


PERÚ

Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales – 2009

Derechos de las mujeres y discurso jurídico



Articulación
Regional Feminista
por los Derechos Humanos
y la Justicia de Género.



PERÚ

Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales - 2009

Derechos de las mujeres y discurso jurídico



Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y
la Justicia de Género.

® DEMUS – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer
Dirección: Jr. Caracas 2624 – Jesús María
Teléfonos: 463-1236 / 463-8515
demus@demus.org.pe
www.demus.org.pe

Coordinación Rossy Salazar
Edición Diana Portal

Lima, noviembre de 2010.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2011-02893

Diseño diagramación e Impresión:
Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.
Américo Vespuccio 110 COVIMA, La Molina
Telf: 3485571 / 349 6636
info@roblerojo.com / www.roblerojo.com

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo del gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund.

PRESENTACIÓN	9
INTRODUCCIÓN	13
Parte I: ARTÍCULOS JURÍDICOS	
LUIS SÁENZ DÁVALOS	19
El dilema de la píldora del día siguiente (a propósito de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N° 2005-2009-PA/TC)	
1. Consideraciones generales	
2. Antecedentes del caso	
3. El proceso de amparo tramitado con Exp. N° 2005-2009-PA/TC	
3.1 Las posiciones de las partes. Trámite judicial	
3.2 La sentencia del Tribunal Constitucional. Temas desarrollados y problemas planteados.	
3.3 Lo que la sentencia no dice	
LUIS ALBERTO HUERTA GUERRERO	41
Visita íntima para las mujeres en los establecimientos penitenciarios: reflexiones a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano Exp. N° 1575-2007-HC	
1. Antecedentes	
1.1 Contenido de la demanda	
1.2 Contestación de la demanda	
1.3 Resoluciones del Poder Judicial	
2. Sentencia del Tribunal Constitucional	
2.1 Aspectos procesales	
2.2 Aspectos sustantivos	
2.3 Visita íntima y beneficios penitenciarios	
2.4 Visita íntima y derechos fundamentales	
2.5 Visita íntima y protección de la familia	
2.6 Visita íntima y riesgo de embarazo	
2.7 Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	
3. Reflexiones finales	

MA. JENNIE DADOR

67

La maternidad en las instituciones de formación policial: mandato sin correlato. El caso de las alumnas y cadetes expulsadas de los centros de formación de la Policía Nacional del Perú

1. Evolución histórica de la participación de las mujeres en las instituciones policiales
2. Antecedentes del caso
3. Derecho a la igualdad y a la no discriminación por sexo y a la educación
4. Qué dicen los actores políticos
5. Qué dicen los medios de comunicación

PAULA SIVERINO BAVIO

77

Cuando decidir ser madre es tan dramático como decidir no serlo: comentarios a propósito de una sentencia sobre impugnación de la maternidad en el Perú

1. Introducción
2. La sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema en el caso 5003-2007
3. Algunas cuestiones involucradas
 - 3.1 Derechos reproductivos
 - 3.2 Infertilidad y fecundación in vitro
 - 3.3 Cuestiones éticas y legales derivadas de la fecundación in vitro
 - 3.4 La regulación legal en el Perú
 - 3.5 Cuestiones en relación a la fecundación heteróloga, identidad y filiación
 - 3.6 Algunas preguntas previas en relación a la filiación en este caso
 - 3.7 Identidad y filiación
 - 3.8 Derecho a la identidad e identidad genética
4. Colofón

Parte II: ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS

99

CARLA DE LA QUINTANA MILLA

La prohibición de la AOE en el Perú o la necesidad de un Estado laico que garantice los derechos de las mujeres. 101

Visita íntima para las mujeres condenadas por terrorismo: un derecho sin discusiones. 113

Cadetes embarazadas: de la proscripción castrense al respaldo constitucional	119
CONCLUSIONES	127
APÉNDICE: Extractos de sentencias	131

PRESENTACIÓN

Las instituciones que integramos la Articulación Regional Feminista de Derechos Humanos y Justicia de Género¹, creamos en el 2009 un Observatorio de Sentencias Judiciales² que monitorea y difunde principalmente las sentencias de los tribunales superiores de justicia de seis países de América Latina, bajo la coordinación general de ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.³

La Articulación Regional Feminista es una alianza de organizaciones no gubernamentales de América Latina que trabaja coordinadamente por la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres y la justicia de género. Nuestro trabajo consiste en identificar las desigualdades e inequidades de género en nuestros países, emprender la defensa legal frente a violaciones de los derechos humanos de las mujeres, darle seguimiento a las obligaciones internacionales contraídas por nuestros estados y realizar un análisis actualizado y periódico sobre la situación y condiciones de las mujeres en la región, aportando elementos de análisis para la construcción de sociedades más justas y equitativas para mujeres y varones.

Las organizaciones que conformamos la Articulación Regional Feminista creemos que pensar a nuestros respectivos países en el contexto de América Latina es fundamental para compartir estrategias para la promoción de los derechos de las mujeres. Las variadas situaciones presentes en nuestros países tienen en común la profusión de normas y tratados internacionales con reconocimientos normativos de derechos que no se corresponden con políticas públicas que permitan la operatividad de esos derechos para grandes grupos de la población.

El contexto favorable creado a partir de la recuperación de las instituciones democráticas en muchos de los países de la región, las reformas constitucionales, la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos y la incorporación de instrumentos procesales novedosos para permitir el reclamo de la vigencia de estos derechos, no fue aprovechado del mismo modo para beneficiar a diferentes grupos de la sociedad. Por el contrario, grandes colectivos de personas continúan siendo discriminadas y viviendo en situaciones de desventaja social y económica frente a disímiles

¹ Las organizaciones que integran la Articulación Regional Feminista son ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (Argentina), Coordinadora de la Mujer (Bolivia), Corporación Humanas (Chile, Colombia y Ecuador), y DEMUS - Estudios para la Defensa de la Mujer (Perú). Más información en www.articulacionfeminista.org.

² El Observatorio de Sentencias Judiciales es uno de los componentes del proyecto «*Monitoring for Empowerment: Women's Rights in the Media and the Courts of Law*», financiado por el Gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund.

³ ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género es una organización no gubernamental creada en Argentina en 2003 con el objetivo de promover el efectivo ejercicio de los derechos de las mujeres y la equidad de género a través de la justicia y de las políticas públicas. Más información en www.ela.org.ar.

oportunidades para plantear reclamos administrativos o judiciales conducentes al reconocimiento de sus derechos. Entre estos grupos se encuentran las mujeres, cuyas condiciones de desarrollo social y económico aún resultan adversas para el pleno ejercicio de su autonomía.

La falta de mayor uso del derecho y de sus herramientas para promover los derechos de los grupos desaventajados ha sido objeto de reflexión en diversos ámbitos en América Latina.⁴ La estrategia legal, tan arraigada en la costumbre anglosajona, no ha tenido el mismo ímpetu en la región, aun cuando ha habido incipientes y promisorias experiencias en materia de derechos económicos y sociales y justicia transicional, entre otros.

Hay obstáculos económicos, geográficos, culturales y simbólicos que dificultan el acceso a la justicia, es decir, las posibilidades de activar los mecanismos institucionales existentes para exigir la vigencia de los derechos. Muchos de estos obstáculos afectan de un modo particular a las mujeres, sus organizaciones y, en general, a los y las activistas por los derechos humanos. Sin embargo, en aquellos casos en que es posible superar estas dificultades y barreras para el acceso a la justicia, es interesante analizar cuál es la respuesta del Poder Judicial ante estos reclamos.

Por ese motivo, en el marco del trabajo compartido desde hace ya varios años, en el 2009 creamos el Observatorio de Sentencias Judiciales que monitorea y difunde las decisiones de los tribunales de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú con el objetivo de identificar en qué medida la justicia recibe y procesa los reclamos por el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres, en temas tales como participación política, trabajo, salud sexual y reproductiva, violencia, derechos civiles, entre otros.

El Observatorio de Sentencias Judiciales responde a tres objetivos específicos: en primer lugar, contribuir a un mejor conocimiento de los derechos de las mujeres y los medios legales para hacer efectivos estos derechos. En segundo lugar, contribuir a la promoción del pleno ejercicio de los derechos de las mujeres a través de la difusión de los diagnósticos, estudios, argumentos jurídicos y las mejores prácticas judiciales para optimizar la utilización de las herramientas legales entre las organizaciones de mujeres, las organizaciones de derechos humanos, instituciones académicas, profesionales del derecho e integrantes de la judicatura. Por último, el Observatorio se propone contribuir al intercambio de experiencias nacionales entre los países de la región con miras a promover una mayor

⁴ McClymont, Mary y Stephen Golub (edit.). *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el área del derecho de los donatarios de la Fundación Ford en el mundo*. Santiago de Chile: Fundación Ford; Universidad Diego Portales, 2001. Abramovich V. y L. Pautassi. *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos en Argentina*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009. CELS. *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2008.

utilización de los mecanismos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos, para la promoción de los derechos de las mujeres.

El Observatorio de Sentencias Judiciales funciona como una base de datos interactiva establecida en una página de Internet de libre acceso⁵ que contiene las decisiones más importantes de los tribunales superiores de justicia y cortes constitucionales de cada país en materia de los derechos de las mujeres, las definiciones y normas jurídicas utilizadas y sus condiciones de ejecución. Además, se incluyen algunas decisiones de tribunales inferiores que, por los argumentos que utilizan o por los derechos que invocan, consideramos relevantes para su inclusión en la base de datos.⁶

A partir del material contenido en el Observatorio de Sentencias Judiciales se puede relevar los casos que se litigan ante la justicia, qué derechos involucran, quiénes llevan adelante estos procesos, qué argumentos se invocan y cómo se resuelven. Un aspecto a destacar es el reto metodológico asociado a las dificultades de acceso a la información en muchos de nuestros países: no todas las decisiones de las cortes de justicia se encuentran disponibles en Internet. Además, los repertorios y revistas especializadas que publican sentencias en general suponen un recorte previo respecto de aquellas decisiones que divulgan. Estas circunstancias traen consigo un desafío particular a nuestro trabajo de recopilación de decisiones judiciales.

Asimismo, las organizaciones de la Articulación Regional Feminista participamos de un Observatorio Regional de las Mujeres en los Medios.⁷ Se trata de una herramienta de seguimiento al tratamiento que los medios de comunicación impresa de cada uno de nuestros países le dan al tema de violencia contra las mujeres. Desde la página web del Observatorio se puede acceder de manera gratuita a las noticias vinculadas con la violencia contra las mujeres en los medios gráficos nacionales. La forma en que los medios de comunicación reproducen las noticias vinculadas con los derechos de las mujeres, el discurso público al que contribuyen y las diversas formas en que tratan los temas que también son materia de decisión en la justicia, aportan a un mejor conocimiento sobre las percepciones que la sociedad tiene respecto de las mujeres y sus derechos. Por ese motivo, en esta publicación, al análisis de algunos temas relevantes para la promoción y vigencia de los derechos de las mujeres en América Latina a partir de las decisiones de los tribunales de justicia nacionales, se integra una revisión sobre el tratamiento que los medios de comunicación dan a los mismos.

⁵ Se puede acceder al Observatorio desde www.articulacionfeminista.org así como desde las páginas de Internet de cada una de las organizaciones de la Articulación Regional Feminista.

⁶ Véase la sección Metodología en la página Web del Observatorio para una explicación de las cortes monitoreadas en cada uno de los países que participan del Observatorio.

⁷ Se puede acceder al Observatorio desde www.observatorioregionaldemedios.org, así como desde la página de la Articulación www.articulacionfeminista.org.

Confiamos que el material reunido en esta publicación y la base de datos del Observatorio de Sentencias constituyan un aporte para las organizaciones y activistas involucrados en la defensa y promoción de los derechos de las mujeres. Al mismo tiempo, deseamos que diversos actores puedan apropiarse de la herramienta y que contribuyan a su consolidación como fuente de información fundamental para el trabajo cotidiano de organizaciones, activistas y operadores de justicia. Para eso, esperamos que puedan colaborar con nuestro trabajo haciéndonos llegar aquellas decisiones de los tribunales de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú que consideren interesantes para su inclusión en el Observatorio.

Agradecemos el entusiasmo que este proyecto y la labor de las organizaciones que integramos la Articulación Regional Feminista ha despertado en el año que llevamos de trabajo. En particular, nuestro agradecimiento al invaluable aporte del Gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund para este proyecto.

Buenos Aires, marzo de 2010.
Natalia Gherardi
Directora Ejecutiva
ELA – Equipo Latinoamericano de
Justicia y Género

INTRODUCCIÓN

La presente publicación se enmarca en el proyecto de la Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género, que DEMUS integra junto con otras organizaciones feministas de Latinoamérica⁸, la que en el 2009 creó un Observatorio de Sentencias Judiciales⁹ que monitorea y difunde aquellas sentencias de los tribunales superiores de justicia, a fin de determinar el grado de cumplimiento de los derechos de la mujer y difundir las buenas prácticas en la defensa de éstos derechos; así mismo, la Articulación creó un Observatorio de medios de comunicación, que busca establecer la cobertura de los problemas y los derechos de la mujer en los periódicos y revistas a nivel nacional, para contribuir al análisis y conciencia de la situación en la que se encuentran.

Es a través de este proyecto compartido que se publica el *Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009*, que a través de la selección de cuatro sentencias significativas sobre los derechos de las mujeres busca aportar al análisis de las respuestas que el sistema de justicia peruano viene dando frente a sus demandas.

Este informe contiene siete artículos con dos tipos de análisis, que refuerzan su contenido e importancia, uno de tipo jurídico y otro del impacto comunicacional basado en las noticias recopiladas sobre las sentencias analizadas. Los cuatro primeros corresponden al análisis jurídico de sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia sobre derechos fundamentales de las mujeres, que se concentran en los derechos sexuales y derechos reproductivos. Por un lado tenemos, el ejercicio de la sexualidad y la maternidad en espacios controlados y administrados por el Estado, como son las instituciones de las Fuerzas Armadas y los establecimientos penitenciarios, por otro lado se encuentra el análisis de la sentencia sobre prohibición de la provisión de la píldora del día siguiente por establecimientos de salud, y el caso de la maternidad producto de inseminación artificial.

Estos artículos permiten acceder a un análisis jurídico importante que a través de las sentencias seleccionadas, muestra el tratamiento jurisprudencial de los derechos de las mujeres. En el caso de la AOE, el autor evidencia como el Tribunal Constitucional justifica su resolución en fundamentos débiles, basados en una duda aparentemente razonable sobre el tercer efecto abortivo de la AOE, que tal como el propio autor señala, ha

⁸ Las organizaciones que integran la Articulación Regional Feminista son: ELA – Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (Argentina), Coordinadora de la Mujer (Bolivia), Corporación Humanas (Chile, Colombia y Ecuador), y Demus – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (Perú). Más información en <http://www.articulacionfeminista.org>.

⁹ El Observatorio de Sentencias Judiciales es uno de los componentes del proyecto «*Monitoring for Empowerment: Women's Rights in the Media and the Courts of Law*», financiado por el Gobierno de Holanda a través del MDG3 Fund.

sido descartada por organismos científicos internacionales. Esta resolución evidencia la ausencia de un tratamiento jurídico coherente de parte del Tribunal, esbozando más bien una intromisión de sectores religiosos y políticos conservadores en tales decisiones. En el segundo artículo, se hace un análisis sobre la sentencia del Tribunal Constitucional que establece las visitas íntimas de las reclusas por terrorismo, evidenciando la ausencia de argumentos que fundamenten la discriminación contra las mujeres en este caso y el tratamiento de la visita íntima como un beneficio penitenciario, dejando de lado su reconocimiento como un derecho fundamental.

En el tercer y cuarto artículo, las autoras se pronuncian sobre el derecho reproductivo a ser madre, de un lado en el caso de las cadetes que quedan embarazadas y son tratadas de manera discriminatoria y expulsadas de los institutos de formación policial, atentando contra sus derechos fundamentales a la integridad, a la educación y al libre desarrollo de su personalidad; por otro lado en el caso de la maternidad producto de inseminación artificial, la autora destaca los obstáculos que actualmente tienen las mujeres que deciden ser madres y que biológicamente no pueden serlo, la legislación y el criterio jurisdiccional desconocen la evolución de las técnicas de reproducción asistida, basándose solo en un concepto tradicional de maternidad.

Los tres artículos finales son de índole periodístico, ponen en evidencia el tratamiento noticioso de tres sentencias: el caso de las cadetes embarazadas, la AOE y las visitas íntimas de las mujeres condenadas por terrorismo. Complementan el análisis hecho desde el ámbito jurídico, al visibilizar el tratamiento de estas sentencias en el campo comunicacional y destacar el lugar que ocupan las noticias vinculadas a los derechos de las mujeres en los medios y el tipo de tratamiento periodístico que se les da.

La metodología de DEMUS para la ubicación de sentencias se ha ido replanteando en el proceso. El trabajo realizado en el año 2009, mostró las dificultades para acceder a las sentencias de los tribunales superiores de justicia. El acceso a la información virtual ha sido limitado, ya que el observatorio de jurisprudencia del Poder Judicial era, en la mayoría de los casos, inaccesible debido a la lentitud de su propio sistema, sobre todo en cuanto al ingreso y navegación en su página web. Así mismo, el acceso a sentencias penales sobre violencia sexual es reservado por la judicatura y sólo se brinda información a las partes. Estos obstáculos presentados nos hicieron recurrir a las académicas y a las magistradas del Capítulo de Juezas de la Asociación de Jueces por la Justicia y la Democracia (JUSDEM) para que nos brinden jurisprudencia de la Corte Superior y de la corte Suprema de Justicia del Poder Judicial.

En cambio, las sentencias del Tribunal Constitucional siempre fueron accesibles, porque son colocadas diariamente en su página web. A pesar

que su jurisprudencia versa sobre derechos humanos, son pocas las oportunidades en que se pronuncia sobre los derechos de las mujeres. Esto nos invita a reafirmar nuestro compromiso con el trabajo que hemos iniciado, y a buscar las maneras para profundizarlo en los próximos meses.

Confiamos en que el material que ofrecemos invite a reflexionar sobre los derechos de las mujeres ante los tribunales de justicia, y contribuya al debate de dichos derechos, a la luz de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

PARTE I
ARTÍCULOS JURÍDICOS

EL DILEMA DE LA PÍLDORA DEL DÍA SIGUIENTE (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EN EL EXP. N° 2005-2009-PA/TC)

Luis Sáenz Dávalos¹⁰

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El 22 de octubre del 2009 fue publicada en la página web del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe) la sentencia expedida en el consabido asunto del anticonceptivo oral de emergencia, más conocido también, como píldora del día siguiente. A partir de entonces se iniciaría una intensa, sesuda y muy acalorada polémica, principalmente desde los ámbitos académicos y periodísticos¹¹, la misma que tras varias semanas de prolongación, parecía haber quedado sometida a paños fríos.

¹⁰ Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹¹ La polémica en realidad, ha sido muy intensa. Sin pretender hacer un inventario completo, daremos cuenta de algunas de las piezas del debate tanto a nivel académico como periodístico. En lo que respecta al primero de los mencionados escenarios, figuran: RODRÍGUEZ CAMPOS, Rafael. «Reflexiones sobre la prohibición de la píldora del día siguiente». Lima, 24 de octubre de 2009. <<http://www.agoraabierta.blogspot.com/>>; RAMÍREZ VARELA, Lilia. «TC lejos de la tutela de los derechos de las mujeres». En *Informando Justicia* N° 251, 29 de octubre del 2009, Boletín Electrónico Semanal de Justicia Viva. Véase también el especial dedicado al tema en *Gaceta Constitucional*, tomo 23, Lima, noviembre del 2009, en el que aparecen los siguientes trabajos: SOSA SACIO, Juan Manuel. «El Tribunal Constitucional y la sentencia que decide desde cuando empieza la vida humana»; ALVITES ALVITES, Elena. «Los límites de la jurisdicción constitucional a propósito del proceso de amparo sobre la anticoncepción oral de emergencia»; LLAJA VILLENA, Jeannette. «Comentarios a la última sentencia del Tribunal Constitucional sobre la AOE»; ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. «El pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano sobre el anticonceptivo oral de emergencia. Algunas reflexiones sobre el particular»; y, MORALES LUNA, Félix. «El debate en torno a la anticoncepción oral de emergencia y el aborto desde una perspectiva argumentativa». En el ámbito periodístico y al margen de una interminable cantidad de reportajes y notas difundidas, pueden citarse, entre otros a: DU BOIS, Fritz. «La incoherencia del día siguiente», *Perú* 21, 23 de octubre de 2009; MARIATEGUI, Aldo. «Los ayatollahs del TC», *Correo*, 23 de octubre de 2009; editorial «TC: Fallo regresivo y discriminatorio», *La República*, 24 de octubre de 2009; ADRIANZÉN M., Alberto. «La charada y el medioevo», *La República*, 24 de octubre de 2009; HILDEBRANDT, César. «El aborto del Tribunal», *La Primera*, 24 de octubre de 2009; SALAZAR, Federico. «El concebido contra el Estado», *La República*, 25 de octubre de 2009; DU BOIS, Fritz. «El karma constitucional», *Perú* 21, 25 de octubre de 2009; SIFUENTES, Marco. «El mesías del día siguiente», *Perú* 21, 25 de octubre de 2009; BASOMBRI, Carlos. «¿Quiénes promueven el aborto?», *Perú* 21, 27 de octubre de 2009; GONZALES, Carmen. «La prohibición de la píldora», *Perú* 21, 27 de octubre de 2009; LAUER, Mirko. «La sentencia del día siguiente», *La República*, 27 de octubre de 2009; MANRIQUE, Nelson. «La fuerza pública y la fe», *La República*, 27 de octubre de 2009; LYNCH, Nicolás. «Quiéren nuestros cuerpos», *La República*, 27 de octubre de 2009; PAREDES CASTRO, Juan. «La Torre de Babel del día siguiente», *El Comercio*, 27 de octubre de 2009; BALBI, Mariella. «El sexo del tribunal», *El Comercio*, 27 de octubre de 2009; VIVAS, Fernando. «El increíble fallo del TC. Píldoras para sincerarnos», *El Comercio*, 27 de octubre de 2009; ASOCIACIÓN VIDA & FAMILIA. «Pronunciamiento en respaldo a la decisión del Tribunal Constitucional», *Correo*, 28 de octubre de 2009; DU BOIS, Fritz. «El partido se jugaría en otro lado», *Perú* 21, 29 de octubre de 2009; SOLARI DE LA FUENTE, Luis Felipe. «Mitomanía», *El Comercio*, 29 de octubre de 2009; CHÁVEZ-FERNÁNDEZ P., José. «Una duda razonable», *El Comercio*, 29 de octubre de 2009; GUZMÁN, Alfredo. «Hay evidencia científica», *El Comercio*, 29 de octubre de 2009; SOUZA, Rolando. «La píldora del día siguiente o de la responsabilidad», *Expreso*, 29 de octubre de 2009; GAMARRA, Ronald. «Decisión contra las mujeres», *La República*, 30 de octubre de 2009; CHÁVEZ DE OCAMPO, Martha. «¿Cosa de mujeres?», *El Comercio*, 31 de octubre de 2009; BEDOYA UGARTECHE, Andrés. «Píldoras, pulmones y otras sandeces», *Correo*, 31 de octubre de 2009; SALAZAR, Federico. «Defensa del TC contra la Defensoría», *La República*, 1 noviembre de 2009; pronunciamiento público «Las mujeres también tienen derechos humanos. Por el acceso a la anticoncepción oral de emergencia», *El Comercio*, 1 de noviembre de 2009; REY DE CASTRO, Luis. «El gran manicomio», *Correo*, 1 de noviembre de 2009; TELLO, María del Pilar. «La AOE y la cosa juzgada», *Diario Oficial El Peruano (Suplemento Escenarios)*, 2 de noviembre de 2009; DE LUQUE, Carola. «La tableta de emergencia», *La Primera*, 2 de noviembre de 2009; LEMLIJ, Moisés. «¿Cuestión de vida o de muerte?», *Perú*, 21, 3 de noviembre de 2009; TUDELA CHOPITEA, Alejandro. «Disquisiciones Constitucionales», *Expreso*, 4 de noviembre de 2009; ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto.../

Que el debate quedara relegado de alguna manera, no significaba tampoco que la discusión hubiese desaparecido del escenario o que en definitiva, se diera por superada. Siempre estuvimos convencidos que cualquiera que hubiese sido el tiempo a esperar, el tema nuevamente volvería a replantearse, no solo debido a su virtual elevación ante las instancias de la jurisdicción supranacional, donde en algún momento y de seguro habrá de dilucidarse, sino porque en nuestra opinión, la sentencia que nos dejó el Tribunal, lejos de haber contribuido a clarificar las cosas y a colocar un dosis de cordura o sentido común en el problema que en su día pretendió resolver, generó enormes dudas sobre el mismo y más de una interrogante sobre los argumentos utilizados en pro de sustentarla.

