

Estándares internacionales sobre la violencia obstétrica que sufren mujeres portadoras de VIH y el caso de Francisca en Chile

International standards on obstetric violence suffered by women with HIV and the case of Francisca in Chile

María Lorena ROSSEL CASTAGNETO

 <https://orcid.org/0000-0003-4085-3000>

Facultad de Derecho, Universidad de Las Américas. Chile

Correo electrónico: mrossel@udla.cl

RECIBIDO: 10 de septiembre de 2023

ACEPTADO: 14 de noviembre de 2023

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2023.167.18558>

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto describir un tipo de violencia obstétrica que sufren las mujeres portadoras de VIH/SIDA, quienes son esterilizadas sin su consentimiento en establecimientos de salud, basándose en prejuicios, y en atención a que las normas internas chilenas autorizaban a los médicos a tomar esta decisión por las mujeres. El presente trabajo analizará los estándares internacionales en lo relativo a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Además, se demostrará cómo en el caso de Francisca, mujer con VIH sometida a esterilización forzada, Chile violó una serie de derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales. Para cumplir con dicho objetivo se analizarán las resoluciones de los órganos de control de distintos tratados de derechos humanos, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las normas internas que se refieren a los derechos reproductivos y sexuales de la mujer.

Palabras clave: violencia obstétrica, derechos humanos de personas con VIH, derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

ABSTRACT: The purpose of this article is to describe a type of obstetric violence suffered by women with HIV/AIDS, who are sterilized without their consent in health establishments, based on prejudices and, in response to the fact that Chilean internal regulations authorized doctors to make this decision for women. This work will analyze the norms that constitute international standards regarding the sexual and reproductive rights of women and, in addition, will demonstrate how in the case of Francisca, a woman with HIV subjected to forced sterilization, Chile violated a series of human rights enshrined in the Constitution and international treaties. To achieve this objective, the norms, the resolutions of the control bodies of different

human rights treaties the rulings of the Inter-American Court of Human Rights and the internal regulations that refer to human rights will be analyzed. reproductive and sexual of women. **Keywords:** obstetric violence, human rights people with HIV, sexual and reproductive rights of women.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Estándares internacionales relativos a los Derechos sexuales y reproductivos de la mujer.* III. *Derechos reproductivos de conformidad con los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica.* IV. *Análisis de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en la legislación chilena.* V. *Normas sobre igualdad y no discriminación y acceso a la salud de personas portadoras de VIH en Chile.* VI. *Caso de Francisca. Un caso de violencia obstétrica que sufren las mujeres portadoras de VIH/SIDA en establecimientos de salud.* VII. *Conclusión.* VIII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Según estudios realizados en 2021 (Informe SPECTRUM), se estimó que en Chile vivían alrededor de 84,000 personas portadoras de VIH/SIDA —con un rango de incertidumbre entre 75,000 y 91,000— de los cuales el 15.6 % correspondía a mujeres. Muchas de estas mujeres se enteran aleatoriamente de esta condición, ya que, de acuerdo a la normativa chilena, las mujeres embarazadas deben hacerse el *test* de detección para determinar la necesidad de comenzar tratamiento antirretroviral y, así, disminuir las probabilidades de contagiar al recién nacido con la enfermedad.

Se estima que la posibilidad de que la madre trasmita la enfermedad al niño en el parto o en el período de lactancia es inferior al 2 % con los tratamientos adecuados. A pesar de lo anterior, las mujeres embarazadas portadoras de la enfermedad refieren dificultades para acceder a una atención de salud de calidad; además, un alto porcentaje sufre presiones para terminar con su embarazo o para ser esterilizadas durante el parto. Estas situaciones constituyen un tipo de violencia grave en contra de la mujer. Aunque Chile ha ratificado tratados de derechos humanos que protegen a la mujer en contra de la violencia y la discriminación, mujeres portadas de VIH/SIDA refieren haber vivido situaciones que constituyen graves vulneraciones a los compromisos que Chile ha asumido en materia de salud y derechos reproductivos de la mujer.

En el presente trabajo se analizarán las normas internas e internacionales relativas a los derechos reproductivos de la mujer, y se dará cuenta de los pro-

nunciamentos de organismos internacionales que consideran estas prácticas como graves violaciones a los derechos humanos de las mujeres. Finalmente se analizará el caso de Francisca, una joven madre chilena que debió recurrir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que el Estado reconociera que había sido víctima de una esterilización forzada debido a su condición de VIH-positivo.

II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES RELATIVOS A LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER

Si bien los tratados de derechos humanos no se refieren expresamente a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, existe un consenso entre los órganos de control de estos tratados en cuanto a que los derechos sexuales y reproductivos de la mujer se entienden comprendidos dentro de otros derechos consagrados expresamente por estos instrumentos. Así, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su protocolo facultativo (ONU, 1979) contemplan el derecho a la salud, el derecho de acceso a servicios de atención médica (artículo 12), a la información y educación, y el derecho a la planificación familiar (artículo 16). Por su parte, el Comité CEDAW, en la Recomendación General número 24 (1999), al realizar una interpretación evolutiva del artículo 12, ha expresado que los derechos sexuales y reproductivos forman parte de la Convención

En esta recomendación, además, el Comité detalló las obligaciones de los estados en lo relativo a la salud sexual de niñas y mujeres, ya que, debido a la falta de información, a ciertas desigualdades de género o a prácticas tradicionales nocivas, ellas están más expuestas a contraer VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual. Por ello, exhortó a los estados a garantizar el derecho a la información, educación y servicios sobre salud sexual para todas las mujeres y niñas. Además, señaló que los estados debían garantizar los derechos de adolescentes de ambos sexos a la educación sexual y genésica, por personal debidamente capacitado, en programas que resguarden debidamente sus derechos a la intimidad y la confidencialidad.

Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966) se refiere a que ninguna persona será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y la de su familia (artículo 17); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006)

se refiere a las obligaciones de los estados en lo relativo al derecho a la salud de las personas con discapacidad, especialmente en el ámbito de la salud sexual y reproductiva (artículo 25 letra a); la Convención Internacional de Derechos del Niño (ONU, 1989) se refiere al derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes y su familia, y a la educación y servicios en materia de planificación familiar (artículo 24 letra f); en el sistema interamericano, el Protocolo de San Salvador se refiere al derecho a la salud, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social y el derecho a la constitución y protección de la familia (artículos 10 y 15); y, finalmente, la Carta Social Europea se refiere al derecho a la protección de la salud, al derecho a la asistencia social y médica y al derecho a la familia (artículos 11, 13 y 16).

Sin perjuicio de lo anterior, el instrumento internacional que se refiere expresamente a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer es el Protocolo sobre los derechos de la Mujer en África, de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos de los Pueblos en materia de Derechos de las Mujeres en África, adoptado en 2003 por la Unión Africana, también conocido como Protocolo de Maputo. Este instrumento, que forma parte del sistema africano de protección de derechos humanos, señala que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proteger los derechos reproductivos de las mujeres. Es el primer tratado que se refiere expresamente a la obligación del Estado de autorizar aborto médico en casos de asalto sexual, violación, incesto, y en casos donde el embarazo pone en peligro la salud mental o física de la madre o la vida de la mujer o del feto; y en referirse a los derechos de las mujeres con VIH/SIDA (artículos 14.2.c) y 14 l.d) y e), respectivamente).

