ 9º Anuário Brasileiro de Segurança Pública.

¹⁴ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La mujer y la salud*, 20º período de sesiones (02/02/1999), párr. 29.

Esa misma lógica es verificada en el ámbito de los derechos reproductivos. El derecho penal ha sido utilizado para restringir las legislaciones garantistas, crear obstáculos al acceso a la salud, criminalizar, estereotipar y distribuirles violencia a las mujeres.

Si la violación es paradigmática en el caso de la violencia sexual, el aborto lo es en el campo de los derechos reproductivos.

En el caso **K.L. v Perú**¹⁵, la joven peruana de 17 años, embarazada de un feto anencefálico, aun con la recomendación médica para la interrupción de la gestación por riesgo de muerte, fue impedida de realizarla por el director de un hospital público, bajo la alegación de violación de normas penales, a pesar de estar legalmente permitida. El embarazo impuesto y la consecuente muerte del bebé, la negativa médica de su interrupción y la inexistencia de recurso jurídico rápido y eficaz desencadenó un cuadro de depresión que comprometió severamente la salud mental de K.L.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU reconoció que Perú violó dispositivos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues K.L. tenía el derecho de no sufrir tratamiento cruel, inhumano o degradante, así considerado el hecho de que el director del hospital ignorara el riesgo de muerte y la obligara a llevar el embarazo hasta su término, amamantar y ver a su bebé morir días después. Consideró también que hubo interferencia arbitraria e ilícita en su derecho a la privacidad al negarle el procedimiento médico de interrupción del embarazo.

De la misma forma, en **L.C v Perú**¹⁶, la joven L.C, de trece años de edad fue víctima de abuso sexual, quedó embarazada, entró en depresión e intentó el suicidio que le produjo serias lesiones en la columna vertebral, que podrían ser irreversibles si no se realizara una cirugía inmediata. A pesar de la indicación médica para la realización del aborto terapéutico y de la cirugía, el hospital se recusó a interrumpir el embarazo y realizar la cirugía. La demora dejó a L.C. parapléjica del cuello a los pies.

El Comité CEDAW reconoció que el estado peruano discriminó a L.C., no respetó su condición de niña embarazada víctima de abuso sexual, violó su derecho a la salud física mental, le privó de la decisión de decidir sobre el número de hijos, sin garantizarle el acceso al aborto terapéutico y a un recurso eficaz contra la decisión

¹⁵ Caso **K.L. v Perú** – Comunicación No. 1153/2003. Comité de Derechos Humanos. Decisión del 24/10/2015.

¹⁶ **L.C. vs. Perú**. Comunicación No. 22/2009. Decisión del 17 de octubre de 2011. ONU. Comité CEDAW, 2011.

médica. El Comité recomendó al estado medidas de reparación, incluyendo indemnización y también el establecimiento de un mecanismo para el acceso efectivo al aborto terapéutico, formación de los profesionales médicos para cambios de actitudes que respondan a las necesidades específicas de las adolescentes víctimas de violencia sexual, además de revisar la legislación para despenalizar el aborto.

Lo mismo ocurrió en el caso **L.M.R vs Argentina**¹⁷, cuando una joven con discapacidad mental permanente fue víctima de violencia sexual y quedó embarazada. La joven fue impedida de realizar el aborto porque la jueza consideró “que no era admisible reparar una agresión injusta (el abuso sexual) con otra agresión injusta contra una nueva víctima inocente como es el bebé” (CEJIL, 2012:189). A pesar de que la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Buenos Aires había determinado la realización del aborto, ningún hospital quiso realizarlo y L.M.R tuvo que recurrir al aborto inseguro. El Comité de Derechos Humanos decidió, bajo las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que la obligación impuesta de continuar el embarazo constituyó un trato cruel e inhumano. El hecho de tener que someterse a un aborto clandestino causó sufrimiento físico y moral, aún más grave por tratarse de una joven con discapacidad. El Comité consideró todavía que hubo una ilegítima injerencia del Estado, a través del poder judicial, en una cuestión que debía resolverse entre la paciente y su médico, violando la intimidad de L.M. Y aún más, que L.M. no dispuso de un recurso efectivo para garantizar el acceso a la interrupción del embarazo.

De la misma forma, el ex relator del derecho a la salud Anad Grover así se manifestó:

21. Las leyes penales que castigan y restringen el aborto inducido son el ejemplo paradigmático de las barreras inaceptables que impiden a las mujeres ejercer su derecho a la salud y, por consiguiente, deben eliminarse. (ONU, 2011:9).