Más rápido de lo que pensábamos, la polémica ha vuelto a reactivarse y curiosamente lo ha sido, no porque exista otro pronunciamiento de por medio, sino porque *motu proprio* el Estado peruano, a través del Ministerio de Salud¹², ha decidido nuevamente dar luz verde a la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia, basándose a su juicio en ciertos elementos argumentales contenidos en la propia sentencia. De acuerdo con estos últimos, la ejecutoria del Tribunal fue emitida en condicional, es decir, sujeta a que ciertas dudas fueran esclarecidas. Como estas lo han sido tras una consulta realizada ante la Organización Mundial de la Salud, la prohibición en su momento decretada, ya no sería procedente.

El Tribunal Constitucional y quienes en su oportunidad defendieron la sentencia, han denunciado el proceder del Ministerio de Salud como un abierto incumplimiento de dicha ejecutoria y como un desafío a la santidad de la cosa juzgada¹³. La polémica entonces amenaza prolongarse por más

.../«La sentencia AOE», *Correo*, 6 de noviembre de 2009; ARBAIZA, Luis. «El embrión no es un ser humano», *La Primera*, 9 de noviembre de 2009; SCHMUEL, Uri Ben. «El muro del TC», *La Razón*, 10 de noviembre de 2009; ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto. «Nuestra sentencia sobre la píldora del día siguiente», *El Comercio.com.pe*, 10 de noviembre de 2009; editorial «TC: persistiendo en el error», *La República*, 11 de noviembre de 2009; GUTIÉRREZ, Walter. «Una píldora que afecta al TC», *El Comercio.com.pe*, 11 de noviembre de 2009; ÁLVAREZ RODRICH, Augusto. «El Tribunal de la Santa Disquisición», *La República*, 12 de noviembre de 2009; comunicado público «Manifiesto desde Arequipa», *La República*, 15 de noviembre de 2009; GILDEMEISTER, Eduardo. «Sector Salud: hay muchísimo que hacer», *Gestión*, 17 de noviembre de 2009; UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. «Sin estabilidad jurídica no hay país viable», *El Comercio*, 21 de noviembre de 2009; SUMMERS, Rainer. «La píldora del día siguiente», *Expreso*, 23 de noviembre de 2009. Toda esta extensa enumeración no incluye, por cierto, la amplia cantidad de pronunciamientos y opiniones difundidas por las diversas organizaciones dedicadas a la promoción y defensa de los Derechos de la Mujer, cuyos puntos de vista en este tema no dejan de ser sin embargo, sumamente importantes. Para su consulta es pertinente acudir a los respectivos portales electrónicos.

¹² Véase al respecto la Resolución Ministerial N° 167-2010/MINSA, del 8 de marzo de 2010, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*. Lima, 9 de marzo de 2010.

¹³ Véase al respecto el Comunicado de la Presidencia del Tribunal Constitucional, del 9 de marzo del 2010, publicado en la página web del TC.

tiempo¹⁴ y mucho de lo que se diga en adelante podría asumirse como parcial, habida cuenta de lo que seguramente vendrá

Este trabajo no pretende dar cuenta de esta última fase del debate. En realidad no tiene mucho interés en que así sea. Su objetivo es, desde nuestro punto de vista, uno mucho más breve, pero también más certero. Nuestro interés, en rigor, se circunscribe a analizar los alcances de la ejecutoria emitida por nuestro máximo órgano de control de la constitucionalidad de cara a lo que se le pidió y a lo que por consiguiente respondió. De la sentencia en resumen, es de donde arranca toda la discusión, por lo menos en la forma como ahora la conocemos. Por tanto, nuestro esfuerzo se focaliza en su contenido y en la respuesta que, para bien o para mal, se dispensa a los diversos problemas que plantea.

Un segundo objetivo de nuestro trabajo busca hacer hincapié en las eventuales implicancias que la aplicación de la consabida ejecutoria puede traer consigo en relación directa con los derechos de la mujer. Desde nuestro punto de vista, si hay una gran falencia en la respuesta jurisprudencial otorgada, esta se traduce en una clamorosa minimización de los derechos de la mujer, lo que resulta particularmente delicado cuando, por paradoja, es este un caso que por razones casi naturales les incumbe a ellas más que a nadie.

Nuestro trabajo, finalmente, invita a la reflexión sobre la necesidad que se tiene por una mayor coherencia en la línea de razonamiento que maneja el supremo colegiado, lo que por cierto, no es un asunto nada irrelevante. Hasta hace muy poco decía el Tribunal, con toda contundencia, que el anticonceptivo oral de emergencia no resultaba lesivo del derecho a la vida y que, por tanto, se justificaba plenamente su inclusión en los programas de planificación familiar. Ahora, y tras este último pronunciamiento, resulta que es todo lo contrario, sin que las razones de dicha variación de posición resulten mínima o elementalmente convincentes. Analicemos a renglón seguido estos extremos.

2. LOS ANTECEDENTES DEL CASO. LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO CON EXPEDIENTE N° 7435-2006-PC/TC (CASO: SUSANA CHÁVEZ ALVARADO Y OTRAS)

A raíz de la incorporación del anticonceptivo oral de emergencia en los métodos anticonceptivos integrantes de los programas de planificación

¹⁴ Ello ya se puede apreciar a nivel periodístico. Cfr. HILDEBRANDT, César. «Triunfo de la razón», *La Primera*, 9 de marzo de 2010; MONROY CERVANTES, Javier. «Sancochando la píldora», *La Razón*, 10 de marzo de 2010; editorial «Ministro Ugarte: Insistiendo con la AOE», *La República*, 10 de marzo de 2010; SCHMUEL, Uri Ben. «AOE», *La Razón*, 11 de marzo de 2010; EGUREN ANSELMÍ, José Antonio. «Polémica decisión sobre la píldora», *El Comercio*, 12 de marzo de 2010; editorial «El TC y la píldora», *Expreso*, 12 de marzo de 2010; ÁLVAREZ RODRICH, Augusto. «A pesar de la cucufatería nacional», *La República*, 13 de marzo de 2010; TUDELA CHOPITEA, Alejandro. «Doble patinada jurídica», *Expreso*, 17 de marzo de 2010; SALINAS, Pedro. «La píldora de la perdición», *Perú 21*, 21 de marzo de 2010; PACCINI, Renzo. «Efecto abortivo sí puede ocurrir», *El Comercio*, 23 de marzo de 2010; GUZMÁN, Alfredo. «Desinforma que algo queda», *El Comercio*, 23 de marzo de 2010.

familiar que al Estado peruano correspondía garantizar, se inició hace algunos años una intensa discusión acerca de si éste resultaba o no abortivo. La polémica no era gratuita, pues reproducía lo que ya en otros países se daba, un debate intenso como consecuencia de haberse difundido, por ciertos sectores, la versión de que el citado medicamento, producía un efecto particularmente abortivo (el llamado tercer efecto), distinto de aquellos propiamente anticonceptivos (retraso o impedimento de la ovulación, obstaculización del proceso de migración espermática). Según se decía, este tercer efecto quedaba acreditado al producirse alteraciones sobre el endometrio o cavidad interna del útero.

El Estado peruano, que inicialmente había autorizado la incorporación del medicamento dentro de los programas de planificación familiar, así como su difusión y distribución en los centros de salud pública, de pronto dio marcha atrás y sin mayor explicación dejó de repartirlo. Ante ello algunas organizaciones vinculadas a la defensa de los derechos de la mujer protestaron y promovieron un proceso constitucional de cumplimiento contra el Ministerio de Salud¹⁵, que tras ser desestimado por el Poder Judicial fue conocido y resuelto por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 7435-2006-PC/TC (Caso: Susana Chávez Alvarado y otras)¹⁶.

Aunque la fundamentación utilizada por aquella ejecutoria constitucional no fue tan extensa como cabría esperar desde el punto de vista académico, tuvo sin embargo dos méritos: tomó en cuenta las diversas posiciones existentes sobre el tema y otorgó una respuesta absolutamente concluyente a la discusión por entonces generada¹⁷.

La sentencia, de una manera sencilla pero a la par enfática, señaló: «...este Colegiado, en estricto acatamiento de las normas debidamente aprobadas por el Ministerio de Salud, de sus mandatos vigentes, del mandato constitucional de eficacia de las normas legales y de los actos administrativos, teniendo en cuenta los diversos informes amicus curiae así como de las instituciones involucradas (los cuales han determinado que en el estado actual de la medicina los efectos del AOE son anticonceptivos) estima que las pretensiones de las recurrentes deben ser amparadas...».

¹⁵ Dicho proceso tenía por objeto el cumplimiento de los mandatos contenidos tanto en la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, del 25 de setiembre de 1999, mediante la cual se aprobaron las Normas de Planificación Familiar, garantizándose la libre elección y acceso informado en las opciones anticonceptivas, como en la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, del 17 de julio de 2001, que incorporó la anticoncepción oral de emergencia como un método típicamente anticonceptivo. Por lo demás, y de manera independiente a que para la fecha de interposición del citado proceso las resoluciones en mención se encontrasen ya derogadas, sus mandatos continuaban vigentes al haber sido sustituidos por resoluciones posteriores, como finalmente el Tribunal lo entendió.

¹⁶ Esta sentencia fue expedida por unanimidad, habiendo sido suscrita por los magistrados Víctor García Toma, Magdiel Gonzales Ojeda, Javier Alva Orlandini, Juan Vergara Gotelli, César Landa Arroyo y Carlos Mesía Ramírez.

¹⁷ Un breve análisis de esta ejecutoria lo tenemos en LLAJA VILLENA, Jeannette. «La Obligación de informar y distribuir la Anticoncepción Oral de Emergencia-AOE, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional en un Proceso de Cumplimiento». En *Justicia de Género*. «Tribunal Constitucional y AOE. Una victoria ciudadana». Lima: Demus, 2008, pp. 3 y ss.

No se trató pues, como es fácil de apreciar, de un pronunciamiento formal sobre la necesidad de dar cumplimiento a una o más resoluciones caprichosamente incumplidas, sino de una auténtica merituación de fondo, mediante la cual el Tribunal hizo suya la posición de quienes desde un punto de vista adecuadamente sustentado abogaban por el carácter plenamente legítimo en el uso del anticonceptivo oral de emergencia. Fue en consideración a ello, y no a partir de apreciaciones subjetivas, que optó por estimar que no había justificación alguna para interrumpir el programa de difusión y distribución del citado fármaco y que, por consiguiente, era plenamente legítimo exigir el cumplimiento de aquellos mandatos administrativos (resoluciones administrativas) orientados a dichos propósitos.

El detalle a tomar en cuenta es que por la misma época en que se tramitaba este proceso constitucional, otro proceso paralelo, igual de constitucional, empezaba su curso¹⁸. Se trataba del proceso de amparo promovido por la ONG «Acción de Lucha Anticorrupción» y que ha sido el que condujo finalmente a la segunda decisión del Tribunal que aquí comentaremos. Lo curioso del caso, y como veremos luego, es que este segundo proceso, al revés de la pretensión del primero, buscaba exactamente lo contrario, no la distribución del anticonceptivo oral de emergencia y su inclusión como parte de los programas de planificación familiar, sino su definitiva prohibición, alegando para ello una supuesta vulneración del derecho fundamental a la vida.

3. EL PROCESO DE AMPARO TRAMITADO CON EXPEDIENTE N° 2005-2009-PA/TC (CASO: ONG ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCIÓN)

3.1 Las posiciones de las partes. Trámite judicial

Como ya se ha precisado, fue la Organización No Gubernamental «Acción de Lucha Anticorrupción» la encargada de promover una segunda demanda constitucional en contra del Ministerio de Salud. La vía procesal utilizada en esta ocasión fue la del amparo, el petitorio planteado buscaba dos objetivos: a) que la citada dependencia del Poder Ejecutivo se abstenga de iniciar el programa de distribución del anticonceptivo oral de emergencia en todas las entidades públicas de salud donde se pretenda su entrega gratuita; y, b) que se prohíba la distribución, bajo etiquetas promocionales, de proyectos que el mismo Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del anticonceptivo oral de emergencia, sin previa consulta al Congreso de la República.

¹⁸ Es importante tomar en consideración que mientras la demanda de cumplimiento interpuesta por Susana Chávez Alvarado y otras fue presentada con fecha 18 de setiembre del 2002 y resuelta por el Tribunal Constitucional el 13 de noviembre del 2006 (Exp. N° 7435-2006-PC/TC), la demanda de amparo promovida por la ONG Acción de Lucha Anticorrupción, lo fue con fecha 29 de octubre del 2004 y fue finalmente sentenciada el 16 de octubre del 2009 (Exp. N° 2005-2009-PA/TC). Ello supuso que en algún momento, ambos procesos se tramitaron en forma paralela aunque en distintas etapas procesales.

El petitorio intentó justificarse con un argumento por entonces ya bastante recurrente. Según éste, el anticonceptivo oral de emergencia produce un efecto abortivo (el ya mencionado tercer efecto) y respecto del mismo la comunidad científica se encuentra supuestamente dividida, por lo que al existir la presunción de que afecta el derecho a la vida del concebido debe procederse a prohibir su distribución a título de método gratuito de planificación promovido desde el Estado. Ese era en lo fundamental, y más allá de consideraciones extra jurídicas, el objetivo de la demanda planteada.

El Ministerio de Salud, por intermedio de su Procurador Público, contestó la demanda oponiendo algunos temas formales, empero, en lo sustancial, refutando las pretensiones propuestas en atención a que el anticonceptivo oral de emergencia carece de todo efecto abortivo por haber quedado ello plenamente acreditado. En apoyo de dicha aseveración alegó la conformación de una Comisión de Alto Nivel¹⁹ encargada de la emisión de un informe científico respaldado en consideraciones tanto médicas como jurídicas, de acuerdo con las cuales había quedado absolutamente acreditado que el fármaco objeto de cuestionamiento tenía pleno sustento constitucional y legal y por tanto su inclusión en los programas de planificación familiar, así como su distribución gratuita, debía ser garantizada desde el Estado, fundamentalmente en apoyo de las personas con menores recursos. Asimismo, agregaba que la postura asumida por el Ministerio era compartida por la Defensoría del Pueblo, autora de un detallado informe sobre la anticoncepción oral de emergencia²⁰, el mismo que tomó en cuenta las opiniones científicas y médicas más autorizadas sobre el tema, tanto nacionales como internacionales. En suma, concluía que el anticonceptivo cuestionado no resultaba lesivo a ningún derecho y que se trataba de un asunto de salud pública, especialmente vital para la seguridad de las personas con más escasos recursos.

Adicionalmente a la participación de las partes, se presentaron en la condición de *amicus curiae* diversas entidades e instituciones: la Defensoría del Pueblo, la Academia Peruana de Salud, la Organización Panamericana de la Salud (Oficina de la Organización Mundial de la Salud), el Colegio Médico del Perú, el Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), el Instituto Peruano de Paternidad Responsable (INNPARES), el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), la Alianza Latinoamericana para la Familia (ALAFAM), la Population Research Institute, la Coordinadora Nacional Unidos por la Vida y la Familia (CONUVIFA) y la Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú. Las siete primeras argumentaban a favor de la demanda, las cuatro restantes, en contra.

¹⁹ Cfr. Resolución Suprema N° 007-2003-AA, del 11 de septiembre de 2003.

²⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 78 «Anticoncepción Oral de Emergencia», aprobado mediante Resolución Defensorial N° 040-2003-DP, del 18 de diciembre del 2003.

Aunque la demanda presentada fue acogida parcialmente por la primera instancia del Poder Judicial por estimar que se podría atentar contra la vida del concebido al no haberse descartado contundentemente el «tercer efecto» del medicamento, la segunda instancia (tras diversas discordias) la revocó, declarándola fundada sólo en parte, ya que a su entender podía verse vulnerado el derecho a la información²¹, por lo que la entidad recurrente, considerando que no se había satisfecho lo que esencialmente solicitó, decidió interponer el correspondiente recurso de agravio, habilitando con ello la competencia del Tribunal Constitucional.

3.2 La sentencia del Tribunal Constitucional. Temas desarrollados y problemas planteados

Llegado el momento se expide la sentencia del colegiado constitucional. Cinco de sus magistrados se pronuncian a favor de la demanda interpuesta²² y dos en contra²³. La discrepancia queda reflejada, pero igual, la decisión resulta definitiva.

Revisado el contenido de la citada ejecutoria se aprecian diversos ítems en los que ésta se descompone. Aquí destacaremos los que consideramos fundamentales, priorizando el análisis en el asunto que más nos interesa.

Sobre la legitimidad procesal (Fundamentos 2 y 3)

Un primer tema que resulta de interés para el colegiado se refiere a la legitimación procesal. Tema formal, sin duda, pero muy importante, pues más allá de que la pretensiones planteadas resultaran o no legítimas, la invocación a un derecho tan fundamental como la vida exigía una meritación no solo en términos subjetivos, sino también objetivos. Ello supuso para el Tribunal que asumiese la perspectiva de que reclamos como los planteados pudiesen ser vistos desde la lógica que sustenta los llamados intereses difusos y, por tanto, conferir legitimidad plena o absoluta a cualquiera que los planteara.

Sobre el derecho a recibir información y el derecho a la autodeterminación reproductiva (Fundamentos 4, 5 y 6)

El Tribunal quiso darle *aggiornamento* a su sentencia recurriendo a algunos conceptos que pueden resultar esenciales sin son correctamente utilizados. Sin embargo, estos mismos se tornan irrelevantes o simplemente decorativos si les consigna sin ninguna consecuencia mínimamente lógica. Es el caso

²¹ Este aspecto en rigor, no había sido solicitado por la entidad demandante, por lo que de alguna forma tenía lógica el que considerara no satisfechas sus pretensiones.

²² Juan Vergara Gotelli, Carlos Mesía Ramírez, Ricardo Beaumont Callirgos, Gerardo Eto Cruz y Ernesto Álvarez Miranda.

²³ César Landa Arroyo y Fernando Calle Hayen.

del derecho a recibir información, pero sobre todo, del derecho a la autodeterminación reproductiva.

Dichos atributos resultan básicos en un Estado de Derecho y, desde dicha óptica, nadie podría encontrarse en desacuerdo con los mismos. Pero si, como veremos más adelante, se va a optar por una tesis en la que se neutraliza por completo la capacidad de decisión de la pareja para optar por el método anticonceptivo que resulte de su conveniencia e interés y, por tanto, queda en el aire cualquier eventual apoyo o recurrencia en función de tales derechos, no sabemos a ciencia cierta cuál sea la razón de consignarlos. En el mejor de los casos, y si la lógica de la sentencia hubiese apuntado hacia un análisis ponderativo, en el que uno o más bienes jurídicos resultaran de satisfacción excluyente frente a otros (los que aquí se mencionan) igual de importantes, ello hubiese tenido que explicarse de esa forma. Lamentablemente, no aparece por ningún lado dicho análisis, lo que refuerza la idea de que los conceptos en mención, bien que importantes, terminan por sobrar en esta ejecutoria.

Sobre el Derecho a la Vida (Fundamentos 7, 8, 9, 10, 11 y 12)

Definitivamente el tema del derecho a la vida es el esencial para esta controversia. Por lo demás así se plantea en la demanda y por tanto exigía, como en efecto se ha hecho, un pronunciamiento detallado.

Más allá de las importantes consideraciones que se hacen en relación con el contenido del citado atributo, así como en relación a su reconocimiento a nivel internacional, le ha preocupado al Tribunal otorgar una respuesta a determinadas interrogantes que el mismo se ha formulado en torno del inicio de la vida y el tratamiento jurídico del concebido. No está mal, por lo demás, que tales temas hayan sido desarrollados y que se les haya otorgado respuesta. Lo que en todo caso sí preocupa de alguna manera, es la coherencia en el tipo de argumentos utilizados. Veamos esto a continuación.