Por su parte, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, se han referido a la salud reproductiva de la mujer. De acuerdo con la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, los derechos reproductivos estarían constituidos por

ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. 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 espacia-

miento 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 (párr. 7.3).

De acuerdo con lo señalado en dicha Conferencia, los derechos humanos comprendidos dentro de los derechos reproductivos serían los que emanan de la salud reproductiva, esto es, la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear; así como la libertad de decidir si hacerlo o no hacerlo, cuándo, con qué frecuencia y con qué intervalo entre un hijo y otro. Por lo tanto, al hombre y a la mujer le asiste el derecho a la planificación familiar de su elección, de obtener información sobre los métodos de fecundidad y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de salud que permitan embarazos y partos sin riesgos y que, en lo posible, permitan a las parejas tener hijos sanos (párr. 7.2). En este mismo sentido, la Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer, Beijing de 1995, se refirió en los mismos términos a la Salud reproductiva (párr. 94).

Por su parte, la Organización Panamericana de la Salud señala que la salud sexual y reproductiva (2007, vol. I) involucra que “las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuándo y con qué frecuencia”. En este sentido, la Corte IDH ha señalado que “la salud reproductiva implica los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad”.

Sin embargo, en el año 2000 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general número 14, se refiere expresamente a los derechos sexuales y reproductivos, como parte del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, señalando que el derecho a la salud se relaciona estrechamente con otros derechos humanos, que a su vez abordan los componentes integrales de la salud, tales como, el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad y no discriminación, a la vida privada, etc. A continuación, en el párrafo 11 define el derecho a la salud como

un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el su-

ministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

Del mismo modo en dicha observación el Comité señala que se encuentra incluido en el artículo 12 el derecho a la salud genésica, entendiendo por tal

que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto.

En consecuencia, tanto los tratados de derechos humanos como distintos órganos de control de los tratados han establecido que los derechos sexuales y reproductivos constituyen derechos humanos de mujeres y hombres y, por lo tanto, imponen obligaciones concretas a los estados, tales como el derecho a procrear, y la libertad de decidir cuántos hijos tener y en qué intervalo de tiempo.

Estos derechos impactan directamente a otros derechos básicos y de reconocimiento universal, tales como el derecho a la salud, a la vida privada, a la integridad física y psíquica de las mujeres y sus parejas, justo como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo que se analizará a continuación.

III. DERECHOS REPRODUCTIVOS DE CONFORMIDAD CON LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) la Corte Interamericana se refirió al tema de los derechos reproductivos de la mujer en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs Costa Rica* (2012), a raíz de que los tribunales de justicia de dicho Estado habían declarado inconstitucional

las técnicas de fertilización *in vitro*, impidiendo que parejas con problemas de fertilidad pudieran acceder a este tipo de tratamientos para tener hijos. El tribunal superior de Costa Rica declaró que estas técnicas eran abortivas y, por tanto, contrarios al derecho a la vida consagrado en la Constitución, con lo cual se generó un repudio social hacia las personas que sufrían este tipo de discapacidad reproductiva, que afectó emocionalmente a las parejas que pedían al Estado tener acceso a este tipo de procedimientos. La Corte resolvió finalmente que Costa Rica había violado una serie de derechos consagrados en la Convención Americana, entre los cuales cabe destacar el derecho a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar y se cita normalmente en los estudios sobre aborto. Sin embargo, el presente estudio sólo se referirá a los derechos consagrados en la Convención Americana que tienen relación con los derechos reproductivos de la mujer.

En el presente caso, la Comisión Interamericana sostuvo ante la Corte que la decisión de tener hijos biológicos corresponde a la esfera más íntima de la vida privada y familiar y “la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja”, y que “la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia” (párr. 137); y, en consecuencia, que la prohibición de la fertilización *in vitro* vulneraba los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento. Los intervinientes, además, sostuvieron que dicha prohibición vulneraba los artículos 4.1, 5.1 y 7 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2.

La Corte señaló que el artículo 11 de la Convención exige a los estados proteger a los individuos frente a las acciones arbitrarias de los órganos del Estado que afecten la vida privada y familiar; y prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de la persona y su familia. Además, la Corte ha interpretado en otros fallos en forma amplia el artículo 7, en el sentido de que éste incluye un concepto extenso de libertad, entendido como la capacidad de hacer o no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, constituyendo un derecho humano básico (párr. 142).

Del mismo modo, señala la Corte que el derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por otras jurisdicciones internacionales, e incluye la identidad física y social, el derecho a la autonomía personal, al desarrollo personal y el derecho a establecer y a desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo. También incluye la forma en que

el individuo se ve a sí mismo y cómo se proyecta hacia los demás. Del mismo modo, recuerda la Corte que anteriormente se ha pronunciado sobre la maternidad, en el sentido de que forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y, por tanto, que la decisión de ser o no ser madre es un asunto relativo a la vida privada y específicamente de los derechos reproductivos (párrs. 143 y 144).

A su vez, la Corte señala que la Convención Americana se refiere en el artículo 17 específicamente al papel central de la familia, y de la vida familiar en la persona y en la sociedad en general; mientras que la protección de la familia incluye, entre otras obligaciones, la de favorecer de la manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del grupo familiar. Del mismo modo, recuerda que el artículo 17.2 protege el derecho a fundar una familia, el cual se encuentra consagrado en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos; e igualmente reconoce que el derecho a procrear es parte del derecho a fundar una familia (párr. 145)

Por otra parte, la Corte señala que el derecho a la vida privada se relaciona en primer lugar, con la autonomía reproductiva y, en segundo lugar, con el acceso a servicios de salud reproductiva. Agrega que el derecho a la autonomía reproductiva se encuentra recogido en el artículo 16 e) de la Convención CEDAW y, por lo tanto, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones de convertirse en padre o madre.

Del mismo modo, la Corte desarrolla la estrecha relación que existe entre el derecho a la integridad física y psíquica de las personas y el derecho a la vida privada, toda vez que la falta de atención médica o los problemas de acceso a ciertos procedimientos de la salud generan problemas de ansiedad y angustia en las personas afectadas. En consecuencia, la carencia de salvaguardias legales sobre la salud reproductiva puede constituir un menoscabo grave del derecho a la autonomía y a la libertad reproductiva (párr. 147).

En numerosos fallos la Corte ha señalado que el Estado es responsable de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud, para lograr una efectiva protección del derecho a la vida y a la integridad personal, y que “la salud constituye un Estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. A continuación, se hace referencia al concepto de *salud genésica* que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha proporcionado —al que se hizo alusión en el apartado anterior—, al Programa de acción de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo y otras Declaraciones Internacionales

en las que se pone énfasis en las obligaciones de los Estados en lo relativo a la salud sexual y reproductiva. Se definen estos términos y los vinculan con otros derechos y libertades, tales como el derecho a la salud, a la educación, y a la libertad de reproducirse o no y a ser informados y a tener elección y acceso a los métodos para regular la fecundidad.