Tampoco debemos olvidar de la violencia institucional contra los derechos reproductivos, como en los casos de esterilizaciones masivas y forzadas que las mujeres pobres, indígenas y afrodescendientes en Brasil, Colombia y Perú fueran o son sometidas y la dificultad de reparación. Las esterilizaciones forzadas constituyen

¹⁷ **L.M.R vs. Argentina**. Comunicación No. 1608/2007. Decisión del 29 de marzo de 2011. ONU, Comité CEDAW, 2011.

una violación de los derechos y pueden llevar a muerte como lo que pasó con **María Mamérita Mestanza Chave vs Peru**.¹⁸

Las legislaciones penales también han sido utilizadas para criminalizar médicos, justificar la objeción de conciencia obstaculizando el acceso a la salud, impidiendo la prescripción de medicación preventiva, entre otras violaciones a los derechos reproductivos de las mujeres. Este es el contenido de un Proyecto de Ley¹⁹ que tramita en el Congreso Nacional Brasileño y que ha despertado mucha preocupación por parte de las feministas y de sectores médicos contrarios al proyecto.

Legislaciones penales o de otra naturaleza que pretenden restringir el aborto, el derecho a la información, el acceso a la medicación preventiva, el acceso a la salud, no solamente impactan negativamente el derecho a la salud sexual y reproductiva como violan la dignidad y autonomía reproductiva de las mujeres²⁰ y sus derechos humanos.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que el derecho penal no puede ser un camino para el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. Al contrario, el sistema de justicia criminal es un mecanismo perpetuador de la violencia institucional que forma parte de la *remasculinización del estado*, en la expresión de Wacquant (2012:16), como una profunda reacción al movimiento de las mujeres (WACQUANT, 2012:16-7), especialmente en el campo de los derechos sexuales y reproductivos, con un discurso severamente cerceador del ejercicio de la autonomía reproductiva de las mujeres.

El derecho penal es el discurso simbólico del orden legitimador del punitivismo que ha producido marcas profundas en las mujeres y llevado a la muerte

¹⁸ Vease María Mamérita Mestanza Chávez v Perú. **Informe N° 71/03**. Petición 12.191. Solución Amistosa. Disponible en línea: <https://www.cidh.oas.org/women/Peru.12191sp.htm> [Acceso en 20/10/2015].

¹⁹ PL 1509/2013, de autoría del diputado federal Eduardo Cunha. Acrecenta el art. 127A al Código Penal, de la siguiente forma:

“Anuncio de medio abortivo o inducimiento al aborto

Art. 127-A. Anunciar proceso, sustancia u objeto destinado a provocar el aborto, inducir o instigar a la gestante que use sustancia u objeto abortivo, instruir u orientar a la gestante sobre cómo practicar aborto, o prestarle cualquier auxilio para que lo practique, aun bajo el pretexto de reducción de daños:

Pena: detención, de cuatro a ocho años.

§ 1°. Si el agente es funcionario de la salud pública, o ejerce la profesión de médico, farmacéutico o enfermero:

Pena: prisión, de cinco a diez años.

2°. Las penas son aumentadas en un tercio, si es menor de edad la gestante a la que se indujo o instigó el uso de sustancia u objeto abortivo, o que recibió instrucción, orientación o auxilio para la práctica de aborto.”

Art. 2°. Esta ley entra en vigor en la fecha de su publicación.

²⁰ Idem.

a muchas de ellas.

Por fin, es importante recordar que la región latinoamericana vive una onda de conservadurismo y fundamentalismo religioso creciente y peligrosa para los derechos humanos de las mujeres. Las leyes penales son el brazo de ese fundamentalismo.

En el campo de los derechos humanos, el uso del derecho penal es inversamente proporcional a su garantía, esto es, cuanto más derecho penal menos derechos humanos. Solamente en un reducidísimo número de casos su uso puede ser justificado. En el campo de los derechos reproductivos la máxima protección de los derechos requiere la mínima o ninguna intervención penal.

Así, la despenalización y la descriminalización constituyen el discurso afirmativo de los derechos reproductivos. Como constata Anad Grover:

21. Las leyes penales que castigan y restringen el aborto inducido son el ejemplo paradigmático de las barreras inaceptables que impiden a las mujeres ejercer su derecho a la salud y, por consiguiente, deben eliminarse.(ONU, 2011:9).

Así, se puede concluir que la máxima protección de los derechos reproductivos de las mujeres requiere ninguna utilización del derecho penal y más, su deslegitimación. O de otra manera, en el campo de los derechos reproductivos la mejor intervención penal es la que no existe.