Sobre el inicio de la vida, la concepción y los principios interpretativos (Fundamentos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 y 34)

Para el Tribunal Constitucional el inicio de la vida se debe dilucidar principalmente en atención a dos teorías, a estas alturas bastante conocidas, la teoría de la fecundación y la teoría de la anidación. Mientras que para la primera se privilegia el momento en el que se produce la fusión de los elementos masculino (espermatozoide) y femenino (óvulo) en la presencia y desarrollo de una nueva célula autónoma y dotada de características propias como es el cigoto, para la segunda, se enfatiza o repara en la viabilidad del embrión tras su implantación en la cavidad interna del útero (endometrio). De este modo, y según afirma, el momento exacto de la concepción difiere

en uno y otro supuesto, pues mientras que en el primer caso aquel equivale a la fecundación, en el segundo, ese momento sólo opera a partir de la anidación.

Cada una de estas líneas de raciocinio tiene pues sus propias maneras de enfocar el inicio de la vida. Y es en base a los insumos argumentales proporcionados por ambas que el Tribunal, *prima facie*, tendría que decidir.

Ello no obstante el mismo Tribunal, antes de darnos su respuesta, decide incursionar en el análisis de un concepto que resultara clave para inclinarse por una u otra teoría. Se trata de lo que el ordenamiento jurídico denomina como concebido.

Al respecto, y según se describe en la sentencia, no existe discusión en torno al momento desde el cual se protege la vida, pues el ordenamiento jurídico deja muy en claro que ello se produce desde el instante preciso de la concepción. El problema es que dicho lapso temporal no ha sido descrito por norma alguna, como el mismo colegiado se ocupa de glosarlo invocando un amplio catálogo normativo (Código Civil, Ley de Política Nacional de Población, Ley General de Salud, Código Sanitario, Código de los Niños y Adolescentes, etc.).

Sin embargo, y en medio de dicho contexto, no deja de repararse en algo relativamente significativo. Según refiere el Tribunal, existe un documento denominado *La Salud Integral: compromiso de todos. Modelo de Atención Integral de Salud*, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 729-2009-SA/DM, del 20 de junio del 2003. Según dicho documento, la atención integral del menor opera desde la llamada fecundación, por lo que, si nos atenemos al raciocinio que aquel utiliza, el tema supuestamente habría quedado definido, por lo menos a nivel infralegal.

A continuación el colegiado explica los alcances del término concebido para el ámbito de la doctrina. Así, tras pasar revista a algunas definiciones proporcionadas por tres diccionarios jurídicos, reparará en que la mayor parte de estudiosos en los ámbitos del derecho constitucional, civil y genético, supuestamente se adscriben a la teoría de la fecundación, mientras que serían únicamente los especialistas del derecho penal los que fundamentalmente se adscribirían a la teoría de la anidación.

A partir de allí proclamará que será a la ciencia (entiéndase médica) a quien corresponderá describir y explicar el proceso de reproducción humana y cada una de las etapas del proceso biológico existencial, y que sus líneas de raciocinio necesariamente deberán ser tomadas en cuenta por el mundo jurídico para resolver las controversias que se le presenten. Nos advertirá empero, algo sobre lo que más adelante volveremos, que como la ciencia médica supuestamente se encuentra dividida y no puede arribar a una

respuesta definitiva, el mundo jurídico también tendría que estar dividido. Ante tal estado de incertidumbre nos propone, como mejor alternativa de recurrencia, el echar mano de determinados principios interpretativos como el *pro homine* (que propugna un raciocinio en defensa de los derechos fundamentales) y el *pro debilis* (que busca privilegiar el trato para con quien se considera víctima o parte más débil).

Sobre la opción del Tribunal (Fundamentos 35, 36, 37 y 38)

Y la respuesta definitiva del colegiado, aún reconociendo encontrarse en un *mare mágnum* de duda, es una sola. Se siente decantado por estimar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna (es decir, con la fecundación), de lo que extrae, por otra parte, que la llamada anidación o implantación, forma parte del desarrollo del proceso vital, más no es propiamente el inicio de la misma. Por lo demás subraya, que hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo y que es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo el que condiciona a la concepción, dando así por resuelto este primer extremo del debate.

Enjuiciamiento crítico desde la propia argumentación utilizada

Como lo decíamos líneas atrás, no tiene nada de extraño que el colegiado constitucional opte por pronunciarse sobre un tema de tanta importancia como el descrito. Sin embargo, tras examinar sus posturas, son varias las reflexiones que las mismas nos despiertan.

La primera que salta a la vista es la siguiente. El Tribunal abiertamente reconoce que en los temas relativos al proceso de reproducción humana y a las etapas de desarrollo del proceso biológico existencial, es la ciencia médica la que establece la pauta a seguir. En tales circunstancias es lógico suponer que si la ciencia médica determina algo sobre extremos como los descritos, tal determinación tendría que ser la que el Derecho y, por supuesto, su jurisprudencia debería de seguir.

Pese a lo dicho, la sentencia opta por la teoría de la fecundación que no es precisamente la corriente postulada, por lo menos en términos oficiales, por la ciencia médica. Basta con revisar la postura asumida por la Organización Mundial de la Salud²⁴ así como por otras organizaciones especializadas a nivel internacional (Comité de Ética de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, el Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología, etc.) para así corroborarlo.

²⁴ Cfr. Organización Mundial de la Salud. Departamento de Salud Reproductiva e Investigación. «Improving methods of emergency contraception». En *Progress in Reproductive Health Research*, N° 51, 1999. <http://www.who.int/reproductive-health/hrp/progress/51/news51_1.en.html>

Podrá decirse, como lo hace el Tribunal, que existe más de una discrepancia científica en torno a las teorías que explican el inicio de la vida. Nada extraño sería el reconocerlo. Sin embargo, que exista dicha discrepancia no invalida o desaparece en lo absoluto lo que, a la fecha, es la posición oficialmente asumida por el máximo ente representativo de la ciencia médica. Que al colegiado no le agrade dicha posición oficial es por supuesto plenamente legítimo, pero tampoco es justificativo como para ignorarla de manera tan evidente, como parece inferirse de la propia sentencia.

Por lo demás, y sobre esto seguramente volveremos más adelante, tampoco es argumento para atenuar una posición oficial el que ésta no sea consensuada a nivel de la comunidad científica. Con una lógica de ese tipo, toda posición asumida en términos oficiales sería cuestionable por el solo hecho de no ser compartida por uno o más sectores, también científicos.

Ahora bien, el Tribunal ha buscado sustentar su razonamiento en un insumo argumental que *prima facie* le proporciona el derecho. Por lo mismo, ha prestado especial atención al tratamiento del concebido (al que evidentemente se refiere el ordenamiento jurídico) y al significado de la llamada concepción.

Aunque este proceder es correcto y hasta necesario, se observa en la argumentación a la que apela la sentencia una construcción bastante frágil al intentar demostrar que la concepción a la que se refiere nuestro ordenamiento es una suerte de sinónimo o equivalente a la llamada la fecundación. Para estructurar esta línea argumentativa la sentencia echa mano hasta de cuatro consideraciones. La primera referida a la existencia de un documento administrativo, la segunda relativa a los significados utilizados por los diccionarios, la tercera concerniente a las posiciones asumidas por la doctrina, y la cuarta sustentada en un raciocinio típicamente interpretativo.

En cuanto a lo primero, no hay mucho que comentar y, digámoslo de verdad, ni el propio Tribunal se lo toma tan en serio. El que en algún momento se haya aprobado el documento denominado *La Salud Integral: compromiso de todos. Modelo de Atención Integral de Salud*, y el que en su contenido se hable de la fecundación, no supone toma de posición oficial alguna, pues dicho documento tiene carácter meramente referencial, como el propio Tribunal se encarga de reconocerlo. Por lo demás, y así fuese plenamente obligatorio, tampoco podría imponer pauta interpretativa alguna, habida cuenta de su carácter infra legal.

En cuanto a la segunda consideración, más allá de las glosas que el Tribunal realiza apelando a tres diccionarios jurídicos, es de advertir que ninguna de las citadas fuentes considera que la concepción se agota con la fecundación. Incluso el texto de García Calderón, consigna el término preñez que, como

veremos luego, no es precisamente un sinónimo de lo que representa la fecundación.

Curiosamente llama la atención que el colegiado no mencione el Diccionario de la Real Academia Española, que se supone tendría que ser la voz autorizada para entender lo que oficialmente se asume por el término concepción. Probablemente ello responda a que dicha publicación prefiere reivindicar el denominado «estado de preñez»²⁵ antes que el de la llamada fecundación.

Donde encontramos un intento bastante forzado para tratar de justificar la teorización asumida, es en el tercer grupo de consideraciones. Según las mismas, la ciencia jurídica peruana se divide entre los penalistas y la gran mayoría de especialistas. En este último grupo están casi todos los juristas, los constitucionalistas, los estudiosos en derecho civil, los peritos del derecho genético, etc. En el otro grupo, solo encontramos a los especialistas del derecho penal. Son ellos, a juicio del Tribunal, los únicos que solitariamente comparten o hacen suya la tesis de la anidación.

Argumentos como este último desbordan lo estrictamente objetivo e ingresan en un terreno bastante subjetivista, por no decir francamente pasionista. Que hay un buen número de estudiosos del Derecho que comparte la teoría de la fecundación, es totalmente correcto, como acertado es que otro grupo de ellos opta por la posición contraria, la teoría de la anidación. Pero que de una lectura de la discrepancia o discusión entre los estudiosos se extraiga la tesis de que las tendencias se grafican en función de las especialidades jurídicas, no resiste el menor de los análisis.

Solo a modo de referencia recordaremos lo siguiente. Con motivo del debate sobre el anticonceptivo oral de emergencia, los sectores estatales involucrados recabaron la opinión de dos comisiones de expertos, las mismas que analizaron en su momento, entre otros aspectos, precisamente el que aquí venimos comentando (el inicio de la concepción o embarazo). La primera de esas opiniones fue emitida el 9 de diciembre del 2003 por la Comisión de Alto Nivel designada por el Ministerio de Salud²⁶, mientras que la segunda opinión fue evacuada el 31 de mayo del 2004 por la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia a petición del sector respectivo.

El primer grupo de trabajo estuvo compuesto por catorce especialistas, mientras que el segundo lo estuvo por doce. En ambos casos los dictámenes respectivos fueron favorables a la teoría de la anidación y no precisamente

²⁵ En el citado compendio oficial el término concepción se identifica como «acción y efecto de concebir» y este último supone «quedar preñada». Cfr. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª ed. Madrid: RAE, 2001, p. 611.

²⁶ Mediante Resolución Suprema N° 007-2003-SA, del 11 de septiembre del 2003.

porque sus integrantes hayan sido mayoritariamente penalistas. En cada una de estas comisiones había estudiosos de diversas áreas del Derecho, con el añadido de que en la primera de ellas no solo participaron juristas sino también especialistas en diversas disciplinas de la medicina. No sabemos entonces de donde se infiere la tesis de las especialidades a la que se adscribe el Tribunal.

La cuarta consideración a la que apela la sentencia intenta estructurar el significado del vocablo concebido sobre la base de un razonamiento esencialmente interpretativo.

Aunque no estamos diciendo que no sea posible construir el significado de un término sobre la base de una adecuada técnica interpretativa, creemos que ello solo se hace viable cuando existen elementos objetivos en el ordenamiento que, en general, así lo permiten. Apelar a principios de presunción en tales circunstancias suele ser un eficaz complemento en tanto y en cuanto existe más de una norma estructurada en pro de la construcción del concepto pretendido.

Lamentablemente ello no sucede en el caso que aquí se comenta. Utilizar aisladamente criterios de interpretación como el *pro homine* y el *pro debilis*, para delinear un concepto cuando no existen normas objetivas que refuercen la idea que se intenta estructurar, se presta a serias discusiones.

En el caso del ordenamiento peruano que es el que aquí nos interesa, no hay norma que haya definido el momento exacto de la concepción, como por lo demás lo reconoce el propio Tribunal. Lo que existe en alguna medida son normas que equiparan la concepción con el embarazo siguiendo un raciocinio típicamente médico, ya que la única forma de acreditar la concepción es cuando se tiene la certeza plena o indubitable que una persona (en este caso, quien es mujer) se encuentra en estado de preñez o gestación. Tan evidente o nítida es esta postura que el Código Penal solo puede determinar la existencia del delito de aborto a partir del inicio del embarazo, como se desprende de los artículos 115°, 118°, 119° y 120°.

Pretender en consecuencia que la concepción se presume única y exclusivamente en base a principios interpretativos, cuando médica o científicamente ello solo es posible en tanto exista demostración del estado embarazo, es algo que carece de todo sustento, lo que es bastante irónico en el contexto de un Tribunal que, como decíamos líneas atrás, proclama a la ciencia como la brújula obligada de sus propios raciocinios.

No está mal que la sentencia haya mostrado preocupación especial por la vida generada a partir de la fecundación, pero no por ello pueden inventarse los conceptos. Si al colegiado le interesaba una fórmula de protección para lo que asume como embrión fecundado, bien pudo postular la existencia de

un deber autónomo de protección para el periodo de la vida anterior a la concepción²⁷.

Aventurar dicha tesis por lo demás, no hubiese sido complicado, en tanto una cosa es el inicio de la vida humana, que efectivamente opera con la fecundación y, otra diferente, el momento de la concepción, que se mide de acuerdo al estado de gestación²⁸. Nuestro ordenamiento jurídico posibilita hacer dicho distingo, sin que ello suponga alterar la esencia de las cosas, como creemos que ha sucedido, en el caso examinado.

Sobre el Anticonceptivo Oral de Emergencia (Fundamento 39)

La sentencia en ningún momento desarrolla un concepto o caracterización de lo que representa el llamado Anticonceptivo Oral de Emergencia. Ni siquiera aborda el tratamiento del rol que cumplen los anticonceptivos en general para, a partir de tal contexto y en función de sus propias argumentaciones, avalar la inclusión o exclusión de los mismos. Lo que le ha preocupado ante todo es verificar lo que se dice del mismo.

Curiosamente y como veremos de inmediato, en este esfuerzo de búsqueda sobre lo que se dice del fármaco otra vez el Tribunal coloca a la ciencia médica como la última invitada.

Sobre las fuentes de información utilizadas por el Tribunal (Fundamentos 40, 41, 42, 43, 44, 45 y 46)

En la sentencia son glosados un total de cinco insertos o textos informativos sobre los productos que dentro del ámbito nacional son considerados como anticonceptivos orales de emergencia (Glanique, Tibex, Postinor 2, Nostrel y Post Day, todos ellos equivalentes al progestágeno conocido como levonorgestrel). A su juicio, en todas ellas se hace referencia al denominado tercer efecto o efecto antiimplantatorio del óvulo ya fecundado, el mismo que quedaría verificado tras producirse alteraciones sobre el endometrio.

Para el Tribunal estas informaciones no solo suponen datos proporcionados por los propios fabricantes en torno a las incidencias del producto, sino que al mismo tiempo constituyen un pronunciamiento evaluativo de las autoridades sanitarias peruanas, previo a la autorización de su comercialización.

El Tribunal, casi como adelantándonos lo que luego será su conclusión, entiende como contradictorio que mientras el Ministerio de Salud niega que

²⁷ Y de este modo evitar lo que a futuro pudieran representar intentos de manipulación de los embriones fecundados.

²⁸ Hemos esbozado una breve aproximación de esta postura en un reciente trabajo: SAENZ DÁVALOS, Luis. «Las dimensiones del derecho a la vida». En AA.VV. *Los Derechos Fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, pp. 33-55.

el fármaco tenga efectos sobre el endometrio y la implantación, al mismo tiempo las autoridades sanitarias aprueben registros del producto donde se expresa todo lo contrario.

Para reforzar su postura de que el denominado tercer efecto no está descartado, la sentencia acude adicionalmente a una opinión formulada por la Agencia Norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas (FDA) en torno al denominado Plan B, que es una de las formas a través de las cuales se presenta el producto en los Estados Unidos. De acuerdo con tal pronunciamiento, el fármaco discutido «*puede impedir que el óvulo fertilizado se adhiera en el útero*».

Sobre los principios *pro homine* y *pro debilis* y el principio precautorio (Fundamentos 47, 48, 49, 50, 51 y 52)

Bajo la consideración de que existen dudas en torno de la existencia del tercer efecto, la sentencia proclamará que conjuntamente con los principios *pro homini* y *pro debilis* utilizados para dilucidar lo que es el momento de la concepción, también resulta pertinente invocar el principio denominado precautorio que permite que ante una duda razonable en torno del peligro en el que se encuentre uno o más derechos, se opte por una finalidad típicamente preventiva, imponiendo a la par sobre quien es emplazado, la obligación de demostrar lo contrario de lo que afirma el demandante.

Sobre la toma de posición del colegiado (Fundamentos 53 y 54)

Sobre la base de tal criterio y alegando que existen dudas razonables sobre la existencia del denominado tercer efecto, el Tribunal opta por considerar que el anticonceptivo oral de emergencia, resultaría atentatorio contra el derecho a la vida del concebido, el cual, siguiendo la lógica previamente construida por la sentencia, existe desde el momento de la fecundación. En tales circunstancias queda claro que el extremo del petitorio, concerniente con su prohibición como parte integrante de los programas de planificación promovidos desde el Estado (y de acuerdo con los cuales se contemplaba su distribución gratuita), resulta fundado.

Sobre las consideraciones del Tribunal en torno a la venta del Anticonceptivo Oral de Emergencia (Fundamentos 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61 y 62)

Ello no obstante y siendo plenamente consciente que (a pesar de todo) el fármaco discutido se comercializa o vende a través de las farmacias privadas por encontrarse éste formalmente autorizado, el Tribunal considera oportuno pronunciarse sobre dicho extremo aunque, al mismo tiempo, reconociendo que no le es posible determinar nada sobre el particular, habida cuenta que ello no ha sido materia de la demanda, que sólo tuvo por objeto cuestionar

su incorporación en los programas de planificación familiar promovidos por el Estado.

La evaluación que la sentencia realiza sobre dicho extremo se circunscribe a considerar que en tanto existe una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido en los términos desarrollados por la sentencia, debe garantizarse al público consumidor una adecuada información sobre los efectos del anticonceptivo oral de emergencia. Tal consideración reposa en la relevancia que para el Estado de Derecho tiene la defensa del consumidor, uno de cuyos ejes resulta precisamente el relativo a la información suficiente de los productos que se ofertan en el mercado. Es esa, en resumidas cuentas y según lo describe la sentencia, la forma en que se concretiza la intervención del Estado.

Enjuiciamiento crítico desde la propia argumentación utilizada

Si de extremos opinables se trata, son los relativos al anticonceptivo oral de emergencia los más evidentes o notorios.

El debate tiene como eje central la existencia de un supuesto tercer efecto o efecto antianidatorio del embrión fecundado dentro de la cavidad interna del útero. El argumento de tal postura, ha sido siempre uno sólo: como se acepta que la ingesta del fármaco produce leves alteraciones endometriales, estas necesariamente tienen que suponer la presencia del citado tercer efecto.

La sentencia ha preferido omitir una explicación específica de este punto y ha optado por irse de frente a lo que a su juicio, es lo realmente esencial.

El Tribunal se había comprometido a resolver esta controversia con sujeción a los estrictos parámetros proporcionados por la ciencia. Sin embargo, advirtiendo que esa misma ciencia se encuentra supuestamente dividida, ha considerado que la mejor manera de encontrar respuestas no es ya dentro los ámbitos de la ciencia misma, sino en su propio fuero interno. Para ello ha tomado nota de lo que dicen los fabricantes y/o distribuidores del producto y de esta forma se ha sentido legitimado para interpretar los efectos o incidencias del fármaco de acuerdo con lo que aparece en cada uno de los insertos de los productos.

Para fortalecer su postura invoca incluso la opinión de un organismo regulador de los medicamentos en los Estados Unidos y enfatiza que, como aquel consigna en uno de sus informes que el fármaco cuestionado puede impedir la anidación del embrión fecundado, definitivamente las cosas tienen que ser así y no de otro modo.

No se explica entonces como es posible que las autoridades sanitarias peruanas autoricen la circulación de un producto con tales características.

Lo que no entiende el Tribunal, y probablemente tampoco lo haga a futuro, es que mientras quiera él directamente otorgar las respuestas, nada lo va a convencer ni persuadir de que se encuentra equivocado. Lamentamos muy profundamente desmitificarlo en este tema, pero hay que decirlo de alguna forma. Quien determina las incidencias (sean virtudes, sean defectos) de un producto médico no es un órgano de justicia, por más ilustres que resulten sus juristas, sino el ente o entes especializados. De no ser así esos mismos organismos o dependencias, sobrarían en el Estado.

El argumento de una supuesta discrepancia científica, aún en el caso de que fuese cierto (no lo es para nosotros), es absolutamente irrelevante. El organismo técnico más especializado, la Organización Mundial de la Salud, ya se pronunció al respecto. Querer promover el debate y, más aún, tratar de hacerlo desde afuera de la propia ciencia, es simplemente distorsionar las funciones.

Nadie discute que un órgano de justicia puede decidir conflictos a partir de los insumos proporcionados por la ciencia (es plenamente legítimo que así sea). Sin embargo, lo que de ninguna manera le es permitido, es imponer sus propias verdades por encima de las verdades científicas oficialmente aceptadas, por más que respecto de las mismas existan eventuales detractores.

Solo para poner un ejemplo podríamos decir lo siguiente: si algún día la ciencia llegará al convencimiento pleno de que es posible pronosticar los terremotos y tal postura fuese avalada plenamente por el máximo órgano en la materia, ello tendría que asumirse como cierto, nos guste o no. Que seguramente habrá científicos disidentes o reacios a dicha postura, es también muy probable. Pero que a raíz de dicha discrepancia un tribunal de justicia se sienta legitimado para decidir que es imposible predecir los terremotos resultaría, por decir lo menos, risible²⁹.

No estamos diciendo tampoco, que el Tribunal no pueda tener suspicacias o reservas si alguna duda le provoca lo que aprecia de documentos técnicos como las consabidas recetas o posologías o en fin, lo que observa de opiniones como las de la Agencia Norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas (FDA), pero si quiere superar tales incertidumbres, debe proceder como justamente lo proclamó desde un inicio, es decir, a tomar en cuenta lo que oficialmente se predica desde la comunidad científica. Ignorarlo o desconocerlo es por donde se le mire, arbitrario.