Del mismo modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en enero del 2023, presentó un balance sobre los avances y retrocesos observados en la región durante el año 2022, relativo a los derechos reproductivos de mujeres, niñas y adolescentes y de todas las personas gestantes, llamando a los estados a no retroceder en el reconocimiento y protección de estos derechos, y garantizar su ejercicio libre de toda forma de violencia y discriminación de género de conformidad a los compromisos internacionales.

La Corte Interamericana ha seguido investigando casos de esterilizaciones forzadas en América, como el caso de María Mamérita Mestanza Chávez, Informe núm. 71/03, Petición 12.191, víctima de esa práctica en Perú. Este caso, que terminó en octubre de 2003 con una solución amistosa entre Perú y la Comisión Interamericana, da cuenta de la violencia institucionalizada que se ejerce contra las mujeres, en especial cuando ellas pertenecen a colectivos vulnerables. Sobre el caso de Perú, Mantilla (2001) plantea que, en parte, las esterilizaciones forzadas en Perú se producen por el desconocimiento de las normas internacionales sobre la materia que tienen las autoridades de ese país, en especial, el poder judicial. Del mismo modo explica que, en el caso de las mujeres peruanas afectadas, se trataba de mujeres analfabetas, muchas de las cuales no hablaban español, por lo cual —concluye— es importante contar con programas de salud reproductivas que tomen en consideración estas circunstancias. En la actualidad se estima que más de 300,000 mujeres, que en su mayoría eran campesinas quechuas y pobres, fueron sometidas a este tipo de esterilizaciones en Perú durante el gobierno de Alberto Fujimori, por lo que la Corte Interamericana anunció, en agosto de 2023, una nueva investigación sobre esos casos.

Del mismo modo, Muñoz (2019) se refiere al tema de las esterilizaciones forzadas en Chile, Bolivia, México, Perú, Canadá y Estados Unidos, y a cómo en muchos casos éstas han sido una práctica sistemática en contra de mujeres pobres y analfabetas, mediante la cual se restringe, de un modo paternalista e injustificado, la autonomía y voluntad de estas mujeres.

IV. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

1. Incorporación en Chile de los tratados de derechos humanos

En la actualidad existe consenso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de los tribunales superiores, en torno a considerar que los tratados de derechos humanos tienen un rango constitucional, a partir de la incorporación a la Constitución del artículo 5 inciso 2 (Cea, 1997; Cumplido, 1997). A ello debemos agregar que, desde la sentencia de *Almonacid Arellano vs Chile* (2006) y en fallos sucesivos, la Corte IDH ha sostenido que los estados están obligados a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de las leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre derechos humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (párr. 124).

A pesar de que la tesis del “control de convencionalidad” ha generado rechazo en parte de la doctrina y jurisprudencia (Contreras, 2014; Fuentes y Pérez, 2018), por considerar que la Corte estaría excediendo las facultades que emanan del propio texto de la Convención Americana, no debemos olvidar que los fundamentos de esta tesis implican una interpretación sistemática de la Convención Americana y de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. En efecto, los artículos 1 y 2 de la Convención Americana no pueden interpretarse con las lógicas del Derecho interno, máxime si existe un tratado internacional, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ONU, 1969), que establece normas específicas de interpretación. Dicho tratado consagra un principio básico en materia de aplicación de tratados —que según la Corte Internacional de Justicia tendría carácter consuetudinario y de *ius cogens*— que consiste en que éstos deben ser cumplidos —*pacta sunt servanda*— de buena fe —*bonna fide*—. Esto implica, según la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, que los estados tienen que hacer todo lo que está a su alcance para cumplir los tratados internacionales, incluso modificar

su propia legislación, si ello es necesario, para adecuarla al tratado. Además, promueve la obligación de darle un efecto útil a los tratados internacionales, lo que también se consagra en el artículo 27 de la misma Convención, que prohíbe a los Estados invocar disposiciones de orden interno como justificación de incumplimiento de un tratado.

En este mismo sentido, el artículo 2 de la Convención Americana ha impuesto a los estados el deber de adecuar su ordenamiento interno para hacer efectivos los derechos y libertades en ella consagrados. Estos principios, a su vez, han sido reconocidos como normas que deben aplicarse al interpretar la Convención Americana por la misma Corte IDH, que es la intérprete última de la Convención.

Sin embargo, también hay razones de fondo para sostener esta interpretación. Al ratificar los tratados internacionales, se supone que el Estado ha evaluado las consecuencias de ratificar ese tratado y ha comparado el tratado con su legislación. De manera que, si no encuentra oposición o contradicción, manifiesta el consentimiento en obligarse por él a través de un acto solemne, la ratificación. Por lo tanto, con dicha ratificación, el Estado se está comprometiendo a cumplir el tratado a pesar de su propia legislación. Si no fuera así, los estados podrían dictar leyes contrarias al tratado, dejando sin efecto un acuerdo internacional pactado. Lo que no es admisible, ya que en ese caso comprometería su responsabilidad internacional. Más aún si el tratado que se pretende aplicar es un tratado de derechos humanos, y contiene normas de la más alta jerarquía en el derecho internacional, como las normas de *ius cogens*.

Más allá de la discusión sobre si existe o es legítimo aplicar este “control de convencionalidad” en la actualidad, Chile ha adecuado su legislación a la interpretación de la Corte Interamericana, mientras que los tribunales superiores de justicia chilenos aplican este control sin mayores cuestionamientos. A continuación se analizará el tema desde el punto de vista de los tratados internacionales que consagran derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

2. Derechos sexuales y reproductivos de la mujer en ordenamiento jurídico chileno

En Chile no hay una norma constitucional que consagre expresamente los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Sin embargo, Chile es parte de los tratados internacionales de derechos humanos que, de conformi-

dad al apartado 1 de este trabajo, reconocen a la mujer como titular de estos derechos. Durante mucho tiempo la doctrina mayoritaria en Chile negaba la existencia de dichos derechos, al considerar inconstitucional el aborto. En definitiva, en la década de los noventa, una doctrina mayoritaria en Chile rechazaba que la mujer tuviera libertad para decidir sobre su cuerpo en atención a que el artículo 19 número 1, que consagra el derecho a la vida, establece “La ley protege la vida del que está por nacer”. Este artículo era interpretado en el sentido que la Constitución prohibía el aborto, ya que consideraba al *no nato* como “persona” desde la concepción (Corral, 1992; Zapata, 1998; Ugarte, 2006; Silva, 1995; Varela, 1990; Vivanco, 2006; Soto, 1991; Fermandois, 2004; y Cea, 2004). Esta tendencia es la que inspiró el fallo del año 2008 en que el Tribunal Constitucional chileno declaró inconstitucional la distribución de “la píldora del día después” —o “postinor”—, al considerarla contraria al citado artículo y al artículo 4.1 de la Convención Americana. No obstante, ese mismo artículo sería interpretado por la propia Corte IDH en el sentido que el derecho a la vida no es absoluto y que, en todo caso, no es posible sostener que el *nasciturus* es persona.

Sin embargo, a propósito de la discusión de la Ley que despenalizó el aborto en tres causales (BCN, 2017), se cuestiona esta postura porque era contradictoria con el propio texto, ya que, como plantean Alfonso Ruiz y Alejandra Zúñiga (2014), el artículo 19 número 1 reserva el inciso primero al “derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”; y el inciso segundo, a la protección del *nasciturus*. Señalan los autores que si la intención del constituyente hubiera sido la de considerar al *no nato* como persona, el inciso segundo sería “perfectamente redundante”. Para los autores, el inciso segundo no reconocería un derecho, sino la protección de un “bien jurídico”

Del mismo modo, los autores cuestionan la interpretación literal o gramatical del texto constitucional, toda vez que, tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil, las personas nacidas tendrían un estatuto distinto del *nasciturus*. Así, en materia penal se castiga el homicidio, por un lado, y el aborto, por otro. En cambio, en materia civil se distingue a las personas, definidas en el artículo 55 como “todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición”, mientras que el artículo 74 del mismo cuerpo legal, se señala que “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”, de lo que se colige que “antes de nacer no existe legalmente una persona” (Ruiz y Zúñiga, 2014).

También se argumenta que los redactores de la Constitución (Comisión Ortuizar) consideraban que se justificaba el aborto en determinadas situaciones —violación, por ejemplo—, por lo que no eran partidarios de prohibirlo absolutamente sino de dejar en libertad al legislador para que en casos calificados se regulara esta figura.

Así, en la doctrina surge una tendencia a cuestionar esta idea simplista o de defensa moral en clave absolutista (Zuñiga, 2013), para considerar que en la discusión sobre el aborto debía tomarse en cuenta el respeto a otros derechos, como los de la mujer y el respeto por la vida humana con prescindencia de la personalidad moral (Figueroa, 2013).

Con este enfoque, y apoyándose en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos humanos, como la analizada en el apartado anterior, cobra fuerza la tesis de acuerdo con la cual debe permitirse el aborto en Chile. Así, frente a todo pronóstico, el Tribunal Constitucional declara constitucional la ley que despenaliza el aborto en tres causales, la Ley 21.030, de septiembre de año 2017.

En el fallo¹ el Tribunal, en lo relativo a las consideraciones que tendrá para fallar, señala que Chile ha asumido una serie de tratados internacionales entre los que destaca la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra La Mujer (ONU, 1979) y la promulgación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra Las Mujeres conocida como Belem Do Pará (OEA, 1994), en los que se ha avanzado hacia el reconocimiento de ciertos derechos específicos a favor de la mujer que profundizan y desarrollan los derechos tradicionales (considerando 38). En este sentido, se refieren a que estos tratados protegen a la mujer en contra de la discriminación y de prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o de subordinación. En lo relativo a la maternidad, señala que estos tratados reconocen el derecho a la mujer a acceder a servicios adecuados de atención médica, información, asesoramiento y servicios en materia de planificación familiar, pudiendo decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos. Agrega, en el considerando 39, que es con base en estos estándares internacionales que debe interpretarse el embarazo y la maternidad. Sostiene, asimismo, que

¹ TC Rol 3729-2017

El embarazo es un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas (considerando 39).

Del mismo modo, la sentencia del Tribunal hace referencia a las convenciones internacionales que consagran el derecho a la vida, tales como el Pacto de derechos Civiles y Políticos (artículo 6) y la Convención Americana (artículo 4), en los que el derecho a la vida no está expresado como un derecho absoluto. Además, hace alusión a la Convención Americana y al papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de la Convención. Refiriéndose al caso *Artavia Murillo*, señala que la Corte declara en dicha sentencia la obligación del Estado de “proteger a la mujer, por cuanto la concepción ocurre dentro de su cuerpo” (considerando 51). Y además —lo que me parece sumamente relevante para fines de este estudio— el Tribunal señala que si estableciera que la vida comienza desde la concepción implicaría constatar la existencia de “un interés contrapuesto entre la madre y el embrión o feto”, así como una jerarquía “donde la madre pasa a ser el lugar donde el embarazo transcurre y donde la madre tiene poco que hacer o decir” (considerando 52).

Al referirse a las causales analizadas, hace alusión al derecho a la vida y a la salud de la madre (considerando 81 y 86 y siguientes); la integridad física y psíquica de la madre (considerando 96); el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo (considerando 99); el derecho a prestaciones de salud (considerando 103); y el deber de evitar la violencia física, sexual y psicológica en contra de la mujer (considerando 109).

De esta manera, en concepto del Tribunal Constitucional, la mujer tiene ciertos derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales que le permiten decidir sobre su propio cuerpo; y que, dentro de estos derechos, el embarazo y la planificación familiar son asuntos que pertenecen a su esfera más íntima. Por lo que, en este contexto, la mujer no puede ser considerada sólo como un lugar, un espacio en el que transcurre el embarazo, sin que pueda hacer o decidir nada. De esta manera el Tribunal constató que la mujer tiene derechos sexuales o reproductivos —aunque en el fallo no se mencionan ni una sola vez— y que su opinión debe ser tomada en consideración para fines de decidir las formas de planificación familiar y si tiene o no hijos, y el intervalo entre ellos.

Como señala Yanira Zúñiga (2014), la maternidad está lejos de ser sólo una vivencia individual, sino que está constituida por un cúmulo de simbolismos, “representaciones sociales prácticas y relaciones en torno al cuerpo de las mujeres, la reproducción y la dependencia o el cuidado”, viviendo lo que denomina “el cautiverio de la maternidad”. En este esquema, el Estado actuaría como un eje de rotación y “vector de las representaciones sociales”. Por su parte, la mujer que se aparta de esa “normatividad sociocultural” es considerada como “fallida” (perversa, delincuente, enferma); mientras que la otra, aquella que vive feliz en su cautiverio, se le glorifica. De esta manera, sostiene Zúñiga (2014), se instrumentaliza el cuerpo de las mujeres, manteniendo el *statu quo* en el que está comprometida la protección de la familia, y todo el sistema de producción y reproducción del Estado. A su vez, Hernández *et al.* (2017) señalan que vivir con VIH y buscar la maternidad aún se conceptualiza en algunos ámbitos como “una desviación radical del orden institucional”, lo que transforma la realidad subjetiva. La forma de enfrentar el embarazo en estas circunstancias dependerá de las herramientas y de la red de apoyo que se posea.

Con esta lógica invisible y que, con algunos matices, subsiste hasta nuestros días, se explica el caso de Francisca que se analizará en el apartado 6 de este artículo.