²⁹ Podría razonarse también en sentido inverso respecto de otras ciencias con relación al Derecho. Para poner un ejemplo: hay muchos temas jurídicos en los que existe discrepancia entre lo que decide el Poder Judicial y lo que interpreta el Tribunal Constitucional. No se necesita por lo demás (porque tampoco es el caso) demostrar aquí cual es la opinión que en tal supuesto habría de prevalecer. Sin embargo, resultaría irónico que a nombre de una eventual discrepancia entre esos órganos jurisdiccionales, un médico o un ingeniero se sintieran con la facultad de decidir por sí y ante sí como es que deben resolverse las cosas. Simplemente sería inaceptable, pues la verdad oficial, guste o no siempre tendrá que ser la prevaleciente.

Llama por ello la atención que el Tribunal, sustituyéndose a las autoridades sanitarias peruanas les advierta como es que tienen que interpretar el contenido de las recetas o posologías. Pero llama mucho más la atención que se haya tomado la molestia de revisar dichos documentos y lo que dice una Agencia norteamericana, sin investigar si dicha información se encuentra o no debidamente actualizada, no desde el punto de vista simplemente administrativo, sino desde la perspectiva científico-médica³⁰.

Que el Tribunal se haya esforzado para tratar de superar sus dudas basándose en principios interpretativos como el *pro libertatis* y el *pro debilis* o el principio precautorio, no ayuda a superar las críticas. Al contrario, si se revisan las apreciaciones que maneja sobre el tema, más bien las aumenta.

Si la lógica del colegiado, conforme a los dos primeros principios, es la de proteger a la parte más débil, no nos explicamos a título de que argumento o razón se considera únicamente al concebido como la parte más sensible. ¿Acaso la posición especial de la mujer no cuenta en absoluto? ¿No puede una mujer que haya sido víctima de una violación considerarse parte débil y, por tanto, legitimar su decisión a fin de evitar un embarazo no deseado?

El problema es que el Tribunal ni siquiera se ha tomado la molestia de aplicar un elemental proceso ponderativo en el que, previo a sus conclusiones, haya verificado la eventual vulneración o amenaza de otros derechos o intereses en conflicto. De plano y sin discusión alguna el concebido es no sólo la parte más débil, sino que en rigor pareciera que es la única parte en el conflicto.

La sentencia presta especial atención al principio precautorio, que legitima la actuación del colegiado cuando existe duda razonable en torno de un eventual perjuicio o amenaza sobre los derechos reclamados.

Sin embargo, las dudas no se las ha proporcionado la ciencia que, repetimos, tiene por definidas las cosas hace buen rato. Las dudas se las ha impuesto el propio Tribunal en tanto y en cuanto ha decidido priorizar las objeciones por encima de lo oficialmente aceptado.

Así las cosas, queda claro que la invocación del principio precautorio no es pertinente, por lo menos en el presente caso.

La crítica final a la sentencia tiene que ver con la postura de no pronunciarse sobre la venta del anticonceptivo oral de emergencia en farmacias o establecimientos de carácter privado. A juicio del colegiado ello responde a que no se le solicitó nada sobre el particular en la demanda.

³⁰ Este dato es vital pues la Administración de Alimentos y Drogas (FDA) es un órgano administrativo regulador de los medicamentos en los Estados Unidos, no un centro de investigación en medicina. Por tanto, no está a cargo de las investigaciones recientes sobre las incidencias de los anticonceptivos orales de emergencia.

Que sepamos, el Tribunal Constitucional peruano ha tenido un especial protagonismo en una diversidad de casos, no precisamente por haberse manejado con sujeción estricta a los petitorios contenidos en las demandas. En diversas oportunidades ha ido más allá de los petitorios, no solo porque así lo haya querido, sino porque, adicionalmente, es plenamente legítimo dicho proceder en tanto y en cuanto las conductas rutinariamente cuestionables en materia constitucional, se caracterizan por su variación o mutabilidad. En tales circunstancias pronunciarse más allá del petitorio planteado es casi una obligación antes que un auténtico impedimento³¹.

Pero curiosamente, no es que el Tribunal no se haya pronunciado en el extremo descrito. En realidad si lo ha hecho, pero de una manera bastante sorprendente.

El argumento utilizado ha sido el de considerar la intervención del Estado para proteger el interés del consumidor. En tales circunstancias y como el producto ya se encuentra en el mercado, nos dice que es obligación de quienes lo ofertan, el informar adecuadamente acerca de las incidencias que supuestamente podría generar.

El Tribunal entonces no puede prohibir la venta del fármaco, así lo considere lesivo o potencialmente riesgoso para el derecho a la vida. Lo único que puede hacer es obligar a que se dispense una adecuada información sobre sus eventuales efectos.

Lo que en otras palabras nos está diciendo la sentencia, es que, cuando de relaciones de mercado se trata, más importantes son los derechos económicos y su regular ejercicio, que el mismísimo derecho a la vida que tanto defiende. Todo el discurso de la sentencia se ve así mitigado y hasta ridiculizado, si de proteger el mercado y las relaciones económicas se trata. No interesa entonces lo supuestamente peligroso que pueda resultar el producto que tantas dudas generó sobre el colegiado, sino que el mismo sea ofertado con las debidas garantías que rodean al consumidor.

Si tuviéramos que seleccionar el argumento más desnaturalizador o contradictorio con la construcción realizada por el Tribunal, no dudaríamos en apelar a este último. Simplemente destroza o deja sin pie toda la lógica pro vida contenida en la sentencia.

³¹ En este extremo, el derecho procesal constitucional nos ofrece una visión distinta de la que aparece en otros ámbitos o escenarios procesales, donde se asume como un dogma indiscutible la imposibilidad de pronunciamiento más allá del petitorio demandado. En materia procesal constitucional las cosas son diferentes. El juez no solo puede sino que en ciertos casos debe ir más allá del petitorio, pues de lo contrario haría cualquier cosa menos administrar justicia. La conducta lesiva puede cambiar total o parcialmente en el camino, ser sustituida por otra, o simplemente volverse mucho más gravosa. Puede demandarse un acto u omisión como presuntamente lesiva y, sin embargo, de los hechos descritos apreciarse por el juez conductas inconstitucionales mucho más intensas. En estas circunstancias, como en otras, sería arbitrario, por decir lo menos, que a nombre de lo estrictamente demandado, no se tenga posibilidad de pronunciamiento alguno.

3.3 Lo que la sentencia no dice

El Tribunal, como ya se ha visto, ha focalizado su análisis en lo que ha considerado prioritario, esencialmente dos cosas: definir desde cuando comienza la concepción y proteger a toda costa la vida del concebido.

A partir de la argumentación que ha realizado, era de suponer que cualquier duda que tuviese sobre una eventual afectación a la vida del concebido lo llevaría necesariamente a cuestionar lo que se pusiera por delante, y como lo que ha tenido por delante en esta ocasión ha sido el anticonceptivo oral de emergencia, contra aquél se ha pronunciado.

La ciencia, tan proclamada como parámetro de raciocinio, no ha convencido al Tribunal como en cambio si lo han hecho las dudas generadas extramuros de la misma.

Más allá de los defectos argumentativos mencionados, han quedado sin embargo en el tapete de la discusión varios problemas irresueltos. Aquí mencionaremos solo un par de ellos.

Nada importante nos ha dicho el Tribunal en torno de la incidencia de los derechos reproductivos de la mujer y en general, de la pareja, de cara a la posición que asume respecto del anticonceptivo oral de emergencia. Como decíamos al principio de este trabajo, consignar que tales derechos existen para luego ignorarlos durante todo el discurso de la sentencia, deja una lectura bastante dramática, sobre todo, decididamente irónica.

Si por lo menos se les hubiese tomado en cuenta en un eventual análisis ponderativo tendiente a delimitar su grado de importancia, así como las razones por las que en este caso no se verían afectados, estaríamos en condiciones de discrepar, pero difícilmente de cuestionar. El hecho es que nada de esto se observa ni en un solo fundamento de la sentencia. Es como si en la práctica tales atributos no existieran.

Estamos convencidos que toda causa puede merecer una respuesta en uno u otro sentido. Por lo demás para eso está un Tribunal Constitucional. Lo que sin embargo no es aceptable, bajo ninguna circunstancia, es que a título de una posición predeterminada y de un raciocinio unilateral, se ignore o minimice derechos eventualmente afectados. Ello, lejos de conciliar las posiciones en debate, las agudiza en demasía abriendo las puertas de una gran incertidumbre, de cara a futuros conflictos de tanto o mayor intensidad como el presente.

Otro de los temas irresueltos por la sentencia, y probablemente de aquellos con mayor impacto, es el que tiene que ver con la incongruencia generada en relación con los destinatarios de la prohibición establecida. Como ya se ha visto, esta recae únicamente sobre el Estado y por tanto impide cualquier

posibilidad de distribución gratuita dentro de los programas de planificación familiar diseñados para las personas con más escasos recursos.

Contrario sensu y en tanto la venta del fármaco se encuentra permitida y hasta garantizada en el ámbito particular, queda claro que quien si cuente con recursos, no solo podrá disponer del citado fármaco, sino gozar de un derecho paradójicamente negado para las personas carentes de los mismos.

¿No es esto una clamorosa discriminación? Pues si nos atenemos a la evidente como incontrastable diferencia de condiciones económico sociales en la que se encuentran las parejas, y a la obligación de tutela promotora que supone un Estado Social de Derecho, la sentencia expedida no solo fomenta las desigualdades sociales, sino que distorsiona por completo el citado modelo de Estado.

Pero la ironía es todavía mucho más grande. Sabemos, porque lo hemos visto a lo largo de este trabajo, que la lógica del Tribunal se reduce a la consideración de que el anticonceptivo oral de emergencia no debe permitirse fundamentalmente por suponer una amenaza sobre la vida del concebido. No compartimos tal punto de vista, pero esa es su posición.

Si el mensaje del supremo intérprete de la Constitución es que la vida peligra con la píldora y por tanto no debe el Estado proceder a su distribución gratuita, no entendemos como así desaparece esa presunción cuando de la venta de la misma se trata.

Puede parecer paradójico decirlo, pero si un ciudadano o ciudadana no tiene dinero y el Estado se la ofrece gratuitamente incurre en un abominable atentado contra la vida, pero si en cambio cuenta con ese dinero y se la compra, no solo no atenta contra la vida, sino que en su condición de consumidor o consumidora, tiene todo el derecho a ser protegido adecuadamente. ¿Es esta una lectura congruente con la Constitución? Pues para la sentencia parece que sí.

Es curioso que la ejecutoria del Tribunal haya hecho tantos reparos a las dudas generadas tras una verdad oficial asumida por la ciencia, aunque no compartida por algunos. Si esa misma lógica se la aplicáramos a la sentencia que aquí hemos analizado, quedarían profundas dudas, tan grandes y notorias como la distancia entre quienes nacieron con todo y los que tras este fallo, se quedan sin nada.

VISITA ÍNTIMA PARA LAS MUJERES EN LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS: REFLEXIONES A PARTIR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO 1575-2007-HC

Luis Alberto Huerta Guerrero³²

El objetivo del presente artículo es analizar la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el expediente 1575-2007-HC, en la cual se aborda el tema de la visita íntima en los establecimientos penitenciarios³³. Para tal efecto, se analizarán en primer lugar los aspectos procesales del fallo, para luego desarrollar los aspectos de carácter sustantivo, siendo importante advertir desde un inicio que las graves deficiencias en la argumentación hecha por el Tribunal –en realidad por una de sus salas– no permiten afirmar que nos encontremos ante una decisión que pueda sentar jurisprudencia vinculante de estricta observancia por parte de los demás órganos del Estado, sino que –por el contrario– dejan serias dudas sobre la relación entre la visita íntima y el respeto y garantía de derechos fundamentales como la integridad personal, el derecho a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad. En este escenario, se trata de una sentencia que fácilmente podría ser revocada por un fallo posterior del propio Tribunal³⁴ o, simplemente ser desconocida por las autoridades estatales encargadas de la política penitenciaria del país.

1. ANTECEDENTES: CONTENIDO DE LA DEMANDA, DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DE LAS RESOLUCIONES DEL PODER JUDICIAL

1.1 Contenido de la demanda

De acuerdo con la información que aparece en la sentencia del Tribunal Constitucional, la demanda de *habeas corpus* que dio origen al fallo que vamos a comentar, fue presentada el 26 de julio del 2006 por Marisol Venturo Ríos –sentenciada por el delito de terrorismo– y estuvo dirigida contra dos autoridades del Instituto Nacional Penitenciario (INPE): el Director Regional y el Director General de Tratamiento.

La demanda cuestionaba de modo específico la resolución administrativa por medio de la cual se le «suspendió y negó (a la demandante) la concesión del beneficio penitenciario de la visita íntima bajo el argumento de que las reclusas condenadas por el delito de terrorismo no tienen derecho a acceder

³² Abogado especialista en Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales. Docente de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Academia de la Magistratura del Perú.

³³ La sentencia fue publicada el 17 de abril del 2009 en la página web del Tribunal Constitucional: www.tc.gob.pe.

³⁴ Un ejemplo claro de esta posibilidad se aprecia en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la denominada *píldora del día siguiente*, pues en un primer momento –en el año 2006– ordenó al Ministerio de Salud que cumpla con sus resoluciones administrativas que ordenaban la distribución de esta píldora (sentencia 7435-2006-PC). Posteriormente, en el año 2009, el Tribunal declaró fundada una demanda de amparo y prohibió al mismo Ministerio que la distribuya, alegando que existían dudas suficientes a favor de considerarla abortiva (sentencia 2005-2009-PA).

a dicho beneficio penitenciario». A consideración de la demandante, el acto administrativo de las autoridades penitenciarias implicaba la afectación de dos derechos fundamentales: la integridad personal y la no discriminación por género.

Para la mejor comprensión del caso es importante resaltar diversos aspectos. En primer lugar, que la demandante haya hecho referencia a la visita íntima como un beneficio penitenciario. En segundo lugar, que se trataba de una persona condenada –desde el 8 de setiembre de 1993– a 22 años de prisión por el delito de terrorismo, por lo que le era de aplicación una legislación penitenciaria especial. En tercer lugar, que la demandante alegaba que llegó a tener acceso a la visita íntima desde el año 2002 hasta el 25 de mayo de 2006, fecha en la cual las autoridades demandadas se la prohibieron.

1.2 Contestación de la demanda

El argumento central de la parte demandada respecto al caso planteado se centraba en que, conforme a lo dispuesto en el artículo 19° del Decreto Ley N° 25475 (del año 1992) y el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 927 (del año 2003), el beneficio penitenciario de la visita íntima se encuentra prohibido para las personas sentenciadas por el delito de terrorismo. Para una mejor comprensión de este argumento de defensa, centrado exclusivamente en el texto de dos normas legales, corresponde señalar su contenido.

El artículo 19° del Decreto Ley N° 25475 disponía que *«los procesados o condenados por delitos de terrorismo, no podrán acogerse a ninguno de los beneficios que establecen el Código Penal y el Código de Ejecución Penal»*. Por su parte, el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 927 señala³⁵:

«Artículo 2.- Los condenados por delito de terrorismo podrán acogerse a los beneficios penitenciarios siguientes:

- 1. Redención de la pena por el trabajo y la educación.*
- 2. Liberación condicional».*

En síntesis, para las autoridades de los centros penitenciarios, el beneficio de la visita íntima se encuentra prohibido para las personas sentenciadas por el delito de terrorismo, pues la legislación sobre la materia sólo ha previsto que accedan a los beneficios de libertad condicional y de redención de la pena por trabajo y educación. En consecuencia, la medida adoptada respecto a la demandante encontraba pleno sustento en el marco normativo vigente sobre beneficios penitenciarios.

³⁵ El Decreto Legislativo N° 927 fue publicado el 20 de febrero de 2003, y derogado por la Ley N° 29423, publicada el 14 de octubre de 2009. En cuanto a lo que interesa a efectos del presente artículo, ambas normas sólo prescriben como beneficios penitenciarios la redención de la pena por el trabajo y la educación; así como la liberación condicional.

1.3 Resoluciones del Poder Judicial

Como corresponde, según la legislación procesal sobre *hábeas corpus*, el caso fue conocido – antes de llegar al Tribunal – por dos instancias previas en el Poder Judicial, cuyos fallos presentan importantes diferencias.

Así, el fallo de primera instancia declaró fundada la demanda, pronunciándose sobre una de las materias que fue planteada por la demandante, en el sentido que la medida adoptada por las autoridades penitenciarias, sustentada en el Decreto Legislativo N° 927, resultaba discriminatoria, en tanto no existía una justificación para permitir la visita íntima respecto a todos los demás delitos, exceptuando el caso de terrorismo.

Por su parte, el fallo de segunda instancia desestimó la demanda, en tanto las normas invocadas por la parte demandada prohíben la visita íntima respecto a las personas que han sido condenadas por el delito de terrorismo. De acuerdo con la información que se encuentra en el fallo del Tribunal, la decisión de segunda instancia fue por declarar improcedente la demanda, aunque en realidad debió haber señalado que la misma era infundada, pues su argumento es de fondo y no sobre el incumplimiento de presupuestos procesales.

En términos generales, puede concluirse que mientras el fallo de primera instancia hizo un análisis jurídico constitucional sobre la controversia planteada, en el fallo de segunda instancia se asumió una posición más bien legalista sobre la materia. Como se verá más adelante, el análisis efectuado en primera instancia sobre la posible afectación del derecho a la igualdad será dejado de lado por el Tribunal, quien descartará que el caso sea evaluado desde esta perspectiva; mientras que los argumentos del Tribunal para dejar de lado un análisis estrictamente legal del caso – como lo hizo la sala de segunda instancia – serán bastante débiles y errados.

En un análisis global, en ninguna de las instancias del Poder Judicial que tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre la demanda, el caso fue bien enfocado, analizado o resuelto, lo que demuestra la falta de preparación de los órganos jurisdiccionales del Estado en materia de interpretación de los alcances de la visita íntima en las cárceles desde una perspectiva jurídico-constitucional.

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Dado que la resolución de segundo grado en el Poder Judicial fue desestimatoria, la parte demandante presentó un recurso de agravio constitucional para que el caso suba a conocimiento del Tribunal Constitucional, conforme a la competencia asignada a este órgano por el artículo 202° inciso 2° de la Constitución Política de 1993. En esta sección vamos a analizar el caso desde dos perspectivas: la procesal y la sustantiva.

2.1 Aspectos procesales

2.1.1 Delimitación de la controversia

Un aspecto importante a mencionar es la precisión que el Tribunal realiza sobre el derecho que estaba siendo objeto de discusión en el presente caso.

De acuerdo con la demanda, los derechos invocados fueron dos: el derecho a la integridad personal y a la no discriminación por razón de género. Sobre el primero, el Tribunal considera válida su invocación. Sin embargo, deja fuera de la controversia el análisis sobre la posible afectación del derecho a la igualdad, y en su lugar dispone incorporar para el análisis de la controversia la posible afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sustentando su posición en lo dispuesto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En este sentido señala (fundamento 3 de la sentencia):

«(...) en virtud del principio iura novit curia consagrado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que dispone que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, este Tribunal estima que en el caso los derechos fundamentales que se estarían vulnerando son los derechos a la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad».

La invocación del citado artículo del Código Procesal Constitucional suele ser frecuente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que no deja de lado los importantes problemas que su uso trae consigo, especialmente para la parte demandada, que no llega a tener conocimiento del cambio de perspectiva de la controversia, sino hasta el momento mismo en que le es notificada la sentencia final. En otras palabras, desde el inicio del proceso y a través de todas las instancias previas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad no fue invocado por ninguna de las partes, ni sobre el mismo emitió pronunciamiento alguno el juez o la sala del Poder Judicial. Incluso, estando el caso en el Tribunal, ni en los escritos de los abogados o en la audiencia respectiva se pudo haber hecho mención alguna a este tema, pues ninguna referencia existe sobre ello en la sentencia. La posible afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo tanto, solo es identificada por el Tribunal y analizada unilateralmente por él.

Sobre la posibilidad de llevar a cabo un cambio de este tipo al momento mismo de la sentencia pueden señalarse argumentos a favor y en contra. A favor podría argumentarse el hecho que el Tribunal debe ir más allá de los aspectos formales y tratar de alcanzar el objetivo central de los procesos constitucionales, cual es la tutela de los derechos fundamentales. En contra se puede señalar que una decisión de este tipo afecta el derecho de defensa

de la parte demandada, que defiende su posición durante todo el proceso en función a lo señalado en la demanda y que sólo recién con la sentencia toma conocimiento de que la controversia varió en un sentido diferente. En todo caso, de aceptarse que el Tribunal pueda variar el tema central de la controversia, deberá ser en situaciones sumamente especiales, atendiendo a las particularidades de cada controversia, aunque en la práctica rara vez el Tribunal justifica este tipo de decisiones.

Respecto a este tema, es válido considerar que el proceso empleado por la demandante fue un *hábeas corpus*, el que, como lo dispone la normativa correspondiente, puede ser presentado por cualquier persona, sin necesidad de que exista la firma de un abogado. Esto justifica, a nuestra consideración, que en los procesos de *hábeas corpus* exista una mayor preocupación por parte de las autoridades judiciales por delimitar adecuadamente la controversia, a diferencia de otros procesos, como el amparo, en donde ello debe realizarse sólo en casos extremos.

El cambio de giro que tuvo la controversia permite interesantes reflexiones. Así, se debe recordar que la sentencia de primera instancia se pronunció a favor de la demanda haciendo referencia de forma principal al derecho a la igualdad invocado por la parte demandante. Si bien la demanda fue planteada invocándose la discriminación por razón de género, el juez especializado en lo penal se pronunció en el sentido que la discriminación era efectuada entre las internas sentenciadas por terrorismo y aquellas sentenciadas por otro tipo de delito, que no constituye una discriminación en razón del género sino por el tipo de delito cometido. Pero más interesante resulta señalar que si el juez de primera instancia hubiese seguido un criterio similar al del Tribunal, consistente en dejar de lado el tema del derecho a la igualdad, la demanda habría sido desestimada, pues el argumento central de la sentencia de primer grado se basó en este derecho.

Asimismo, y adelantándonos a nuestro posterior análisis sobre el fondo de la controversia, debe mencionarse que los argumentos principales utilizados por el Tribunal para declarar fundada la demanda se centran en parte en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que, de no haber sido incluido dentro del ámbito de los derechos afectados –como de hecho no estuvo en la demanda original–, es muy probable que la pretensión hubiera sido finalmente desestimada.

2.1.2 Vía procesal adecuada

La decisión del INPE de negar la visita penitenciaria a la demandante dio origen a que esta interpusiera una demanda de *hábeas corpus*, por lo que corresponde analizar si ésta resultaba la vía procesal adecuada para resolver la controversia.

Para tal efecto, es importante recordar que, como se señala en el fundamento N° 2 de la sentencia, la demanda respectiva se centró en la afectación de los derechos a la integridad personal y a la no discriminación por razón de género. Posteriormente, como ya se mencionó, el Tribunal descartó que este último fuera el derecho afectado, reconduciendo el caso a una afectación del derecho a la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad.

Sobre la afectación del derecho a la integridad personal no existe mayor problema en presentar una demanda de *hábeas corpus*, pues conforme al artículo 25° inciso 1 del Código Procesal Constitucional, dicho derecho es protegido a través de este proceso constitucional.

Respecto a la afectación del derecho a la igualdad, si el Tribunal no hubiese dejado de lado esta materia, la demanda habría tenido que ser declarada improcedente en este extremo, pues este derecho se protege a través del proceso de amparo y no por medio del *hábeas corpus*, conforme a lo previsto en el artículo 37° inciso 1 del mencionado Código.

En torno al derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2° inciso 1 de la Constitución, su protección corresponde al proceso de amparo, pues difícilmente podría relacionarse su contenido con la libertad física, siendo el amparo la vía para proteger todos los demás derechos constitucionales que no sean protegidos por el *hábeas corpus* o el *hábeas data*. En este sentido, la demanda debió ser declarada improcedente en este extremo. Sin embargo, el Tribunal decidió pronunciarse –a través de un *hábeas corpus*– sobre la afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Lamentablemente, no existe ningún argumento del Tribunal sobre las razones por las cuales se pronuncia sobre este derecho en una vía procesal diferente a la que corresponde ser empleada para su protección. En todo caso, podría haber alegado la conexión de este derecho con la defensa de la integridad personal, o invocar el artículo 25° del Código Procesal Constitucional, el cual señala –en su inciso 17°– que el proceso de *hábeas corpus* también puede ser iniciado para garantizar el derecho del «*detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena*».

Sin duda, la omisión de toda referencia a esta disposición específica del Código sobre las personas que cumplen pena privativa de libertad es una de las que más llama la atención, pues se trata de una referencia que ha estado presente en reiterados fallos del Tribunal sobre las condiciones de reclusión carcelaria.

Finalmente, debe señalarse que la sentencia del Tribunal deja la duda sobre si la visita íntima forma parte del contenido de un derecho fundamental o es un beneficio penitenciario –aunque de la parte resolutive del fallo se

desprende esto último-, pues el fundamento de la visita íntima tiene relación directa con su protección a través de los procesos constitucionales. Si se trata del contenido de un derecho, cabe invocar estos procesos para su protección. Si es un beneficio penitenciario, se trata de una materia cuyas controversias deberán ser resueltas en otras vías, y no a través de los mecanismos judiciales de control constitucional.

2.1.3 Plazo de resolución del hábeas corpus

Un ejercicio interesante para evaluar si realmente en el Perú los procesos de tutela de derechos fundamentales son rápidos y efectivos, consiste en identificar la duración que tiene un proceso en cada una de sus etapas, de modo particular en las sentencias que suelen ser presentadas como especialmente importantes.

En el caso que dio origen al fallo que estamos comentando, la demanda fue presentada el 26 de julio de 2006 y la resolución de primer grado, que la declara fundada, fue emitida el 10 de octubre de 2006, es decir, transcurrieron cerca de tres meses para que el juzgado especializado en lo penal concluya que se había afectado el derecho a la igualdad de la demandante que solicitaba la visita íntima. En el caso de la sentencia de segundo grado, ésta fue emitida 4 de diciembre del 2006, por lo que en el Poder Judicial, a nivel de las dos instancias que conocieron el proceso, la resolución del caso demoró cerca de cinco meses, lo cual de por sí resulta un plazo excesivo.

Pero es en el Tribunal Constitucional donde el plazo razonable de duración del proceso de *hábeas corpus* se vio manifiestamente afectado. Dado que el fallo de la Corte Superior fue emitido a finales del 2006, el caso subió al Tribunal en el año 2007, como queda corroborado con el número asignado al expediente (1575-2007-HC), siendo la fecha de la sentencia el 20 de marzo de 2009. Aquí la pregunta es obvia: ¿por qué el Tribunal se demoró más de un año en resolver un proceso de tutela urgente de derechos fundamentales? La pregunta es más preocupante aún, si se toma en cuenta que uno de los derechos que se consideraban afectados en el presente caso era la integridad personal.

Invitamos al lector a realizar un ejercicio similar al leer cualquier fallo del Tribunal, a efectos de evaluar si realmente en el Perú se cumplen los plazos legales de los procesos constitucionales, especialmente por parte del supremo intérprete de la Constitución, tema más grave si consideramos que su carga procesal se ha reducido en los últimos años en forma considerable, por lo que debería estar en capacidad de expedir sentencias con mayor rapidez, en especial en casos en donde la afectación de derechos resulta manifiesta.

2.1.4 Extensión de los efectos de la sentencia

Como regla general, la decisión que se adopta en un proceso constitucional de protección de derechos humanos, como el *hábeas corpus*, tiene efectos únicamente respecto al caso concreto, pues son los aspectos específicos relacionados con la controversia los que finalmente evalúan las autoridades jurisdiccionales para decidir si se ha producido la afectación de un derecho fundamental. No corresponde, en este tipo de procesos, emitir decisiones cuyo contenido tenga un efecto más allá de las partes involucradas.

Sin embargo, en algunas oportunidades el Tribunal Constitucional peruano, a propósito de la resolución de un caso concreto, ha adoptado decisiones que tienen efectos más allá de las partes que intervinieron en el proceso, lo cual también ocurrió en la sentencia que estamos comentando, pues luego de ordenar a la entidad demandada –el INPE– que garantice la visita íntima a la persona sentenciada por terrorismo que presentó la demanda, en el punto resolutive N° 4 de la sentencia se ordena al INPE que *«disponga a todos los establecimientos penitenciarios que administra que el beneficio penitenciario de la visita íntima (sea) concedido a los internos e internas por el delito de terrorismo»*.

La decisión del Tribunal, por la cual extiende los efectos de su decisión a situaciones similares a las que dieron lugar a la controversia, puede encontrar diferentes justificaciones, desde la labor tuitiva que debe tener el Tribunal en materia de derechos fundamentales hasta la economía procesal, pues se entiende que con esta clase de decisiones se evita que se interpongan demandas similares, cuya resolución puede demorar la tutela urgente de derechos fundamentales, especialmente en el caso de las personas privadas de libertad.

Independientemente de la opción que desde un punto de vista teórico se pueda asumir en torno a este tema, lo que resulta evidente es la dificultad de lograr, en los hechos, verificar el cumplimiento de una decisión adoptada por el Tribunal Constitucional con alcances generales. La labor de verificar el cumplimiento de una sentencia, como es sabido, corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado, los que podrán identificar sobre si respecto al caso concreto que dio lugar al *hábeas corpus* se ha cumplido con garantizar la visita conyugal; pero sin duda alguna, en los hechos será imposible que un juez especializado en lo penal pueda verificar si el INPE está garantizando la visita íntima a todas las personas sentenciadas por el delito de terrorismo.

Quizá el Tribunal haya querido subsanar esta dificultad material para verificar a nivel judicial el cumplimiento de su sentencia, exhortando a la Defensoría del Pueblo, en el punto resolutive N° 5 del fallo, que realice el seguimiento de dicho cumplimiento, pero se trata –en todo caso– de una medida que solo puede ser vista como complementaria, y bajo ninguna manera

sustitutoria de la labor que corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado.

2.1.5 Sentencia de una Sala, no del Pleno

Un tema adicional que no puede pasar desapercibido es el hecho que la sentencia que estamos comentando haya sido emitida por una de las salas del Tribunal y no por el pleno de sus integrantes. Como señala la legislación sobre la materia, el pleno resuelve los casos de demandas de inconstitucionalidad y de procesos competenciales, pero en la práctica también puede decidir conocer casos de especial importancia en materia de amparo o *hábeas corpus*, que podrían servir para emitir nuevos lineamientos jurisprudenciales sobre materias que antes no ha tenido oportunidad de conocer. El caso sobre las visitas íntimas en los establecimientos penitenciarios se enmarcaba dentro de este último supuesto, por lo que es lamentable que la sentencia no haya sido programada para ser vista por el pleno del Tribunal, lo que quizá hubiese evitado los serios errores de carácter sustantivo que aparecen en la sentencia, gracias a la intervención de los otros integrantes del colegiado. Además, los fundamentos de una decisión del pleno tienen fuerza vinculante para todos los órganos estatales en materia de interpretación de la Constitución, algo de lo que carece una sentencia emitida por sus salas, por más bien fundamentada que pueda estar, que no es el caso del fallo que estamos comentando.

2.2 Aspectos sustantivos

Después de haber visto los aspectos procesales relacionados con la sentencia del Tribunal, corresponde analizar los aspectos de índole sustantiva. Para tal efecto, presentaremos algunas consideraciones de alcance general sobre el problema sexual en las cárceles, que constituye el fundamento del legislador y de las autoridades penitenciarias a favor de permitir la visita íntima. Asimismo, haremos referencia a los problemas que en la práctica se presentan para que, en el caso específico de las mujeres, se concrete el derecho a la visita íntima. Adelantamos al respecto, que a pesar la importancia de estos temas, no existe mayor referencia a los mismos en la sentencia del Tribunal.

Luego, pasaremos a identificar la nueva perspectiva de análisis que debe darse a la visita íntima en los centros carcelarios, no como un beneficio penitenciario sino como una medida a favor del ejercicio de los derechos fundamentales de la persona. Finalmente, analizaremos los fundamentos empleados por el Tribunal Constitucional para declarar fundada la demanda, de modo particular, la relación que establece entre la visita íntima y determinados derechos reconocidos a nivel constitucional. Asimismo,

analizaremos la forma en que el Tribunal aplica el derecho internacional de los derechos humanos para la resolución del caso concreto.

2.2.1 El problema sexual en las cárceles como fundamento de la visita íntima

Cuando se revisa la bibliografía especializada sobre la visita íntima, algo que definitivamente no hizo el Tribunal Constitucional, es posible identificar que este tema es abordado a partir de una materia mucho más amplia, cual es el problema sexual en las cárceles, que presenta diferentes enfoques³⁶ y que se deriva de la continencia, por meses y años, a que se ven obligadas las personas que ingresan a un centro penitenciario³⁷.

En dicha bibliografía es posible identificar los aspectos centrales del debate presente al momento de adoptar una decisión sobre si las visitas íntimas deben estar permitidas o, por el contrario, prohibidas. Al sintetizar los argumentos en contra de la visita conyugal, Caicedo señala³⁸:

«Los enemigos de la visita conyugal, sostienen que, en primer término, existe el peligro de las enfermedades venéreas; en segundo lugar, que hay un estímulo a la prostitución, porque las mujeres casadas honestas, no realizarían el acto sexual dentro de la prisión; y, por último, afirman que no es cierto que los impulsos sexuales sean incontrolables porque el trabajo y el ejercicio físico eliminan, de por sí, el apetito sexual y que no es cierto que la abstinencia carnal produzca trastornos síquicos o sexuales. Además, si uno de los problemas del mundo es el de la natalidad, ¿por qué se va a incrementar ésta dentro de la población carcelaria? (...)».

De otro lado, entre los argumentos a favor de la visita íntima se señala que *«el condenado, va a sufrir una privación larga dentro del penal y que no puede ser también privado de la función sexual porque ello contribuiría a desviaciones anormales (...)». Agregan que mantenerlos en un régimen especial de trabajos, de deportes, de una alimentación adecuada que modere las necesidades sexuales, no logra mantener una castidad que atenúe los rigores de la abstinencia»³⁹.*

Como se aprecia, los argumentos a favor o en contra de la visita íntima pueden ser analizados a partir de aspectos de conveniencia o riesgos sobre

³⁶ Un interesante trabajo al respecto es el de NEUMAN, Elías. *El problema sexual en las cárceles*. Buenos Aires: Universidad, 1982.

³⁷ SMALL ARANA, Germán. *Situación carcelaria en el Perú y beneficios penitenciarios*. Lima: Grijley, 2006, p. 264. Sobre la materia este autor señala: «La sanción privativa de la libertad no implica la pérdida de los derechos naturales que tiene el hombre, dentro de los cuales está la práctica del acto sexual. Si la pena de privación de libertad conllevara la accesoria de la abstinencia sexual, estaría precisada en la sentencia, por ello resulta evidente que no se puede imponer como pena secundaria, eso sería injusto. La privación del acto sexual normal no está contemplada en ningún código del mundo, porque éstos no han vedado el funcionamiento biológico de los órganos del individuo» (p. 264).

³⁸ CAICEDO ARCILA, Gilberto. *Comentarios a nuestro Derecho Penitenciario Colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1974, p. 163.

³⁹ CAICEDO ARCILA, Gilberto. *Ibid.*

su aplicación. Sin embargo, y esa es la moderna perspectiva de análisis sobre este tema, su análisis debe ser realizado a partir de un enfoque constitucional, que permita evaluar si detrás de la denegatoria o prohibición de la visita íntima se estarían afectando derechos fundamentales. Pero este será un tema sobre el cual volveremos más adelante. Aquí lo que nos interesa señalar es que para un adecuado análisis de las controversias jurídicas relacionadas con la visita íntima en los centros carcelarios, debe comprenderse su relación con el problema sexual en las cárceles.

En el fallo del Tribunal Constitucional que estamos comentando, esta materia se encuentra completamente ausente de sus fundamentos, lo que demuestra el excesivo formalismo con que muchas veces este órgano de control emite sus decisiones, alejado de la realidad. De haber tenido un enfoque más claro del tema, como supuestamente corresponde a una instancia especializada en materia constitucional, sin duda sus argumentos a favor de la parte demandante –y de la visita íntima en particular– hubieran sido sólidos.

2.2.2 Visita íntima para las mujeres: problemas identificados

Si bien en la actualidad no parece existir mayor debate a nivel teórico sobre la necesidad de permitir las visitas íntimas en las cárceles, la realidad demuestra una manifiesta situación de discriminación contra las mujeres en torno a este tema. La siguiente afirmación de Antony es bastante ilustrativa al respecto⁴⁰:

«Un aspecto del régimen penitenciario claramente discriminatorio para las mujeres es el de la visita íntima. Muy pocas cárceles latinoamericanas de mujeres han reglamentado este derecho que, aunque quizás no esté formalmente negado, no se ha implementado debidamente. Y en los pocos establecimientos en donde existe la visita íntima o familiar para las mujeres, éstas son objeto de fiscalizaciones y exigencias que los hombres reclusos no sufren, como el uso forzoso de anticonceptivos o la obligación de estar casada o mantener un vínculo de pareja estable con el visitante. Del mismo modo, hay que señalar la discriminación de las mujeres reclusas lesbianas, a quienes se les niega el derecho a recibir visitas íntimas de sus compañeras».

A nivel nacional, es importante hacer mención al trabajo de supervisión de los establecimientos penitenciarios llevado a cabo por la Defensoría del Pueblo. En un informe del año 2006, esta institución estatal de defensa de los derechos fundamentales llegó a las siguientes conclusiones sobre los problemas de las mujeres para acceder a la visita íntima en las cárceles, que resumimos para su adecuada comprensión⁴¹:

⁴⁰ ANTONY, Carmen. «Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina». En *Nueva Sociedad*, n° 208, 2007, p. 80.

⁴¹ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ. *Supervisión del Sistema Penitenciario 2006*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2007, pp. 103-107.

- El acceso a la visita íntima presenta una clara diferencia entre la población femenina y la masculina. En el caso de los establecimientos de varones, la administración penitenciaria se muestra permisiva para que en los días de visita femenina las mujeres visitantes puedan ingresar a los diversos ambientes de reclusión (incluidas las celdas o cuadras), momento en el cual los internos pueden mantener relaciones sexuales, lo cual explica que en la mayoría de establecimientos de varones no se reporte que éstos soliciten acceder a una visita íntima ni existan ambientes especiales para recibir dichas visitas (venusterios). Esta permisividad incluye recibir visitas no sólo de sus parejas (esposas o convivientes), sino de cualquier otra persona, lo que se presta a casos de comercio sexual (prostitución) al interior de los establecimientos penitenciarios.
- La situación es totalmente distinta en el caso de la población femenina en general, ante la cual la administración penitenciaria se muestra escrupulosa en hacer respetar la norma penitenciaria sobre visita íntima. En los establecimientos con mujeres internas no se permite que los varones visitantes puedan ingresar a los ambientes de reclusión, a fin de evitar algún tipo de contacto sexual, exigiéndoles el cumplimiento de la norma penitenciaria.
- La posibilidad de una interna de acceder a una visita íntima es mínima, considerando que en la mayoría de establecimientos no se cuenta con un ambiente especial para ello (adonisterio) y existe una postura de control de la administración respecto a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres internas.
- En los establecimientos penitenciarios que albergan mujeres y varones, es donde se observa claramente este trato diferenciado que, en ocasiones, deriva en un trato discriminatorio ya que mientras los internos acceden permanentemente a tener relaciones sexuales durante la visita de mujeres, las internas mujeres no acceden, en casi ningún caso, a la visita íntima.
- A juicio de la Defensoría del Pueblo, no existiría impedimento legal para la concesión de la visita íntima a las mujeres, según los criterios del Código de Ejecución Penal, debiendo en cada caso evaluarse los pedidos de acuerdo a criterios de seguridad y disciplina penitenciaria, así como la conducta de la interna solicitante.
- Para la Defensoría del Pueblo, la visita íntima debe ser considerada más como un derecho de la persona privada libertad antes que como un beneficio penitenciario.

A partir de esta información se puede concluir que la situación de la visita íntima en los centros penitenciarios del país refleja una clara discriminación

contra la mujer respecto a los hombres, dado que no cuentan con las facilidades para conseguir los permisos respectivos y tampoco existen los espacios adecuados para que ésta pueda realizarse, hechos que de alguna manera se producen por una actuación de las autoridades penitenciarias que no reconocen los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres⁴².

Por lo descrito, llama fuertemente la atención que el Tribunal Constitucional peruano haya desaprovechado una importante oportunidad para pronunciarse sobre esta situación específica de discriminación contra la mujer en los establecimientos penitenciarios, y se haya limitado a la mera formalidad de exigir a las entidades penitenciarias garantizar la visita íntima para las personas sentenciadas por terrorismo. Aquí queda de manifiesto la completa ausencia de capacidad por parte del Tribunal para analizar determinados problemas jurídico-constitucionales con un enfoque de género y atendiendo a las exigencias de la realidad, algo que quizá pueda obedecer a un factor muy concreto, cual es la ausencia total de mujeres en este órgano de control colegiado⁴³.

2.3. Visita íntima y beneficios penitenciarios

Una de las razones por las que la sentencia que estamos comentando merece especial atención es que se trata del primer fallo del Tribunal Constitucional peruano en el que se aborda un caso relacionado con la visita íntima en los establecimientos penitenciarios. Dado que la vía empleada para que se resuelva esta causa es un proceso constitucional, surge una de las interrogantes más frecuentes planteadas a nivel de la visita íntima, cual es si guarda relación con el ejercicio de un derecho fundamental o se trata únicamente de un beneficio penitenciario. Si es lo primero, corresponde aplicar el conjunto de garantías que rodean a tales derechos. Si es lo segundo, se estará ante un beneficio respecto al cual existe una discrecionalidad por parte del Estado para decidir si lo concede.

Los beneficios penitenciarios constituyen una materia que es objeto de estudio por parte del denominado Derecho Penitenciario, por lo que es apropiado acudir a esta disciplina a fin de identificar una definición operativa sobre lo que se entiende como tales y su fundamento. En este sentido, la

⁴² Sobre los resultados de un trabajo de campo sobre la visita íntima realizado a finales del 2004 en el establecimiento penal de mujeres de Chorrillos (Lima), Small Arana comenta que de un universo de 47 internas un 89.4% tenía conocimiento de la posibilidad de solicitar la visita íntima y que sólo un 6.3% la solicitaron pero no le dieron trámite. Consultadas las internas sobre si habían tenido relaciones sexuales con su pareja en atención a la visita íntima, un 100% manifestó que no. SMALL ARANA, Germán. Ob. cit., p. 295.

⁴³ Sin embargo, el Tribunal sí se pronuncia sobre la discriminación que respecto a la visita íntima podría producirse en torno a las personas con diversa orientación sexual. En este sentido, en el fundamento 28 de la sentencia señala: «(...) la *permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad. En estos casos la autoridad penitenciaria, al momento de evaluar la solicitud de otorgamiento, deberá exigir los mismos requisitos que prevé el Código de Ejecución Penal y su Reglamento para las parejas heterosexuales.*».

doctrina especializada define a los beneficios penitenciarios como «un mecanismo jurídico de vital importancia para el recluso, porque la obtención de los mismos determina que el penado pueda disfrutar de la libertad antes de que se extinga la totalidad de la condena impuesta»⁴⁴. Por ello, al determinarse qué medidas deban ser consideradas como beneficios penitenciarios, la doctrina suele hacer referencia a la libertad condicional, al adelantamiento de la misma, al indulto y a la redención de la pena por el trabajo. Independientemente de la posición que pueda asumir cada autor sobre cuándo se está frente a un beneficio penitenciario, lo cierto es que los mismos se encuentran relacionados con el efecto que dicho beneficio tiene respecto al cumplimiento de la condena privativa de libertad, dado que permite recortar su duración.