V. NORMAS SOBRE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESO A LA SALUD DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH EN CHILE

En la legislación chilena existen numerosas normas que consagran el principio de igualdad y sancionan la discriminación. De esta forma, es posible distinguir entre las normas generales sobre discriminación en Chile y las normas especiales que sancionan la discriminación de personas con VIH. El artículo 19 número 2 de la Constitución Política de la República de Chile (en adelante, Constitución)² consagra de un modo general el principio de la igualdad

² Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: 2o. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

ante la ley y establece de un modo particular este principio en distintas disposiciones de la Constitución.³

El Tribunal Constitucional chileno ha interpretado esta norma entendiendo que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias; y diversas, para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. Del mismo modo, ha entendido que la norma constitucional no consagra una igualdad absoluta, si no que la ley podría establecer una distinción razonable entre aquellos que no se encuentren en la misma condición.⁴ Por lo tanto, para el Tribunal Constitucional chileno se infringe la igualdad ante la ley cuando se produce una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran ante una situación similar, y en la medida que dicha discriminación o diferenciación sea arbitraria y, por tanto, contraria a la Constitución. En este mismo sentido ha señalado que se debe analizar si la diferenciación “carece de fundamento razonable, que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador”.⁵

Refiriéndose a la discriminación que puede provenir del legislador o de cualquier autoridad, el Tribunal Constitucional ha señalado que también es una discriminación arbitraria aquella que es contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual, es decir, que “no tenga justificación racional o razonable”.⁶

Esta norma, relativa a la igualdad fue considerada de tanta relevancia que nuestro constituyente la dotó del Recurso de Protección del artículo 20 de la Constitución, que es una acción tutelar que ampara al afectado por ac-

³ Artículo 19 núm. 3o. igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos; artículo 19 núm. 9 establece el derecho igualitario de acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo; el artículo 19 núm. 16, inc. 3o. establece la prohibición de discriminación en materia laboral; el artículo 19 núm. 17 establece la igual admisión a los empleos públicos; el artículo 19 núm. 20 establece la igual repartición de los tributos y las cargas públicas; y el artículo 19 núm. 22 prohíbe al Estado la discriminación arbitraria en el trato económico.

⁴ Sentencias causas roles: 784, considerando 19; 1.254, considerando 46; 1.399, considerando 12, 1.732, considerando 49; 1.812, considerando 26; 1.951, considerando 15; 1.988, considerando 64; 2.014, considerando 9; 2.259, considerando 27; 2.386, considerando 13; 2.438, considerando 28; 2.489, considerando 18.

⁵ Sentencias causas roles: 784, considerando 19; 1.138, considerando 24; 1.140, considerando 19; 1.340, considerando 30 y 1.365, considerando 29.

⁶ Sentencias de las causas roles 811, considerando 20 y 1.204, considerando 19.

tos u omisiones, ilegales o arbitrarias de una autoridad o de particulares y le entrega facultades a la magistratura para restablecer el imperio del derecho y asegurar su debida protección.⁷

De esta manera, desde el año 2001 se han dictado una serie de normas que consagran la igualdad y no discriminación en distintos ámbitos, tales como en lo laboral.⁸ En 2012 se dictó una Ley antidiscriminación⁹ general, que tenía por objeto llenar el vacío legal que existía en nuestra legislación, que no consagraba una acción legal o de protección frente a los derechos fundamentales vulnerados. En lo relativo a la salud, también se dictaron normas específicas para evitar la discriminación arbitraria de personas portadoras de VIH en los establecimientos de salud.¹⁰

Del mismo modo, en 2012 entró en vigencia en Chile la Ley 20,584 que Regula los Derechos y Deberes que tienen las Personas en Relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud, que consagra en su artículo 2 que toda persona tiene derecho a las acciones de promoción protección y recuperación de su salud, sin discriminación arbitraria, utilizando la misma expresión que utiliza la Constitución y que ha sido interpretada por el Tribu-

⁷ Artículo 20. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1o., 2o., 3o. inciso quinto, 4o., 5o., 6o., 9o. inciso final, 11o., 12o., 13o., 15o., 16o. en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19o., 21o., 22o., 23o., 24o., y 25o. podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

⁸ Ley 19.759 de 2001, que introdujo el concepto de discriminación laboral en el artículo único y además, introdujo un procedimiento de tutela laboral.

⁹ Ley 20609 de 2012, que define discriminación en su artículo 2 como: “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

¹⁰ Ley 19.779 de 2001 y Ley 20584 de 2011.

nal Constitucional como aquella que no tiene justificación racional o razonable. Lo novedoso de esta ley es que incorpora una serie de obligaciones para los prestadores de servicios que incluyen el trato digno hacia el paciente y su familia, utilización del lenguaje adecuado, realizar acciones concretas de contención y empatía y respeto a las madres gestantes.¹¹

A pesar de todas las normas en Chile que consagran el principio de igualdad y sancionan la discriminación, existen una serie de ámbitos en los que las personas con VIH/SIDA enfrentan barreras de acceso, entendiéndose por barreras aquellos factores que dificultan el acceso a ciertos servicios (sociales o de salud), como las distancias de transporte, los recursos económicos, entre otros (Fundación Chile Positivo, 2020). Sin embargo, es aún más grave la situación de mujeres que en Chile han sido víctimas de esterilizaciones no consentidas e incluso, no informadas, ya que atentan en contra de una serie de derechos consagrados en la Convención Americana y otros tratados de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. A continuación, se detallará el caso de Francisca, una joven madre portadora de VIH quien, durante el parto de su último hijo, fue esterilizada sin su consentimiento por el personal médico que la asistió, y su cruzada por el reconocimiento por parte del Estado de la vulneración de sus derechos.

VI. CASO DE FRANCISCA. UN CASO DE VIOLENCIA OBSTÉTRICA QUE SUFREN LAS MUJERES PORTADORAS DE VIH/SIDA EN ESTABLECIMIENTOS DE SALUD

Como se relata en el libro *Dignidad Negada. Violaciones de los derechos de las mujeres VIH-positivas en establecimientos de salud chilenos* (2011), en 2002 Francisca (nombre ficticio para proteger identidad de la afectada) tenía 20 años cuando ingresó al hospital para una cesárea programada. El cirujano de turno decidió practicarle una esterilización quirúrgica debido a su condición de ser portadora de VIH, sin informar a Francisca previamente ni siquiera preguntarle sobre opciones de planificación familiar. Cuando Francisca despertó de la operación y mientras estaba en la sala de recuperación, la enfermera del Hospital de Curicó le informó que había sido esterilizada y que ya no podría tener más hijos. Francisca se sintió seriamente afectada por esta decisión

¹¹ Artículo 5 Ley 20.584.

ya que, si bien era portadora de VIH —lo que descubrió durante su embarazo—, ella había tomado todas las medidas necesarias para evitar transmitir la enfermedad a su hijo, dando a luz a un niño saludable y VIH-negativo. A pesar de ello, el personal médico no tomó en cuenta esos cuidados ni su deseo de tener más hijos, por lo que le arrebataron esa posibilidad basada en prejuicios o estereotipos.

En 2007 Francisca decidió querrellarse contra el médico que le practicó la intervención; sin embargo, éste declaró que había obtenido el consentimiento de Francisca verbalmente, versión que respaldaron las enfermeras que estuvieron presentes en el parto. Finalmente el médico fue absuelto. Más adelante, Francisca, apoyada por la ONG Vivo Positivo, interpone una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, en 2014, declara admisible el caso y, por tanto, la posibilidad real de llevarlo ante ese organismo internacional. En 2022, esto es, 20 años después del parto en el que se le practicó la esterilización no consentida, el Estado de Chile se allana a una solución amistosa ante la Comisión Interamericana, terminando así el tortuoso camino que Francisca debió recorrer para que se reconociera la violación de derechos que son esenciales.