La correcta comprensión sobre lo que en esencia constituye un beneficio penitenciario, tiene una transcendencia especial en el caso que estamos comentando, pues a partir de la definición que nos ofrece la doctrina especializada sobre la materia se puede concluir muy fácilmente que la visita íntima en los establecimientos penitenciarios no puede ser considerada como un beneficio penitenciario, dado que su finalidad no está relacionada con la duración de la pena privativa de libertad impuesta a los condenados. El hecho que una norma legal o reglamentaria se refiera a la visita íntima como beneficio penitenciario, no puede conducir a error, pues se estaría interpretando la finalidad de la institución a partir de lo dispuesto en un texto legal, el cual puede presentar serias deficiencias.

En este sentido, en el caso que venimos analizando, tanto la parte demandante como los demandados, al plantear la controversia desde la perspectiva de haber sido negado un beneficio penitenciario cometieron un error, que debió haber sido corregido por el propio Tribunal. Sin embargo, este órgano de control, que alegó el *iura novit curia* para pronunciarse sobre un derecho no planteado en la demanda, sustentando su decisión en que supuestamente «conocía el Derecho aplicable al caso», no identifica dicho error y, lo peor de todo, lo acentúa.

En efecto, si uno revisa la sentencia en su conjunto, puede concluir que el Tribunal se refiere de manera indistinta a la visita íntima como un derecho y como beneficio penitenciario, aunque será en la parte resolutive de su sentencia en donde quedará en claro que la considera principalmente como esto último, como se aprecia a continuación en los siguientes dos puntos resolutive del fallo, donde el Tribunal decide:

«2. Declarar NULOS los Oficios N^{os} 1046-2006-INPE/16-08 y 039-2006-INPE-07-01-AL, por servir de sustento para impedir el otorgamiento del **beneficio penitenciario de la visita íntima**. (...)

⁴⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (Coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*. Madrid: Colex, 2001, p. 377.

4. ORDENAR al Instituto Nacional Penitenciario (INPE) que disponga a todos los establecimientos penitenciarios que administra que **el beneficio penitenciario de la visita íntima** debe ser concedido a los internos e internas por el delito de terrorismo» (la negrita es nuestra).

En consecuencia, para el Tribunal Constitucional peruano, la visita íntima debe ser considerada como un beneficio penitenciario, con lo cual contradice toda la fundamentación de su propia sentencia, en donde la visita íntima es considerada como parte de la forma en que se concreta el derecho al libre desarrollo de la personalidad y cuya prohibición resulta contraria a la integridad personal. Sin duda, un gravísimo error del Tribunal, que demuestra su completa falta de conocimiento sobre los fundamentos jurídicos de los beneficios penitenciarios, aspecto que resultaba esencial para poder emitir un fallo sobre la visita íntima.

2.4 Visita íntima y derechos fundamentales

Una perspectiva de análisis diferente respecto a la visita íntima busca establecer su relación con el ejercicio de los derechos fundamentales. No se trata de un enfoque aceptado de forma unánime, como queda claro al revisar las experiencias del derecho comparado, en particular los casos de España y Colombia, pero que en un inicio fue asumido por el Tribunal Constitucional peruano, como queda evidenciado al revisar los fundamentos de la sentencia que estamos comentando, aunque como señalamos en el acápite anterior, al considerar finalmente la visita íntima como un beneficio penitenciario dejó sin efecto todo su análisis con este nuevo enfoque.

2.4.1 Derecho comparado: las experiencias de España y Colombia

En el plano del derecho comparado es posible encontrar diversas tendencias en torno a este tema. El Tribunal Constitucional de España concluyó que la visita íntima no podía ser considerada como parte de un derecho fundamental. En la sentencia 89/1987, del 3 de junio de 1987, el Tribunal señaló (fundamento jurídico 2):

«Para quienes se encuentran en libertad, el mantenimiento de (las relaciones sexuales) no es el ejercicio de un derecho, sino una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles. Los derechos fundamentales, que garantiza la libertad, no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones de su práctica, por importantes que éstas sean en la vida del individuo (...)

Lo que importa al asunto que ahora nos ocupa es subrayar la afirmación que antes hacíamos de que el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente, una manifestación de la libertad a secas.

Se sigue de ello, claro está, que quienes son privados de ella se ven también impedidos de su práctica sin que ello implique restricción o

limitación de derecho fundamental alguno. Es, sin duda, plausible, concorde con el espíritu de nuestro tiempo y adecuado a las finalidades que el art. 25.2 (de la Constitución española) asigna a las penas privativas de libertad, que el legislador las autorice, pero ni está obligado a ello ni la creación legal transforma en derecho fundamental de los reclusos la posibilidad de comunicación íntima con sus familiares o allegados íntimos que abre (la legislación penitenciaria española), sujeta a la previa autorización en la forma que reglamentariamente se determine».

En concordancia con estos fundamentos, el mismo Tribunal llegó a precisar lo siguiente sobre la relación entre la prohibición de la visita íntima y la posible afectación del derecho a la integridad personal (fundamento jurídico 2 de la STC 89/1987):

«Que la sexualidad sea parte importante de la vida del hombre es, desde luego, afirmación que puede ser asumida sin reparo, pero de ello no se sigue, en modo alguno, que la abstinencia sexual aceptada por decisión propia, o resultado de la privación legal de libertad, ponga en peligro la integridad física o moral del abstinente, tanto más cuanto se trata de una abstinencia temporal como aquí es el caso (...).

Por la misma razón hay que afirmar que esa negativa y la consiguiente imposibilidad de mantener relaciones sexuales no implica tampoco la sumisión a un trato inhumano o degradante, pues, como ya dijimos en nuestra STC 65/1986, recogiendo doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, para apreciar la existencia de tratos de ese género es necesario que éstos «acarreen sufrimientos de una especial intensidad, o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de la condena» (fundamento jurídico 4°). La privación de libertad, como preso o como penado, es, sin duda, un mal, pero de él forma parte, sin agravarlo de forma especial, la privación sexual».

Asimismo, el Tribunal español descartó que la prohibición de la visita íntima pueda ser catalogada como una afectación del derecho a la intimidad. En este sentido, en la misma sentencia y en el mismo fundamento señaló:

«Tampoco cabe discutir, es obvio, que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, que es incluso uno de sus reductos más sagrados, pero lo que el Derecho puede proteger, y el nuestro, afortunadamente, protege, es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres. Sin duda, una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Se pueden, tal vez, considerar ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere, pero esa condición no se da en la restricción o privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad, relaciones que, precisamente por exigencias de lo dispuesto en el art. 18.1 C.E, han de desarrollarse, cuando son autorizadas, en condiciones que salvaguarden la dignidad de las personas implicadas.

La autorización para la comunicación íntima restaura circunstancialmente para el recluso un ámbito provisional de intimidad, siquiera sea al precio, seguramente doloroso, de verse en la dura necesidad de solicitarla, pero esa restauración episódica es resultado de una concesión del legislador, no un imperativo derivado del derecho fundamental a la intimidad».

En consecuencia, el Tribunal Constitucional español ha descartado que la prohibición de la visita íntima sea una materia que deba ser analizada desde un punto de vista jurídico constitucional, negando que su limitación pueda ser considerada como contraria al derecho a la integridad personal o a la intimidad, aunque debe dejarse en claro –como se desprende de sus fundamentos– que el análisis lo realizó a propósito de un caso en que la restricción a la visita íntima era temporal y no total. Sin embargo, en uno de los fundamentos citados deja en claro que existen supuestos de abstinencia sexual que forman parte de la decisión propia de una persona –por ejemplo, los sacerdotes católicos– y que no pueden considerarse como una afectación al derecho a la integridad personal.

Una perspectiva completamente diferente se presenta en el caso de la amplia jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia, no sólo sobre la visita íntima en particular sino sobre la visita familiar en general en establecimientos penitenciarios. Al sintetizar su posición sobre la visita conyugal, la Corte ha señalado que ésta⁴⁵:

*«es un **derecho fundamental limitado**, cuyo soporte constitucional deriva de la interpretación armónica de los derechos a la vida en condiciones dignas, la intimidad personal y familiar, al libre desarrollo de la personalidad y a la unidad familiar» (la negrita es nuestra).*

Sobre la base de esta premisa, la Corte ha venido resolviendo demandas de tutela (amparo) relacionadas con casos en donde las autoridades penitenciarias niegan el permiso de las visitas conyugales, que incluye la visita íntima, sobre la base de criterios que resultan irrazonables o desproporcionados. En esta línea, la Corte ha señalado⁴⁶:

«de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la restricción del derecho a la visita íntima debe ser razonable y proporcional, pues si bien las autoridades carcelarias tienen un importante margen de discrecionalidad al tomar las medidas que se requieren para controlar la seguridad, disciplina y el orden en los establecimientos carcelarios, esa facultad no puede confundirse con la arbitrariedad en sus decisiones, de tal forma que todas las medidas adoptadas deben dirigirse a conseguir los fines del tratamiento penitenciario. Por esa razón, la jurisprudencia ha concluido que a pesar de que la visita conyugal es un derecho fundamental limitado, los establecimientos carcelarios deben hacer todo lo posible para que el interno tenga contacto permanente con su familia (mediante visitas y

⁴⁵ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-511/2009, del 30 de julio de 2009, sección 2.4.

⁴⁶ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-511/2009, del 30 de julio de 2009, sección 2.4.

comunicaciones) y, en especial, adelante las medidas que estén a su alcance para facilitar la visita íntima de los reclusos».

Esta perspectiva sobre la visita íntima como derecho fundamental y su relación con el respeto y garantía de diversos derechos reconocidos a nivel constitucional queda ratificada por la Corte de la siguiente manera⁴⁷:

«(...) la restricción del derecho a la visita conyugal es válida constitucionalmente si «existe razón suficiente para aplicarlo, en especial, a la relación entre el fin buscado y el medio para alcanzarlo». En otras palabras, la decisión de negar o suspender transitoriamente el derecho a la visita conyugal es discrecional si se fundamenta en motivos razonables y proporcionados, consistentes en la omisión del cumplimiento de alguno de los requisitos señalados en el Reglamento del establecimiento carcelario o si, del análisis serio y detenido de las circunstancias de seguridad, higiene y disciplina de la cárcel, puede deducirse la impertinencia o inconveniencia de la visita. Por el contrario, la negativa del derecho no fundamentada en motivos razonables y proporcionales, es una decisión arbitraria, puesto que las autoridades competentes tienen el deber de facilitar el ejercicio del derecho a la visita íntima y de propender porque ésta se ajuste a los derechos fundamentales del recluso».

En consecuencia, mientras que en España la visita íntima ha sido descartada como derecho fundamental, en Colombia sí ha sido considerada como tal, estableciéndose precisiones en cuanto a su alcance y la forma en que debe ser ejercido, lo cual deja en claro que no existe uniformidad de criterios en el derecho comparado sobre la forma en que debe ser abordada esta materia. Sin embargo, algo que llama la atención en la sentencia del Tribunal Constitucional peruano que estamos analizando, es que a pesar de estar su posición más cercana al caso colombiano, no exista una sola mención a la extensa línea jurisprudencial sobre la materia emitida por la Corte Constitucional de este país.

2.4.2 Análisis del caso concreto

Al resolver la demanda de *habeas corpus* por la que se reclamaba acceder a la visita íntima, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la relación entre la visita íntima y dos derechos reconocidos en la Constitución, cuales son el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la integridad. Sin embargo, como ya adelantamos, al haber considerado erróneamente la visita íntima como un beneficio penitenciario –como se aprecia en la parte resolutive de la sentencia–, sus argumentos relacionados con el ejercicio de estos derechos fundamentales pierden consistencia y aparecen más bien como ideas inconexas o aisladas respecto al fondo de la controversia, a lo cual contribuye el hecho que sobre tales materias el análisis por parte del Tribunal sea bastante débil e insuficiente.

⁴⁷ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-511/2009, del 30 de julio de 2009, sección 2.5.

a) Visita íntima y derecho a la integridad personal

En los textos especializados en materia de Derecho Penitenciario el tema de la visita íntima se analiza de forma conjunta con los problemas que a la integridad de la persona origina la abstinencia sexual. Al respecto, resulta ilustrativa la siguiente cita de Avellaneda⁴⁸:

«Se ha convertido mucho el pro y el contra de la abstención de carácter genésico, o sea, el perjuicio que puede traer. Han tomado partido por la afirmación de lo perjudicial varios científicos, entre los que destacan Hallen Key y la doctora María C. Stops quienes señalan el hecho de que la prolongada abstinencia produce perturbaciones nerviosas. Para ellos las personas habituadas al comercio sexual normal, cuando son encarceladas, vienen a sufrir trastornos psíquicos, que las ponen en condiciones difíciles para su readaptación social.

Se habla de las consecuencias funestas de la obligada abstinencia, que se refleja en neurosis y psicopatías principalmente. Quienes se han preocupado por lo patogénico en la represión de los impulsos genésicos, entre otros Freud y los psicoanalistas, opinan que aquélla es origen de la mayor parte de las psiconeurosis (...).».

En este sentido, existe una importante relación entre la necesidad de garantizar el derecho a la integridad personal y las visitas íntimas, tema en donde se demuestra cómo la ciencia médica ofrece al Derecho importantes criterios para ser analizados al momento de emitirse alguna norma o fallo judicial sobre la materia.

A pesar de lo expuesto, la relación entre la visita íntima y el derecho a la integridad personal es el último de todos los temas abordados por el Tribunal Constitucional en la sentencia que venimos comentando. Pero más preocupante es el hecho que los argumentos sobre este punto resulten muy generales y se centren demasiado en aspectos de orden legal.

En efecto, luego de señalar en un primer párrafo, citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que las restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación al derecho a la integridad personal, el Tribunal procede a hacer un recuento de las normas legales que regulan el régimen penitenciario en el país, a efectos de concluir que el marco legal vigente no prohíbe las visitas íntimas para el caso particular de las personas sentenciadas por el delito de terrorismo.

De esta forma, el fundamento principal del Tribunal sobre la afectación del derecho a la integridad personal como consecuencia de la prohibición de la visita íntima, se ve reducido a una referencia a una apreciación general de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las restricciones indebidas a la visita íntima. No aparece, en este sentido, un desarrollo sobre los alcances

⁴⁸ AVELLANEDA PULIDO, José. *La ciencia penitenciaria*. Bogotá, 1970, p. 85.

del derecho que habría sido afectado, en cuanto a su contenido o reconocimiento constitucional e internacional, omisión sumamente grave pues lo primero que debe hacerse cuando se analiza si un acto es lesivo a un derecho fundamental, es delimitar adecuadamente el contenido del derecho que habría sido vulnerado y su reconocimiento normativo en el ordenamiento jurídico. Sobre la integridad personal, el Tribunal se limita a señalar que su respeto implica el *«derecho a no ser sometido a tratamientos susceptibles de anular o restringir la voluntad o el uso pleno de las facultades corpóreas»*; sin embargo, no precisa en qué medida ambos aspectos se ven afectados con la prohibición de la visita íntima.

En consecuencia, el tema que debió ser objeto de mayor análisis por parte del Tribunal, no llega a recibir el tratamiento que merecía, lo que hace que el fallo presente serias omisiones en su argumentación, que lo debilita de manera muy intensa, lo cual impide que pueda ser reconocido como una sentencia vinculante para situaciones similares. La ausencia de fundamentos jurídicos sólidos, que justifiquen la relación entre la visita íntima y los derechos fundamentales, es lo que más debilita las posibilidades de proyección hacia el futuro de la sentencia que estamos comentando.

b) Visita íntima y libre desarrollo de la personalidad

Al revisar los fundamentos del Tribunal sobre la relación entre la visita íntima y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo primero que llama la atención es un aspecto de forma, pues no se hace referencia a ningún artículo de la Constitución de 1993⁴⁹. Se trata de una omisión grave, tomando en cuenta la relevancia del caso, pero especialmente por el hecho que el libre desarrollo de la personalidad no cuenta a nivel interno con un suficiente desarrollo jurisprudencial o en la doctrina especializada, por lo que la ausencia de referencias normativas o la omisión de una explicación sobre los fundamentos constitucionales de este derecho, sin duda generarán serias dudas entre los operadores jurídicos sobre la consistencia de los argumentos del Tribunal en torno a este punto.

De los siete párrafos (más que fundamentos) que el Tribunal dedica a este tema, debe hacerse mención de modo especial a aquél en que reconoce que la visita íntima es un derecho, que se enmarca a su vez dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido afirma (fundamento 26):

«(...) los internos en virtud de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, tienen derecho a la visita íntima bajo condiciones de periodicidad, intimidad, salubridad y seguridad, en la medida en que lo permitan las limitaciones mismas que se derivan de la reclusión y las normas que regulan la materia».

⁴⁹ El artículo 2° inciso 1° de la Constitución señala que toda persona tiene derecho a su «libre desarrollo».

En este sentido, el Tribunal reconoce que la visita íntima debe ser entendida como un derecho, aunque posteriormente, al emitir su decisión final sobre el caso, se referirá a ella como un beneficio penitenciario, estableciendo una contradicción insalvable en su sentencia, lo cual deja casi sin efecto alguno todas sus reflexiones (más que argumentos jurídicos) sobre la visita íntima como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Evidenciada esta contradicción, resultaría innecesario hacer mención a otros argumentos del Tribunal sobre este punto. Sin embargo, por un carácter ilustrativo, es importante señalar que para el Tribunal, de considerarse la visita íntima como un derecho, podría ser objeto de restricciones legítimas⁵⁰, pero bajo ninguna circunstancia prohibida de forma absoluta⁵¹.

Pero sin duda, lo que más llama la atención es que luego de todos los argumentos expuestos por el Tribunal sobre la relación entre la visita íntima y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, no los aplique al caso concreto. De haberlo hecho, hubiese quedado en claro que una norma o acto administrativo que prohibiese de forma absoluta la visita íntima para determinados reclusos resultaría inconstitucional, que era lo que precisamente ocurría en el caso concreto que dio lugar a la demanda. Por ello, es válido que algunas autoridades puedan considerar que estos argumentos sólo fueron expuestos con fines meramente ilustrativos sobre los alcances de la visita íntima, pero que no formaban parte del núcleo esencial de los argumentos que permitieron declarar fundada la demanda, dada la falta de conexión con el caso concreto⁵².

2.5 Visita íntima y protección de la familia

Entre los fundamentos 18 al 22 de la sentencia, el Tribunal establece una relación bastante singular entre la visita íntima y la norma constitucional que establece la obligación del Estado de proteger a la familia (artículo 4º de la Constitución Política). Tal singularidad queda de manifiesto en los siguientes argumentos:

«El Estado, al permitir y garantizar la visita íntima a los internos, coadyuva decisivamente en la consolidación de la familia en el proceso de resocialización del reo, pues las condiciones de hacinamiento e higiene de los establecimientos penitenciarios generan en éste un deterioro de su integridad física, psíquica y moral que frecuentemente sólo pueden ser compensados con el amor que brinda la familia.»

⁵⁰ En el fundamento 29 de la sentencia, el Tribunal señala: «(...) la sanción disciplinaria impuesta a un interno, consistente en la suspensión temporal de la visita íntima por incurrir en faltas legalmente previstas, sólo resultará proporcional y razonable si es que se sustenta en la necesidad de garantizar el orden y la seguridad del establecimiento penitenciario. Como por ejemplo, cuando se comprueba que un interno está haciendo uso de la visita íntima para planear la realización de actos ilícitos».

⁵¹ En el fundamento 27 de la sentencia, el Tribunal señala: «(...) las medidas adoptadas por las autoridades penitenciarias que **restringen de manera absoluta** el ejercicio de la visita íntima vulneran el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los internos y resultan contrarias a los fines constitucionales del tratamiento penitenciario» (la negrita es nuestra).

⁵² Ello queda a la vez demostrado en el hecho que sólo cuando se aborda el tema de la violación a la integridad personal, de forma expresa el Tribunal se refiera a este punto como «Análisis de la controversia».

Asimismo, el Estado al permitir la visita íntima está cumpliendo con su deber de especial protección a la familia como institución fundamental de la sociedad reconocido en el artículo 4° de la Constitución. Si bien no es el único mecanismo para cautelar a la familia, el espacio compartido en la visita íntima sí es propicio y necesario para fortalecer los vínculos de la pareja; pues una vez fortalecida la relación de pareja, se facilita la relación armónica con los hijos».

Del mismo modo, al abordar el tema de la relación entre la visita íntima y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el Tribunal vuelve a referirse a esta materia y señala (fundamentos 24 y 25):

«(...) para aquellos internos que tengan conformada una familia, el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues si bien la privación de la libertad conlleva una limitación razonable del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es obvio que no lo anula. Y es que la visita íntima es aquel espacio que, como su nombre lo indica, brinda a la pareja un momento de cercanía, privacidad personal y exclusividad que no puede ser reemplazado por ningún otro.

(...) tratándose de personas privadas de la libertad, se hace esencial para los internos y su pareja el poder relacionarse en el ámbito sexual ya que este tipo de encuentros, además de tener como sustrato un aspecto físico, trasciende al psicológico y al ser positivo repercute en el estado de bienestar de la pareja».

Consideramos que el Tribunal confunde la visita íntima para tener relaciones sexuales con el derecho que tienen todas las personas privadas de libertad a recibir la visita de sus familiares y que obliga a que las autoridades penitenciarias vulneren la privacidad de esos momentos, en donde las parejas dialogan principalmente sobre sus temas personales. Sin duda, otra grave confusión del Tribunal que deja en claro su desconocimiento sobre la materia.

2.6 Visita íntima y riesgo de embarazo

Aunque no le dedica una sección especial, existe una apreciación final que realiza el Tribunal sobre un tema importante, pero al que no le otorga la debida atención.

En efecto, uno de los argumentos que suele ser empleado con mucha frecuencia para limitar el derecho a la visita íntima a las mujeres, es el riesgo del embarazo, que al no estar presente en el caso de los reclusos varones, genera situaciones de discriminación⁵³. Como afirma Beltrán, discriminar a la mujer por su capacidad de concebir, y en consecuencia impedirle el acceso a la visita conyugal cuando se encuentre en esa capacidad, implica desconocer su situación particular, encontrándose los Estados que han ratificado los tratados a favor de los derechos de la mujer, en la obligación de

⁵³ A ello debe sumarse que contra la posibilidad de reconocer la visita íntima a favor de las mujeres se suele argumentar el riesgo de que menores de edad tengan que vivir con sus madres en los establecimientos penitenciarios.

eliminar las normas y prácticas de su ordenamiento jurídico interno que restrinjan de forma indebida sus derechos⁵⁴.

Lamentablemente, sobre esta materia el Tribunal se limita a señalar que «*el argumento del Instituto Nacional Penitenciario consistente en que la limitación del beneficio penitenciario de la visita íntima tiene como fundamento el temor de que las internas queden embarazadas, carece de sustento legal y constitucional*». En decir, no precisa argumentos que sirvan a futuro para rebatir esta posición del ente estatal en materia penitenciaria, limitándose a afirmar que no hay fundamento normativo, legal o constitucional que la sustente.

Pero sin duda, lo más grave es que el Tribunal haya desaprovechado la oportunidad para analizar la relación entre la visita íntima y la protección de los derechos reproductivos de las mujeres, tema sobre el cual, como ha sido señalado anteriormente, existen importantes decisiones en el derecho comparado.

2.7 Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

2.7.1 Aspectos generales

Conforme a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, «*las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*».

La importancia de esta disposición radica en ser el único criterio de interpretación de los derechos fundamentales consagrado de forma expresa en la Constitución⁵⁵. Se trata, además, de un mandato obligatorio a todos los operadores jurídicos, quienes al momento de analizar cualquier tema que se relacione con estos derechos deben tomar en consideración en forma imperativa lo señalado en las normas internacionales. No se está, por lo tanto, ante una opción que pueda ser asumida por el intérprete, sino que se trata de una regla interpretativa de estricta observancia.

En este sentido, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a la vez de establecer un criterio de interpretación de los derechos fundamentales, constituye un límite a la labor que desarrollan los intérpretes de la ley fundamental, por cuanto no pueden desconocer lo dispuesto en las

⁵⁴ BELTRÁN VARILLAS, Cecilia. «Visita conyugal en la jurisprudencia constitucional: Reflexiones a partir de la experiencia de la Corte Constitucional de Colombia». En *Revista Peruana de Jurisprudencia*, n° 47, enero de 2005, p. LXXV.

⁵⁵ Entre otros criterios de interpretación se encuentran la posición preferente de los derechos fundamentales, el carácter progresivo e irreversible de las medidas adoptadas a su favor, la aplicación de la norma más favorable a su ejercicio, etc. Lamentablemente, la Constitución peruana carece de un capítulo general en materia de derechos fundamentales en donde se establezcan estos principios. Sin embargo, esto no ha impedido su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

normas internacionales. En caso contrario, no sólo se iría en contra de lo exigido por la Constitución, sino que podría originarse una responsabilidad internacional del Estado peruano por no observar los alcances de los tratados que ha ratificado.

Es posible distinguir dos modos de emplear el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno. Por un lado, una referencia meramente concordante, por medio de la cual se utilizan las normas internacionales a fin de señalar que en ellas se expresa algo similar a lo previsto en el texto constitucional. Sin embargo, lo que resulta más adecuado, a fin de cumplir con los objetivos de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, es emplear las normas internacionales con un objetivo más sustantivo, cual es *interpretar* los derechos fundamentales, es decir, delimitar su contenido, identificar los actos contrarios a su ejercicio, evaluar los límites permitidos a los mismos, incorporar nuevos derechos en el ordenamiento jurídico nacional y establecer lineamientos para el cumplimiento de las obligaciones del Estado respecto a estos derechos.

2.7.2 Análisis del caso concreto

Corresponde ahora analizar cómo aplicó el Tribunal Constitucional el derecho internacional de los derechos humanos para analizar el caso concreto puesto a su conocimiento.

La primera referencia al derecho internacional de los derechos humanos aparece cuando el Tribunal se refiere a las obligaciones del Estado respecto a los derechos de las personas privadas de libertad. Aquí, la referencia al derecho internacional es en concreto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de este grupo de especial protección. Citando la sentencia de la Corte en el caso «Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay», el Tribunal señala que *«una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de procurar a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención»*.

La segunda referencia al derecho internacional la realiza el Tribunal en una sección especial de la sentencia dedicada al tema de los derechos de las personas privadas de libertad. Así, entre los fundamentos 12 al 17 de la sentencia, cita diversas fuentes del derecho internacional en donde se han precisado aspectos relacionados con las condiciones de reclusión, aunque no llega a establecer una conexión entre las fuentes que cita y el caso concreto. En términos generales, estos fundamentos sirven para ilustrar de forma general el tema de los derechos de las personas privadas de libertad, pero sin mayor relevancia para el caso de fondo.

Sin embargo, no debe pasar desapercibida la afirmación por parte del Tribunal, en el sentido que las resoluciones de Naciones Unidas sobre las personas privadas de libertad deben ser consideradas como criterios de interpretación de los derechos fundamentales, conforme a lo dispuesto en el artículo V del Código Procesal Constitucional. Al respecto afirma (fundamento 15):

*«(...) la protección del derecho a la integridad personal, a la dignidad, a la libertad, a la integridad y al debido proceso de las personas que se encuentran privadas de su libertad, independientemente de su condición de detenida o condenada, debe basarse en los tratados internacionales y los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Las resoluciones de la ONU específicas sobre la materia deberán ser empleadas **como un criterio interpretativo auxiliar sobre la base del artículo V del Código Procesal Constitucional**»*
(la negrita es nuestra).

El artículo V del Código Procesal Constitucional reitera el contenido de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, de acuerdo a la cual los derechos reconocidos en ella deben ser interpretados conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados sobre la materia ratificados por el Estado Peruano. Esta norma constitucional, así como el Código Procesal Constitucional, no hacen referencia a otros instrumentos internacionales. Sin embargo el Tribunal, conforme al párrafo que hemos transcrito, incluye a los instrumentos declarativos relacionados con los derechos de las personas privadas de libertad dentro de las normas internacionales a observar para cumplir el citado mandato constitucional, por lo que deben ser considerados como fuentes a ser consultadas y observadas por todos los operadores jurídicos al momento de analizar cualquier controversia relacionada con las personas privadas de libertad.

Posteriormente aparecen en la sentencia otras dos referencias al derecho internacional pero que no tienen mayor peso en la argumentación del Tribunal para la resolución de la controversia. Así, cuando aborda el tema de la visita íntima como forma de protección de la familia, cita el Principio 19 del *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, en el cual se reconoce el derecho de los reclusos a ser visitados por sus familiares. De otro lado, al analizar la relación entre la visita íntima y el derecho a la integridad personal, el Tribunal cita de forma general tres sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de señalar que *«las restricciones indebidas al régimen de visitas constituye una violación del derecho a la integridad personal»* (fundamento 30), pero no llega a aplicar esta premisa al caso concreto, pues no existe en el fallo análisis alguno sobre lo que podría ser considerado como una restricción indebida.

En conclusión, el uso del derecho internacional de los derechos humanos para la resolución del presente caso, relacionado con la visita íntima en las

cárceles, fue mínimo y referencial, desperdiciando el Tribunal la oportunidad para hacer un uso más sustantivo de las normas internacionales que establecen un marco legal garantista de los derechos de las personas privadas de libertad.

3. REFLEXIONES FINALES

El tema de la visita íntima para las mujeres en los establecimientos penitenciarios estaba ausente en la jurisprudencia constitucional, por lo cual resulta de especial importancia el análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el expediente 1575-2007-HC. Lamentablemente, el fallo presenta graves deficiencias de argumentación, por lo que no puede ser calificado como una decisión que tenga el carácter de jurisprudencia vinculante, de estricta observancia por parte de los demás órganos del Estado. Por el contrario, deja serias dudas sobre la relación entre la visita íntima y derechos fundamentales como la integridad personal, el derecho a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.

A nivel de las instancias previas que conocieron el caso en el Poder Judicial, en ninguna de ellas éste fue bien enfocado, analizado o resuelto, lo que demuestra la falta de preparación por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado en materia de interpretación de los alcances de la visita íntima en las cárceles desde una perspectiva jurídico-constitucional.

Pero la situación no mejoró en el Tribunal Constitucional, cuya decisión presenta graves omisiones, como por ejemplo, la ausencia total de referencias al problema sexual en las cárceles o a la flagrante situación de discriminación contra las mujeres, que en los hechos no pueden acceder a la visita íntima, afectándose sus derechos sexuales y reproductivos. Asimismo, al haber considerado equivocadamente la visita íntima como un beneficio penitenciario, sus argumentos vinculados con la protección de la integridad personal o con el libre desarrollo de la personalidad pierden solidez y se presentan más bien como ideas desconectadas del fondo de la controversia, lo que se ve favorecido por la debilidad e insuficiencia del análisis que el Tribunal realiza sobre estos temas.

Las severas críticas formuladas en el presente artículo al fallo del Tribunal sólo reflejan su falta de capacidad para analizar determinados problemas jurídico-constitucionales con un enfoque de género y atendiendo a las exigencias de la realidad, lo que en parte puede obedecer a la ausencia total de mujeres en este órgano de control colegiado. De haber hecho un análisis serio sobre la controversia puesta en su conocimiento, como corresponde a una instancia especializada en la defensa de los derechos fundamentales, sus argumentos a favor de la parte demandante –y de la visita íntima en particular– hubieran sido sólidos.

LA MATERNIDAD EN LAS INSTITUCIONES DE FORMACIÓN POLICIAL: MANDATO SIN CORRELATO. EL CASO DE LAS ALUMNAS Y CADETES EXPULSADAS DE LOS CENTROS DE FORMACIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL DE PERÚ

Ma. Jennie Dador

En sociedades como la peruana se ha enseñado a las mujeres que su destino natural es la maternidad, lo que deriva en consustancial a la identidad femenina. Sin embargo, aquellas mujeres pertenecientes a las instituciones policiales que optan por la maternidad o llegan a ella, ya que no siempre el embarazo es producto de un ejercicio de libertad, no encuentran en el sistema las garantías y los servicios necesarios para llevar adelante una maternidad con dignidad, de modo que ésta es vivida en la clandestinidad bajo pena de ser castigadas y expulsadas de la institución a la que decidieron servir. Como sostiene Adrienne Rich, no es la capacidad reproductiva en sí misma lo que esclaviza a las mujeres, sino la manera en que este hecho es integrado en el sistema patriarcal⁵⁶.

Evolución histórica de la participación de las mujeres en las instituciones policiales⁵⁷

En el Perú frente a la necesidad institucional de incrementar el número de efectivos dentro del cuerpo armado, debido al descenso del personal masculino ingresante, se optó por permitir el acceso de las mujeres. En estos casos, la incorporación femenina se asoció con la necesidad imperiosa de contar con «mano de obra», como también sucedió en otros países de la región.

Este cambio de paradigma se encuentra estrechamente vinculado a los cambios culturales y de estatus jurídico de la mujer, producto de las reformas legales y de los espacios conquistados por organizaciones feministas y movimientos sociales; así como a la celebración de las conferencias mundiales sobre la mujer y sus programas de acción, que colocaron en la agenda la necesidad de trabajar aquellas áreas donde se evidenciaban mayores grados de desigualdad entre mujeres y hombres.

En 1955, la Policía de Investigaciones admitió el ingreso de mujeres para facilitar la investigación de casos en los que su presencia podría facilitar la obtención de información. La Guardia Civil permitió su acceso en 1977, para

⁵⁶ En GARCÍA ORBEGOSO, Romy. *Módulo de autoestima y género. Sobre cuerpo, sexualidades, maternidad y violencia*. Lima: Demus, 2008.

⁵⁷ DONADIO, Marcela y Cecilia MAZZOTTA. *La mujer en las instituciones armadas y policiales: resolución 1325 y operaciones de paz en América Latina*. 1ª edición. Buenos Aires: Resdal, 2009, pp. 89 y ss.

los trabajos relacionados con la prevención de actos cometidos por menores de edad, operaciones de tránsito, turismo y otras similares. En la Guardia Republicana la mujer ingresó en 1984 para participar en el registro y revisión de personas al ingreso y salida de las instituciones en los debía proveer seguridad. En el año 1991, como parte de una prueba piloto, la Escuela de Oficiales de la PNP hizo una convocatoria a cadetes, pero dirigida a mujeres suboficiales. A partir de esta primera práctica, las siguientes convocatorias fueron abiertas al público femenino en general.

La llegada de las mujeres a las instituciones policiales –históricamente masculinas– requiere de la implementación de una serie de medidas y políticas que van más allá de cambios en la infraestructura y logística institucional (dormitorios, servicios higiénicos y de salud diferenciados, dietas, etc.), tales como nuevas pautas diarias de interrelación que trasciendan los mitos complementarios de la superioridad masculina y la inferioridad y disponibilidad femenina, y el desarrollo de procedimientos oportunos frente a los delitos de acoso y violación sexual, entre otros, garantizando la vigencia de los derechos humanos de las mujeres. Sin embargo, todos estos cambios por la igualdad no dejan de ser vistos y sentidos por los varones y sus instituciones como una amenaza, por lo que su implementación genera soterradas resistencias que pretenden recordar a las mujeres que su lugar no es el cuartel, sino la cocina y el dormitorio.

Cabe preguntarse entonces cómo y cuánto se ha avanzado en normas y políticas sobre igualdad de oportunidades en estos espacios. Sobre todo en aquellas dirigidas a garantizar y compatibilizar la permanencia en la institución y la protección de la maternidad, dimensión todavía fundamental en la vida de muchas mujeres, aunque en la actualidad el mundo laboral la relación de pareja, la participación política y económica, así como la búsqueda personal cobran cada vez mayor relevancia para éstas. Las mujeres policías buscan ser reconocidas profesionalmente, sin que esto signifique el sacrificio de sus derechos, pero todavía se espera que las mujeres de las instituciones armadas sean mayoritariamente solteras y sin hijos⁵⁸.

La normativa nacional reconoce desde hace algunos años los derechos del personal femenino de la policía a gozar del descanso pre y post natal, de la hora de lactancia durante los seis meses posteriores al parto, a la exclusión de acciones y situaciones de violencia, esfuerzos físicos, ambientes hostiles y del servicio de veinticuatro por veinticuatro horas. También le reconoce el derecho a prestar servicios en unidades o dependencias administrativas y a exonerarse de esfuerzos físicos o cualquiera otros que pongan en riesgo su salud, a eximirse del servicio de guardia armada y a permanecer en su unidad

⁵⁸ Según el sondeo de opinión del Instituto de Opinión Pública, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, aplicado en 74 distritos urbanos de 15 regiones, a hombres y mujeres de 18 años a más (Año V / Febrero 2010), se espera que las mujeres de las instituciones armadas sean mayoritariamente solteras (81%) y sin hijos (78%).

o dependencia hasta después de las veinte horas⁵⁹ durante el periodo de gestación y lactancia.

Sin embargo, pese a los años transcurridos, todavía las escuelas de formación policial en la región no permiten que las mujeres queden embarazadas durante el periodo de estudio. La excepción es la legislación argentina⁶⁰, que establece que ninguna institución de formación militar puede expulsar o impedir el ingreso de mujeres embarazadas, habilitándolas para continuar con su formación teórica hasta que el período de gestación lo permita y difiriendo las pruebas físicas durante el mismo.

Hasta hace poco en Perú cuando las cadetes o alumnas quedaban embarazadas durante el proceso de formación, eran sancionadas con la expulsión de la Escuela, recurriendo algunas de las afectadas al órgano jurisdiccional para que vía la acción de amparo constitucional se ordene su reincorporación⁶¹. Al respecto, la sentencia N° 05527-08.PHC/TC, del Tribunal Constitucional, emitida ante la denuncia de una cadete embarazada, retenida contra su voluntad en la Sanidad de Chiclayo, la cobertura de los medios de prensa y la corriente de opinión pública favorable generada respecto al caso⁶², obligaron a las autoridades policiales a ordenar su reincorporación e iniciar la revisión y modificación de la regulación interna que avalaba esta medida discriminatoria.

Antecedentes del caso

El 5 de agosto de 2008, la cadete N.Y.B.B. fue internada en el Hospital Regional de la Sanidad de la Policía de Chiclayo al habersele diagnosticado un embarazo. Su internamiento se convirtió en injustificado y arbitrario a partir del día 9, pues gozaba de buena salud y su evolución era favorable, salvo síntomas propios de su estado de gravidez. Pese a ello el alta le fue negada en reiteradas oportunidades, obstaculizando la continuidad de sus estudios de formación profesional en la Escuela Técnica Superior de la Policía de Chiclayo, hasta el día 13 de agosto de 2008, un día después de interpuesta la acción de *habeas corpus*. Además, fue notificada del proceso administrativo disciplinario que se le instauró por estar embarazada, ya que según las normas de disciplina, constituye falta grave el embarazo en la etapa de formación.

⁵⁹ Ley N° 28308 y Decreto Supremo N° 001-05-DE-SG, Reglamento de la Ley que regula el descanso pre y post natal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

⁶⁰ Ley N° 26061

⁶¹ La acción de amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los que protegen el *habeas corpus* y el *habeas data*.

⁶² El reciente sondeo de opinión del Instituto de Opinión Pública, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, aplicado en 74 distritos urbanos de 15 regiones, a hombres y mujeres de 18 años a más (Año V / Febrero 2010); señala que el 80% de los encuestados (82% de mujeres y 79% de varones) considera que en el caso de que una mujer se encuentre estudiando en una Escuela de Oficiales o Suboficiales de las Fuerzas Armadas y quedase embarazada, deberá contar con las facilidades para que luego de dar a luz pueda reincorporarse. Contrariamente, solo el 15%, considera que la mujer debe ser separada de la institución.

En mérito a ello, el proceso se inició con una acción de *habeas corpus*, por privación arbitraria de la libertad. Nueve días después, el Juzgado Penal declaró infundada la demanda, por haberse producido la sustracción de la materia, ya que la cadete había sido dada de alta. En el mismo sentido se pronunció la Sala Superior, considerando además que no existían elementos de prueba suficientes que demuestren las violaciones alegadas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, consideró que si bien la cadete había sido dada de alta y se encontraba gozando de su libertad, dada las especiales características del caso, estimó necesario pronunciarse sobre el fondo de la controversia⁶³.

El pronunciamiento del Tribunal podría haber concluido con la privación arbitraria de la libertad personal, pero el colegiado consideró que en la demanda también se alegó la discriminación por razón de sexo, y que como la discriminación contra la mujer es un problema social que aún pervive en nuestra sociedad, e involucra otros derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, a la familia y a la educación, el proceso de *habeas corpus* debía convertirse en uno de amparo. El Código Procesal Constitucional en su artículo 37°, establece expresamente que el proceso de amparo (garantía constitucional para proteger a las personas frente a la vulneración o amenaza de los derechos reconocidos en la Constitución), puede ser utilizado en el caso de discriminación por sexo.

Derecho a la igualdad y a la no discriminación por sexo y a la educación

El Estado peruano reconoce la igualdad entre los sexos desde la Constitución Política de 1979. Actualmente, el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación están consagrados en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política de 1993: *«Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole»*. En ese sentido, el Tribunal se propuso determinar:

- a) Si se trataba de un comportamiento reiterado en las escuelas de formación de la Policía Nacional; y,
- b) Si la medida constituía un acto de discriminatorio que vulneraba los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

⁶³ Artículo 1°.- «(...) Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la demanda...».

Respecto al primero de los puntos, concluyó que este caso no se trataba de una situación aislada, pues existen denuncias reiteradas de discriminación y expulsión por embarazo en las escuelas de oficiales y sub oficiales de la Policía Nacional del Perú, que han sido documentadas por la Defensoría del Pueblo⁶⁴ y dadas a conocer públicamente por los medios de comunicación⁶⁵, y que carecen de sustento en la Ley de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, Ley N° 28338.

Efectivamente, ni el artículo 37 inciso 3, ni el artículo 133 de la norma mencionada señalan como falta grave que acarrea la separación definitiva de un cadete o alumna, el embarazo. Sin embargo, el artículo 139 de la misma norma, señala que «(...) la separación por causas relacionadas a su rendimiento académico, incapacidad física o psicossomática, o incumplimiento de sus obligaciones contractuales con la P.N.P., se regirá por las normas y reglamentos pertinentes del régimen educativo de la P.N.P.». Esta causal de «incumplimiento de obligaciones contractuales», es la que ha sido utilizada como argumento reiterado para la separación definitiva de algunas alumnas, pues dentro de las obligaciones contractuales asumidas, vía contrato de adhesión, existe una cláusula referida a la prohibición de embarazo durante el periodo de formación⁶⁶.

De otro lado, la Resolución Directoral N° 1966-2005-DIREGEN/EMG-PNJP, prescribe como causal de separación definitiva de cadetes o alumnos «contraer matrimonio o cualquier responsabilidad de paternidad o de maternidad antes o durante el periodo de formación».

Pese a tratarse en uno de los casos de la renuncia de derechos fundamentales, y en otro de la introducción de nuevas causales de infracción administrativa vía reglamentación, lo cual vulnera el principio de legalidad y de tipicidad contenidos en la propia Ley N° 28338, se ha venido aplicando.

En cuanto a que si la medida constituye un acto discriminatorio, el Tribunal Constitucional ya había definido la discriminación por sexo como la que «comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la

⁶⁴ En el Documento Defensorial *La Discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*, se señala que del total de quejas recibidas directamente por la Defensoría del Pueblo (67), 15 corresponden a discriminación por sexo, especialmente, en casos de embarazo en el ámbito educativo: adolescentes y escuelas de oficiales y sub oficiales de la Policía Nacional del Perú. Véase *La Discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes*. Serie Documento Defensorial, n° 2. 1ª ed. Lima, Perú, 2007.

En el 2009 el Documento Defensorial *Actuación de Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*, señala que: «De las 149 quejas por discriminación conocidas por la Defensoría del Pueblo, 22 implicaron un trato diferenciado en razón del sexo, todas en agravio de mujeres. Del total de casos, 10 corresponden a alumnas de las escuelas de formación de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas, quienes fueron sometidas a investigaciones disciplinarias y en algunos casos expulsadas de sus centros de estudios por haber salido embarazadas». Véase *Actuación de Estado frente a la discriminación. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Serie Documento Defensorial, n° 5. 1ª ed. Lima, Perú, 2009.

⁶⁵ *El Comercio y La República*.

⁶⁶ Véase sentencia N° 071656-0-2001-JR-CI-2, 22 de febrero de 2008, de la Primera Sala Especializada Civil de Piura, considerando décimo.

conurrencia de razones o circunstancias que tengan que ver con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres [y que] al afectar exclusivamente a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2 del Art. 2 de la Constitución Política»⁶⁷.