En el estudio citado se constató que antes del año 2000 era usual que, bajo ciertas circunstancias, los profesionales de la salud tomaran la decisión de esterilizar a mujeres sin su consentimiento, por debilitamiento de la membrana del útero en mujeres que habían tenido cesáreas, por ejemplo. En esos casos, el personal médico no consideraba relevante la opinión de la mujer ya que la decisión de esterilizarlas se adoptaba —según lo que declaraba el personal médico— para proteger a la mujer de embarazos riesgosos en el futuro, aunque, en estos casos, ellas no eran informadas y, por tanto, no entregaban su consentimiento para realizar el procedimiento (Casas, 2004, p. 17). Además, como la norma vigente daba la posibilidad al personal médico de realizar esterilizaciones en “otros casos graves”¹² los médicos usaban esta disposición para justificar la esterilización de las mujeres con VIH. Por su parte, cuando la mujer quería ser esterilizada, se exigía el consentimiento del marido o de la pareja. Esto generaba una desigualdad respecto de la práctica en instituciones públicas y privadas, porque mientras en los hospitales públicos para practicar la esterilización de la mujer se exigía el consentimiento de la

¹² Resolución 003: Métodos Anticonceptivos Irreversibles o Esterilizaciones Quirúrgicas (publicado el 1 de septiembre de 1975).

pareja, en las instituciones privadas, en cambio, bastaba con la voluntad de la mujer (Casas, 2004, p. 17).

A fines de la década de los 90, varios órganos de control de tratados de derechos humanos —el Comité de Derechos Humanos de la ONU y el Comité de la CEDAW— presentaron informes recomendando la modificación de la normativa vigente. Finalmente, fue hasta el año 2000 que las normas en materia de esterilizaciones quirúrgicas se modificaron a través de una Resolución Exenta para permitir que el procedimiento se realizara sin el consentimiento del marido o de la pareja de la mujer, lo que provocó una fuerte reacción por parte de los sectores conservadores de la sociedad chilena de la época.¹³ La nueva normativa reconocía que la decisión de someterse a esterilización era una decisión personal, y que el personal médico debía informar a la mujer los métodos alternativos de anticoncepción y obtener por escrito un consentimiento informado de la paciente con respecto al procedimiento.

Sin embargo, en el caso de Francisca no se respetó la normativa vigente en Chile en materia de esterilizaciones, por lo que se vio obligada a denunciar estas prácticas a través de distintas instancias que prevé nuestro derecho interno. Al no ser escuchada, en el año 2014 recurrió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que se reconociera la vulneración de derechos en su caso y el Estado de Chile se viera obligado a reparar dicha vulneración. Este requerimiento concluyó con un acuerdo amistoso en el que Chile se comprometió a realizar una serie de medidas compensatorias, tales como, pedir disculpas públicas a la afectada, garantías de no repetición del acto, llevar a cabo una campaña de sensibilización para la no discriminación de las personas con VIH, directrices a los servicios de salud y otras medidas directas de reparación.

Sin embargo, y a pesar de las normas que existen en Chile y los compromisos internacionales que ha asumido en materia de derechos reproductivos de la mujer, las mujeres siguen denunciando casos de esterilizaciones forzadas o sin consentimiento, lo que constituye una grave vulneración a los derechos humanos de las mujeres. Así, mujeres que han tenido partos complejos o son extranjeras, en la actualidad han denunciado haber sido esterilizadas bajo

¹³ En particular, la Unión Demócrata independiente (UDI) y la iglesia católica criticaron la modificación de la norma vigente en atención a que esta medida provocaba la separación de la familia y que era un avance hacia el aborto (Casas (2004) p. 18)

presiones del personal médico,¹⁴ lo que constituye un tipo de violencia obstétrica o ginecológica grave. Y según lo han expresado órganos especializados en derechos humanos, se trata de nuevas formas de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes en contra de la mujer.

En efecto, la violencia obstétrica o ginecológica ha sido definida como la apropiación del cuerpo de las mujeres por parte del personal de salud mediante prácticas que devienen en la medicalización y patologización de sus procesos reproductivos, las cuales redundan en la pérdida de autonomía de las mujeres y en un descenso significativo de su calidad de vida (Cárdenas y Salinero, 2022, p. 1).

Tal como señala un reciente estudio de Cárdenas y Salinero (2022), la violencia obstétrica constituye una forma específica de violencia en contra de la mujer, “arraigada en las concepciones socioculturales sobre las mujeres y los cuerpos femeninos, y que sería una expresión más del continuo de violencia hacia las mujeres” (p. 1).

En dicho estudio, que encuestó a más de 2000 mujeres de establecimientos públicos y privados, arrojó como resultado que el 79 % de las mujeres entrevistadas habían sufrido algún tipo de violencia obstétrica durante el parto, lo que tiene un fuerte impacto en la salud física y mental de las mujeres. Muchas de estas mujeres quedaron con secuelas de por vida a raíz de procedimientos que, en muchos casos, no son suficientemente informados. Pero, además, el estudio demostró que había una fuerte incidencia en la violencia obstétrica en grupos especialmente vulnerables, como es el caso de mujeres pertenecientes a pueblos originarios, mujeres de grupos etarios más jóvenes o de orientación sexual no heterosexual.

Dicho estudio sugiere que las posibles causas de este tipo de violencia en contra de la mujer están relacionadas con la falta de capacitación del personal de salud, la falta de sensibilización del personal o la necesidad de establecer protocolos que guíen sus actuaciones. Del mismo modo, estudios sociológicos señalan que la violencia obstétrica se articula entre la violencia de género y a la relación asimétrica médico-paciente, que, como sostiene Castillo (2020), muchas veces se invisibiliza por los escasos números de denuncia.

¹⁴ <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2022/08/03/mujeres-denuncian-esterilizaciones-sin-su-consentimiento-y-hospital-dice-respetar-derechos-sexuales.shtml>

En el mismo sentido, Tach *et al.* (2020) señalan que, como toda forma de violencia, adopta múltiples patrones, pero hay grupos de mujeres que sufren daños particulares por este tipo de violencia debido a estructuras socioculturales, estereotipos de género y patriarcales, y discriminación basada en atributos específicos. Sostiene que estos estereotipos impiden también el acceso a la justicia porque asumen que los problemas obstétricos son una consecuencia normal del parto, causado por su culpa o por un sistema de justicia interno defectuoso y discriminatorio que no imparte justicia a víctimas (Tach *et al.*, 2020).

Lo anteriormente expuesto demuestra que el caso de Francisca no es una excepción, sino más bien constituye una realidad que impacta física y psicológicamente a las mujeres que la padecen, constituyendo un grave problema de salud pública y violación grave a los derechos humanos de las mujeres. Además, la violencia obstétrica no solamente constituye una violación al derecho a la mujer a una atención respetuosa, sino también amenaza su derecho a la vida, a la salud, vida privada, la integridad física y la no discriminación.

En este sentido, el Comité CEDAW, en Recomendación general núm. 35 (2017), ha calificado las esterilizaciones forzadas como nuevas formas de torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes; y ha puesto de manifiesto que la violencia en razón de género está tan arraigada en la sociedad que genera una impunidad que afecta todos los espacios en los que las mujeres se desenvuelven. En esta resolución, además, la CEDAW recuerda las obligaciones de los estados en relación con la violencia en razón de género contra la mujer; en el sentido que el Estado es responsable tanto por los actos u omisiones de sus órganos y agentes que ejerzan violencia en razón de género, como de prevenir dichos actos u omisiones que puedan constituir violencia en contra de la mujer, para lo cual tiene la obligación de adoptar medidas de toda índole para investigar, sancionar y reparar a las mujeres que sufran actos de violencia o discriminación. Del mismo modo, el Estado es responsable de los actos u omisiones de particulares que puedan comprometer su responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención, como de aquellos organismos privados que presten servicios públicos, como los de salud.

En este sentido y al igual que en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizados en apartados anteriores, se exhorta a los estados a actuar con la debida diligencia respecto de los actos de los agentes no estatales, de tal manera que, en caso contrario, el Estado será respon-

sable por no adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, investigar, enjuiciar, castigar y reparar los actos u omisiones de estos entes no estatales que provoquen violencia en contra de la mujer. Asimismo, el Comité considera que el no actuar con la diligencia debida constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia en contra de la mujer, constituyendo graves violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención.

El caso de Francisca es paradigmático en cuanto a la importancia del respeto a los derechos económicos y sociales y que dicho respeto debe provenir de todas las entidades, públicas y privadas; en especial, de aquellas a las que el Estado le ha delegado el cumplimiento de dichos derechos. Cuando el Estado no fiscaliza a estas instituciones falla a sus deberes más esenciales y viola gravemente los compromisos internacionales que ha asumido en esta materia, todo lo cual genera su responsabilidad internacional.

VII. CONCLUSIÓN

Existe consenso en que las esterilizaciones no consentidas constituyen una grave violación a los derechos humanos de las mujeres, tales como el derecho a la salud, el derecho a la intimidad, el derecho a la familia, el derecho a la integridad física y psíquica, y a sus derechos reproductivos, todos los cuales alcanzan un amplio reconocimiento en distintos instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos.

El caso de Francisca es un lamentable ejemplo de cómo el Estado, por su falta de diligencia, puede violar gravemente los derechos de una mujer y — como consecuencia de ello — los compromisos internacionales asumidos en la materia. En efecto, Francisca no solamente vivió vejaciones inexcusables por parte del personal médico que la denigró y luego, sin su consentimiento, la esterilizó privándola de la posibilidad de decidir en el futuro si deseaba tener más hijos. Frente a esta grave vulneración de los derechos, el Estado no investigó la situación, por lo que Francisca debió recurrir a un órgano internacional para que el Estado reconociera la grave vulneración a su derecho a la salud, a sus derechos reproductivos, a su integridad física y psíquica, y a su privacidad. Debieron pasar 20 años para que Francisca tuviera al fin justicia. Y, sin embargo, en la actualidad, muchas mujeres como Francisca, portadoras de VIH/SIDA, siguen siendo víctimas de prejuicios y presiones

indebidas por parte de instituciones de salud que debieran ser los más respetuosos de la dignidad de las personas.

Esto resulta especialmente paradójico en el caso de Chile, toda vez que el Estado tipifica en delito de aborto cuando es consentido por la mujer, y sólo es posible practicarlo en las tres causales que establece la Ley, como se analizó arriba. Sin embargo, muchas mujeres portadoras de VIH/SIDA sufren estas vejaciones sin que el Estado sancione ni investigue; se trata de atentados de suma gravedad que han sido calificados por organismos internacionales como nuevas formas de tortura. Frente a estas situaciones el Estado tiene la obligación de actuar rápida y diligentemente, ya que de lo contrario se convierte en responsable de graves violaciones a los derechos humanos de las mujeres.

Del mismo modo, en el presente trabajo se pudo evidenciar que la práctica de las esterilizaciones no consentidas está lejos de ser una práctica aislada. En efecto, se han denunciado casos en Bolivia, México, Perú, Canadá y Estados Unidos que tienen en común que han afectado a mujeres portadoras de VIH de grupos especialmente vulnerables: mujeres pertenecientes a pueblos originarios, en situación de migración, analfabetas, en condiciones de pobreza, lo que ha retrasado y, en muchos casos impedido, el acceso a la justicia de las víctimas, lo que resulta particularmente grave. Por lo anterior, y a pesar del acuerdo amistoso a que arribó Perú por las esterilizaciones forzadas en dicho Estado, constituye un avance la comunicación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a insistir en la investigación de dichos casos, para promover la efectiva reparación a las víctimas y que se pueda determinar el alcance de la violación a los derechos humanos de dichas mujeres.

Paralelamente, es fundamental que los estados capaciten al personal médico respecto del trato digno y respetuoso a los pacientes, en especial, a las madres gestantes portadoras de VIH. Pero también es importante erradicar los estereotipos de género que afectan a estas mujeres, que las hacen vulnerables a sufrir este u otro tipo de violación a sus derechos, como paciente, como mujer, como persona. Del mismo modo, es necesario, capacitar al Poder Judicial sobre la importancia de la reparación de las víctimas de estas graves vulneraciones.

VIII. REFERENCIAS

- Cárdenas Castro, M. y Salinero Rates, S. (2020). Violencia obstétrica en Chile: percepción de las mujeres y diferencias entre centros de salud. *Revista Panamericana de Salud Pública*, (46), 1-8. <https://doi.org/10.26633/RPSP.2022.24>
- Casas Becerra, L. (2004). Mujeres y Reproducción: ¿Del control a la autonomía? *Colección Informes de Investigación*, 6(18), 1-30. https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/18Mujeresyreproduccion_LidiaCasas_tapa.pdf
- Casas Becerra, L. y Vivaldi Machao, L. *et al.* (2013). La penalización del aborto como una violación a los derechos humanos de las mujeres. En *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012* (pp. 69-120). Universidad Diego Portales. <https://clacaidigital.info/handle/123456789/527?show=full>
- Castrillo, B. (2020). Parir entre derechos humanos y violencia obstétrica. Aproximación conceptual y análisis del reciente posicionamiento de la Organización de las Naciones Unidas. *Revista Encuentros Latinoamericanos*, 4(1), 196-220. <https://doi.org/10.59999/4.1.625>
- Centro de Derechos Reproductivos. (2011). *Dignidad negada. Violaciones de los derechos de las mujeres VIH-positivas en establecimientos de salud chilenos*. [Dignidad-Negada.pdf \(reproductiverights.org\)](http://Dignidad-Negada.pdf(reproductiverights.org))
- Contreras Vásquez, P. (2014). Control de convencionalidad y una nueva Constitución: hacia una lectura competencial del control de convencionalidad. En E. Chia y F. Quezada, (Eds.), *Propuestas para una nueva Constitución* (pp. 155-169). Instituto Igualdad; Fundación Friedrich Ebert; Universidad de Chile. <https://coes.cl/publicaciones/propuestas-para-una-nueva-constitucion-creada-en-democracia/>
- Cuevas Ríos, E. H. (2013). Discriminación de los derechos humanos de las personas con VIH/SIDA por parte de los servicios de salud en México. *Alegatos. Revista Jurídica de La Universidad Autónoma Metropolitana*, (85), 903-930. <https://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/135>
- Fernández-Matos, D. C. (2020). El derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres viviendo con VIH en Venezuela. Un estudio exploratorio. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 19, 1-19. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.rgps19.dssr>

- Figuerola García-Huidobro, R. (2013). *The morality of abortion: widening the discussion*. *Acta bioethica*, 19(1), 105-112. <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2013000100011>
- Fuentes, X. y Pérez, D. (2018). El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno. *Revista de Derecho (Coquimbo. En Línea)*, Universidad Católica del Norte, 25(2), 119-156. <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/3366>
- Hernández Leyva, M. P., Peña Sánchez, E. Y., y Chávez Courtois, M. L. (2017). Procesos de alternación en mujeres embarazadas con VIH: Estrategias para la disminución de riesgos vinculados con la salud sexual y reproductiva. *Revista de Estudios de Antropología Sexual*, 1(8), 18-35. <https://revistas.inah.gob.mx/index.php/antropologiasexual/article/view/13300>
- Hernández Romano, A. P. (2010). *Aproximaciones al derecho a la salud: el SIDA en México*. Universidad Iberoamericana.
- Iñiguez Manso, A. R. y Peredo Rojas, M. I. (2017). Propuestas de solución para los aparentes conflictos jurídicos que se pueden suscitar entre el derecho a la vida del que está por nacer y los derechos de la madre. *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, (11), 35-65. <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/393>
- Mantilla Falcón, J. (2001). El Caso de las esterilizaciones forzadas en el Perú como una violación de los derechos humanos. *Ius et Veritas*, 12(23), 10-20. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16014>
- Morales Celaya, A. (2019). Condición de VIH/SIDA como situación adicional para ejercer violencia obstétrica en mujeres que llevan a término el embarazo en América Latina, una revisión documental. *Revista de Estudios de Antropología Sexual*, 1(10), 124-140. <https://revistas.inah.gob.mx/index.php/antropologiasexual/article/view/15889>
- Muñoz, A. (2019). La esterilización forzada como violación de la Declaración Americana. La necesidad de revitalización a 70 años de su adopción. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 13(3), 558-570. <https://produccioncientifica.uca.es/documentos/606c56f8bd14d86368802540>
- OEA y Comisión IDH. (2019). *Compendio Igualdad y no discriminación CIDH. Estándares interamericanos*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>
- Ruiz Miguel, A., y Zúñiga Fajuri, A. (2014). Derecho a la Vida y Constitución: Consecuencias de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo v. Costa Rica”. *Estudios Constitucionales*, 12(1), 71-104. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000100003>

- Tach, C. L., Toebes, B., Feriato, J. M. F. (2020). Obstetric violence: a women's human and personality rights violation. *Revista Jurídica UniCuritiba*, 1(58), 187-206. <https://doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v1i58.3841>
- Zúñiga Añazco, Y. (2013). Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista. *Revista Ius et Praxis*, 19(1), 255-300. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v19n1/art08.pdf>
- Zúñiga Fajuri, A. (2011). Aborto y derechos humanos. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 24(2), 163-177. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173721505007>

Normas jurídicas citadas

- Constitución Política de la República.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Convención Europea de Derechos Humanos.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Ley 19.779 de 2001.
- Ley 20584 de 2021.
- Ley 20609 de 2012.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”
- Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos Relativo a los Derechos de las Mujeres en África.
- Resolución 003, Métodos Anticonceptivos Irreversibles o Esterilizaciones Quirúrgicas (publicado el 1 de septiembre de 1975).

Jurisprudencia citada

- Caso Artavia Murillo vs Costa Rica. Corte IDH. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile. Corte IDH. 17 de septiembre de 2010.

Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile. Corte IDH. Fondo reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018.

Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Corte IDH. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

TC Sentencias causas roles: 784, considerando 19; 1.138, considerando 24; 1.140, considerando 19; 1.340, considerando 30 y 1.365, considerando 29.

TC Sentencias causas roles: 784, considerando 19; 1.254, considerando 46; 1.399, considerando 12, 1.732, considerando 49; 1.812, considerando 26; 1.951, considerando 15; 1.988, considerando 64; 2.014, considerando 9; 2.259, considerando 27; 2.386, considerando 13; 2.438, considerando 28; 2.489, considerando 18.

TC Sentencias de las causas roles 811, considerando 20 y 1.204, considerando 19.

Otras normas y resoluciones de organismos internacionales citados

CEDAW RECOM. GENERAL 24 (GENERAL COMMENTS), 02/02/99.

CEDAW Recomendación general número 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general número 19, 26 de julio de 2017.

CIDH Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147, 7 de diciembre de 2017.

Comisión IDH (2013), Informe 81/13. Caso 12.743. Fondo. Homero Flor Freire. Ecuador. 4 de noviembre de 2013. También, Informe N° 5/14. Caso 12.841. Fondo. Ángel Alberto Duque. Colombia. 2 de abril de 2014.

Comisión IDH Informe La situación de las personas afrodescendientes en las Américas, OEA/Ser.L/V/II Doc. 62, 5 de diciembre de 2011.

Comisión IDH Informe 33/16. Caso 12.797. Fondo. Linda Loaiza López Soto y familiares. Venezuela. 29 de julio de 2016.

Comisión IDH Informe 48/16. Caso 12.799. Fondo. Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar Melinka). Chile. 29 de noviembre de 2016.

Comisión IDH Informe 75/15. Caso 12.923. Fondo. Rocío San Miguel Sosa y otras. Venezuela. 28 de octubre de 2015.

- Comisión IDH Informe sobre la situación de los derechos humanos en la Republica Dominicana. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15. 31 de diciembre de 2015.
- Comisión IDH, enero de 2023, Comunicado de prensa, disponible en <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/011.asp>
- Comisión IDH, Informe de Fondo, 53/01, Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México), 4 de abril de 2001.
- Comisión IDH, INFORME No 71/03, Petición 12.191.
- Comisión IDH. Informe 86/10. Caso 12.649. Fondo. Comunidad Río Negro del pueblo indígena Maya y sus miembros. Guatemala. 14 de julio 2010.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.
- Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13. 30 de diciembre 2013.
- Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57. 31 diciembre 2009.
- OEA/Ser.L/V/II. Doc 6, de 20 de enero de 2007. Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, Comisión IDH. Informe 174/10. Caso N° 12.688. Fondo. Nadege Dorzema y otros (Masacre de Guayubin) República dominicana. 11 de febrero de 2011.
- Organización Panamericana de la Salud, Salud en las Américas 2007, Volumen I - Regional, Washington D.C, 2007.
- Plataforma de Acción la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, párr. 94.
- Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).
- Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).
- Res. A.G. 220(XXI), 21 ONU, GAOR. Supp. (16) 52. Doc. ONU A 63(6) (1966).