En esta misma sentencia, el Tribunal se ocupó de la evolución del derecho a la igualdad y la no discriminación, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, haciendo un recorrido por los principales instrumentos internacionales, universales y regionales, para detenerse en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, suscrita y ratificada por el Estado peruano. Ese tratado obliga al Estado peruano a adoptar todas las medidas necesarias para aplicar el principio de la igualdad entre la mujer y el hombre, a remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno del derecho a la igualdad; a dar a las mujeres oportunidades de entablar acciones afirmativas y pedir protección frente a la discriminación; y a tomar las medidas necesarias para eliminar la discriminación, tanto en la esfera pública como en el ámbito privado.

A partir de ello, se entiende que en el caso, si bien no se mencionan de manera expresa los instrumentos internacionales de protección del derecho de la mujer a la igualdad y no discriminación, se señale que:

«21. ...la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1 artículo 1° de la Constitución⁶⁸, que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno. Consecuentemente todas aquellas medidas que tiendan a impedir o hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales»; y,

«22. Por ende, el embarazo de una alumna, cadete o estudiante no es un hecho que pueda limitar o restringir su derecho a la educación. Por ello, ningún manual o reglamento interno de ningún colegio, instituto o universidad pública o privada, puede, ni explícita, ni implícitamente, tipificar como infracción, falta o causal de mala conducta, el embarazo de una alumna, estudiante o cadete. Dicho de otro modo, ninguna autoridad pública o privada puede impedirle a una mujer estudiar normalmente por su estado de embarazo.

En ese sentido, cualquier norma que se ocupe de tipificar la maternidad como causal de infracción o falta en el ámbito educativo debe ser inaplicada por los jueces en virtud de la facultad conferida por el artículo 138 de la

⁶⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia del 6 de noviembre del 2008, en el Expediente N° 05652-2007-PA/TC. F. J. Párrafos 49 y 50.

⁶⁸ Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad física, psíquica y al libre desarrollo de la personalidad.

Constitución⁶⁹, por ser contraria a los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad».

Es decir, que se trata de un caso de discriminación, dada la falta de justificación objetiva y razonable de la medida aplicada, lo que equivale a la imposición de una sanción por el embarazo.

Esta sentencia ratificó el sentido jurisprudencial que ya venía dándose en las cortes bajas del país, como es el caso de los fallos emitidos en los juzgados provinciales y en la Corte Superior del departamento de Piura, ordenando la reincorporación de las alumnas y cadetes R.A.S., P.A.C., H.R.N. y M.P.C., por considerar que su expulsión era un acto discriminatorio por sexo. Cabe mencionar que la sentencia emitida por la Primera Sala Especializada Civil de Piura⁷⁰, introdujo en su considerando noveno, la noción de daño en el proyecto de vida⁷¹ de la alumna expulsada de la Escuela de Suboficiales de la Policía, en atención a que la carrera policial solo se puede ejercer en el Estado, constituyendo la Escuela Policial la única institución estatal que por mandato legal permite el ingreso directo a dicha profesión⁷².

Sin embargo, si bien la Corte Constitucional peruana no recogió en su fallo este desarrollo, declaró de manera expresa, por primera vez, que la decisión de ser madre, ergo la de no serlo también, se encuentra protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno.

Consecuentemente, todas aquellas medidas que tiendan a impedir o hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales. Como podría serlo, por ejemplo, la no existencia de protocolos de salud que permitan a las mujeres gestantes, cuya vida o salud se encuentra en peligro, acceder a un aborto terapéutico oportuno y seguro. Cabe recordar que en el caso K.LL contra Perú⁷³, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas determinó en su dictamen que el Estado peruano violó, entre otros, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos

⁶⁹ Artículo 138°.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

⁷⁰ N° 071656-0-2001-JR-CI-2, 22 de febrero de 2008.

⁷¹ Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el daño al proyecto de vida implica «la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en los órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses». En: caso *Loayza Tamayo*, 1998, párrafo 150.

⁷² Considerando noveno.- «...al retirarse a la demandante M.P.A.C. definitivamente no solo ha violado su derecho a la igualdad de oportunidades educativas sino también al derecho a igualdad a alcanzar y cristalizar su «proyecto de vida» que quiere para ella misma».

⁷³ CCPR/C/85/D/1153/2003.

Civiles y Políticos⁷⁴; es decir, el derecho a no sufrir interferencias arbitrarias en la vida privada y a obtener protección legal contra esas injerencias o ataque, ya que el Estado peruano se negó a actuar conforme a la decisión de abortar de la adolescente.

Por último, el Tribunal señaló que las escuelas de formación se encuentran impedidas de separar una alumna o cadete por su estado de embarazo. Cuando el estado del embarazo pueda generar circunstancias especiales, resulta legítimo y necesario que la futura madre permanezca en reposo o asista a determinados tratamientos especiales⁷⁵; con lo cual queda abierta la posibilidad de implementar un régimen especial, conforme se ha establecido en la legislación argentina y española.

Qué dicen los actores políticos

Ante las denuncias aparecidas en los últimos años sobre distintos casos de violencia sexual, medidas disciplinarias discriminatorias y abuso de autoridad en las instituciones armadas y policiales la Comisión de la Mujer del Congreso de la República, creó el grupo de trabajo sobre *«Control político y fiscalización de las denuncias por violencia familiar, social y laboral; violación sexual y abuso de autoridad en las fuerzas armadas y fuerzas policiales e instituciones del Estado en agravio de mujeres, niños, niñas, adolescentes y adulto mayor»*, integrado por tres congresistas mujeres: Rosa María Venegas Mello, coordinadora, Alda Lazo y Olga Cribilleros.

Este grupo de trabajo propuso modificar los reglamentos internos de las escuelas militares y policiales. En opinión de Rosa Venegas, la propuesta *«no pretende infringir las normas disciplinarias que tienen las instituciones castrenses, pero no se puede catalogar que los embarazos son causales suficientes para dar de baja a una cadete por medida disciplinaria o incapacidad física»*. Asimismo, sostuvo que *«los reglamentos internos de los centros de formación no pueden estar por encima de normas constitucionales como son los derechos de las mujeres, especialmente ahora que el Tribunal Constitucional emitió una sentencia favorable a una cadete de la PNP en Chiclayo y que acertadamente, sirvió también para que la ministra del Interior Mercedes Cabanillas, acceda a la solicitud del grupo de trabajo e incorpore a la cadete Flor de Jesús Cahuaya Alegre a la Escuela de Oficiales de la PNP»*⁷⁶.

⁷⁴ Artículo 17 °.- 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

⁷⁵ Párrafo 24.

⁷⁶ Tomado de: blog de Rosa María Venegas «Cadetes embarazadas. Modificarán reglamentos en FFAA y PNP», 15 de abril de 2009. Visitado el 1 de marzo de 2010.

Qué dicen los medios de comunicación

Los principales medios de prensa escrita, con cobertura a nivel nacional y regional, sobre todo en las provincias donde se suscitaron los hechos⁷⁷, abordaron las denuncias de las cadetes de las escuelas de formación policial separadas de la institución por encontrarse embarazadas. La cobertura mediática se produjo en dos momentos: con la denuncia de la vulneración y, posteriormente, cuando se emiten los fallos de la justicia ordinaria y se exige la reposición.

Si bien los medios presentaron las posiciones a favor y en contra de la medida, relevaron mayormente los discursos argumentativos de los distintos actores en contra de esta medida discriminatoria, especialmente de la Defensoría del Pueblo, utilizando argumentos de carácter jurídico, como por ejemplo, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la educación, al trabajo, a la paternidad y maternidad responsables, incluso en algún medio fue tratado como una vulneración a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, entre otros.

Asimismo, el tratamiento de esta situación en los medios permitió que se ponga el foco de atención sobre otros criterios discriminatorios que se dan en los procesos de selección a las instituciones armadas y policiales como, por ejemplo, el hecho de que los postulantes no deben tener vitíligo, acné, labio leporino, cicatrices, tatuajes, entre otros.

Esta misma línea argumentativa se vio reflejada en titulares como: «*La PNP insiste en sus razones para mantener el embarazo y la paternidad como faltas graves*», «*Avanza reconocimiento de derechos de las mujeres*», «*Policía insiste en aplicar normas discriminatorias*», «*La escuela policial en debate*», «*Discriminan a alumna embarazada*», «*Policía antiembarazo*», «*Discriminación debe ser revisada y corregida*», «*A las mujeres policías también se las respeta*».

Los actores de la noticia han sido fundamentalmente la Defensoría del Pueblo, cuya actuación y documentación de casos fue recogida por el Tribunal Constitucional para evidenciar que no se trata de un hecho aislado, sino de una política discriminatoria; los representantes del Ministerio del Interior y de la Mujer; ex ministros de estas mismas carteras; algunas congresistas; y, en menor medida, las organizaciones feministas.

Las mujeres que atraviesan esta situación, es decir, un embarazo producto de una relación extramatrimonial, ya que el matrimonio tampoco les está permitido, a diferencia de otros momentos, no son juzgadas ni calificadas

⁷⁷ Piura, Cajamarca, Chiclayo, Lima.

en la prensa por su comportamiento sexual, como suele ocurrir con el tratamiento de los casos de aborto o feminicidio⁷⁸.

Corresponde ahora al Estado peruano hacer que el derecho a la maternidad entendida como estado físico, psíquico, social y cultural, que tiene a la base la libertad y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, tenga un correlato en las normas de acceso y permanencia en las instituciones de formación de las fuerzas armadas y policiales.

⁷⁸ «Acudían desesperadas para borrar su «pecado». Hasta madres de familia que por un «error» quedaron embarazadas....confesando además que solía captar a sus clientes en las puertas de las clínicas y hospitales públicos, a donde iban algunas esposas «sacavuelteras» y adolescentes aceleradas que eran capaces de pagar cualquier suma por librarse del «problema». En: DADOR, Jennie. *Aborto: ¿Quién dice qué?* Lima: Demus, 2005.

CUANDO DECIDIR SER MADRE ES TAN DRAMÁTICO COMO DECIDIR NO SERLO: COMENTARIOS A PROPÓSITO DE UNA SENTENCIA SOBRE IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL PERÚ

Paula Siverino Bavio⁷⁹

«Los hombres sólo respetan la maternidad cuando ésta reviste el ropaje de sus leyes»

(Khalil Gibrán)

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses en el Perú se dictaron una serie de sentencias que impactan de manera directa en el reconocimiento, acceso y/o implementación de los llamados derechos sexuales y reproductivos (DSR). Así, la sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la anticoncepción oral de emergencia⁸⁰, que comentamos en su momento⁸¹, y dos sentencias, una de enero del 2009⁸² y otra de mediados del año 2008⁸³, que pretenden dirimir sendas impugnaciones de maternidad, la última de las cuales será analizada en este artículo a propósito de la gentil invitación que nos cursaran para participar en esta obra.

Las cuestiones actualmente más visibles, al menos en nuestro medio y principalmente debido a no tenerlas resueltas, relativas a los derechos sexuales y reproductivos, son aquellas vinculadas al derecho a decidir sobre la propia capacidad reproductiva en orden a evitar los embarazos no deseados. Sin embargo, debe tenerse presente la contracara del cuidado de la salud reproductiva de las mujeres (y del pleno desarrollo del proyecto de vida de ellas y sus parejas si fuera el caso), en la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida en casos de infertilidad, ya que tal es una de las cuestiones esenciales que subyace a estas sentencias. Es quizás aún un tema menos debatido en nuestro contexto, pero veremos que el camino hacia la maternidad no está exento de cuestionamientos y obstáculos legales. Muchos temas complejos se dejan entrever tras la sentencia bajo análisis, y si bien las limitaciones de espacio no nos permitirán ahondar en ellas, intentaremos siquiera señalar cuestiones que percibimos como social, ética

⁷⁹ Profesora de Derecho Civil I y de Bioética de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

⁸⁰ Expediente N° 02005-2009 PA/TC

⁸¹ SIVERINO BAVIO, Paula. «El derrotero de la píldora del día después en el Perú. Algunos comentarios en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano sobre el particular». *Revista de Análisis especializado en jurisprudencia*, Tomo 16, año 2, octubre 2009. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, pp. 63-88.

⁸² Decimoquinto Juzgado Especializado de Familia de Lima. Expediente 183515-2006-00113, sentencia del 6 de enero del 2009 (impugnación de maternidad).

⁸³ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Caso n° 5003-2007- Lima, sentencia del 8 de mayo del 2008.

y legalmente relevantes, con cargo a profundizar algunos aspectos en trabajos posteriores.

2. LA SENTENCIA DE LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO 5003-2007

El caso, una impugnación de maternidad, llega a la Corte vía recurso de casación, tras haber sido denegado en primera instancia por ser considerado improcedente, siendo esta decisión refrendada por la de alzada. Ello por entenderse que la accionante –quien demanda en representación del supuesto interés legítimo de su hijo menor de edad, medio hermano de la menor cuya filiación es puesta en discusión– carece de legitimación procesal al no quedar acreditada la afectación sufrida por este menor por la maternidad cuestionada en relación a su media hermana (a quien no consta que conozca y con quien no convive).

La Sala acepta el recurso por entender afectado el derecho a un debido proceso, ya que entiende que no es preciso probar una afectación o daño, sino el interés legítimo en el esclarecimiento de la verdad biológica que tendría el medio hermano; y luego revierte el fallo, haciendo lugar a la pretensión con un decisorio breve (tres páginas), el cual, como veremos, genera una serie de cuestionamientos que vale la pena considerar.

Reproduciremos los hechos del caso por entender que son útiles para esclarecer si es posible deducir un interés legítimo para accionar. Utilizaremos siglas para salvaguardar la privacidad de las personas involucradas.

La Sra. M.C.O.C., actuando en representación de su hijo O.F.O.Q., e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil, impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por la Sra. M.A.A.D. respecto de la menor A.B.A.D., argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta, para lo cual se utilizó el esperma del esposo de la recurrente, el Sr. C.O.Q.C., sin el consentimiento de éste. Por ende, el menor O.F.O.Q. sería medio hermano por vía paterna de la menor A.B.A.D.

La Sala de la Corte considera que la acreditación del vínculo filiatorio (en términos estrictamente genéticos) es elemento suficiente *«así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca sus intereses»* (considerando noveno) para dar por acreditada la legitimación del menor. Así, declara nula la resolución que declara improcedente la demanda y ordena que el juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos precedentes, considerando acreditados los siguientes hechos:

- La Sra. M.A.A.D. se ha sometido a un proceso de fecundación *in vitro*, utilizando óvulos donados (de una donante anónima) y el espermatozoides del Sr. C.O.Q.C. (quien todo pareciera indicar fuera su anterior pareja sentimental), sin contar para ello con su consentimiento. Gestó y dio a luz a su hija, la niña A.B.A.D., la cual sin embargo no es su «hija biológica», lo cual queda en evidencia al ordenarse la prueba del ADN.
- La maternidad es impugnada por la Sra. M.C.O.C. (actual esposa del Sr. C.O.Q.C.) en representación de su hijo menor de edad, por entender que la realidad biológica no coincide con la atribución de filiación materna de orden registral y esto afectaría los derechos del menor, dado que de lo que se trataría es de esclarecer la identidad de su media hermana;
- Que la fecundación heteróloga en el supuesto de la ovodonación (no así de la donación de espermatozoides) estaría vedada por el artículo 7 de la Ley General de Salud y que «se vulnerarían los derechos fundamentales de la menor, entre ellos el derecho a la identidad»;
- Habría una afectación evidente moral y psicológica del menor O.F.Q.O. «a corto o largo plazo ocurrido por la misma realización del acto impugnado»;
- La prueba del ADN vuelve evidente «la falsedad de la relación materno filial» siendo ésta considerada «ilegal, pues tal reconocimiento de maternidad le concede a la demandada derechos de patria potestad, tenencia y demás derechos inherentes a la sociedad paterno filial...»

A su vez, es posible deducir

- Dado que la niña tiene un código genético que no coincide con el de la Sra. M.A.A.D. la gestación sólo podría haberse producido mediante fecundación *in vitro*, utilizando el espermatozoides del Sr. C.O.Q.C.;
- No cabría entender que se trató de una donación anónima de espermatozoides, ya que ello volvería virtualmente imposible identificar al donante del material genético;
- Si, como se alega, el espermatozoides del Sr. C.O.Q.C. fue utilizado sin su consentimiento, ello pone en evidencia una grave falta ética y legal por parte de la clínica donde se realizó el procedimiento, el cual requiere consentimiento expreso de los progenitores, y de una conducta abusiva por parte de la Sra. M.A.A.D.;

- En algún momento la Sra. M.A.A.D. contactó al Sr. C.O.Q.C. comunicándole que había dado luz a una niña y que ella sería genéticamente su hija, quizás con la finalidad de reclamar auxilio económico en su manutención, revelando así su gestación a través de fecundación asistida;
- En algún momento previo al proceso, el Sr. C.O.Q.C. reconoce la filiación de la niña A.B.A.D., lo que permite luego a su esposa iniciar el reclamo respectivo a través del hijo de ambos;
- Cabe presumir que la condición de infértil de la Sra. M.A.A.D. fue conocida por la Sra. M.C.O.Q. gracias a una declaración del Sr. C.O.Q.C., dando así origen a la denuncia, la que no podría haberse originado si la Sra. M.C.O.Q. hubiera asumido, como era más plausible, que la niña fue producto de una relación sexual extramarital y no en cambio consecuencia de una fecundación heteróloga.

Al hacerse lugar al recurso, y dar razón a que se trataría de una «maternidad ilegal», y siendo necesario esclarecer la filiación materna de la niña, se abre un gran interrogante sobre el destino de la pequeña, la cual, al carecer de todo vínculo consanguíneo y jurídico con quien buscó su gestación, la prohijó y dio a luz (a nuestro entender, sin dudas, su madre), queda huérfana y vinculada legalmente solamente a quien es biológicamente su padre, y a la esposa de éste, aparente promotora de su desvinculación materna.

A la vista de los hechos, y en la línea de lo decidido en las instancias previas, ¿qué podría deducirse respecto de la legitimación procesal reclamada? Entendemos que ello estaría directamente vinculado a cómo se responde a una pregunta esencial: ¿cuál es el fin valioso que persigue esta presentación judicial? Y como consecuencia de ello, bien pueden formularse otras preguntas: ¿el interés invocado, es realmente el de un niño menor de edad, o es quizás el de quien lo representa? ¿Por qué no es el padre biológico de la niña el que demanda la impugnación? Indudablemente hubiera sido más sencillo acreditar el interés legítimo en ese supuesto.

Al respecto, por un lado se ha sostenido que: *«su interés es que ella (la menor) quede sin madre, y eso obviamente no la favorece, más aún si es que el óvulo a través del cual fue procreada la media hermana es de desconocido origen genético (...) si se demuestra que (el menor) tiene el interés de que su hermana se quede sin madre porque quiere realmente atribuirle la maternidad que le corresponde, allí sí se configura un interés legítimo, pero en el presente caso vemos que el fin es dejar a su hermana sin ningún tipo de relación maternal»*⁸⁴.

⁸⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. «Chuculún técnico, verborrea barata y disparates jurisdiccionales. Una entrevista de Rodrigo DELGADO CAPCHA acerca de la primera casación en materia de procreación asistida». *Revista Jurídica del Perú*, n° 93, pp.16-17. Normas Legales. Lima, noviembre 2008.

Desde la orilla contraria se ha dicho: «se nos planteó la difícil tarea de recuperar la verdadera identidad y reunir en el legítimo seno familiar a una criatura, víctima de la ovodonación y ansias de maternidad ha sido apartada injustamente de sus derechos constitucionales a la identidad, a su integridad moral, física y psíquica y a su libre desarrollo y bienestar so pretexto de una maternidad no concedida por la naturaleza o a muy cuestionables derechos sexuales y reproductivos»⁸⁵.

Hemos descrito los hechos explicitados y deducidos de la sentencia, que nos parecen bastante elocuentes, de modo que quien lea pueda formarse su opinión al respecto. Sin embargo, no podemos dejar de lado la última línea de la opinión citada, ya que es representativa de una postura clara en torno a la consideración de los derechos sexuales y reproductivos en general, y de las técnicas de fecundación asistida en particular. Estas posturas únicamente aprueban la maternidad «natural»⁸⁶, lo cual llevará en la demanda a sostener una imputación, que será luego acogida por el colegiado: el que se estaría frente a una maternidad «ilegal».

Si bien puede plantearse que nuestra lectura se da desde un ángulo que algunos considerarían eminentemente *iusprivatista* (la resolución sobre una impugnación de maternidad), creemos que la lectura de esta breve pero compleja sentencia, nos obliga a preguntarnos acerca de en qué medida resultan respetados y protegidos los derechos de las niñas y mujeres en este tipo de casos.

3. ALGUNAS CUESTIONES INVOLUCRADAS

En una enunciación que no pretende ser exhaustiva podemos aquí mencionar a: la configuración de los derechos sexuales y reproductivos, y el derecho a acudir a técnicas de fecundación asistida para remediar la infertilidad; la valoración (social, ética, legal) de las técnicas de fecundación asistida; los problemas derivados de la fecundación heteróloga; la configuración de la maternidad en el contexto de las nuevas tecnologías reproductivas; el derecho a la identidad, la identidad genética y los peligros del reduccionismo genético; la necesidad de reconsiderar los patrones de evaluación de la prueba de ADN en los procesos filiatorios donde la gestación se logra mediante técnicas de fecundación asistida (particularmente la heteróloga).

⁸⁵ GONZALEZ CÁCERES, Alberto. «Cuando mi madre es un número, identidad genética e interés superior del niño». *Revista Jurídica del Perú*, n° 93, pp. 25-26. Normas Legales. Lima, noviembre 2008.

⁸⁶ Cfr. MUJICA, Jaris. *Economía Política del Cuerpo*. Lima: Centro de Promoción de los Derechos Sexuales y Reproductivos, 2007

Intentaremos simplemente dejar establecidos algunos puntos para la reflexión en torno a los aspectos que consideramos más ligados a la sentencia bajo examen.

3.1. Derechos reproductivos

En orden a la brevedad nos remitimos a lo señalado en trabajos anteriores sobre la fundamentación y alcances de los derechos sexuales y reproductivos⁸⁷, repasando brevemente el contenido y concepto de los derechos reproductivos.

El derecho a la salud comprende la tutela y promoción de la salud sexual y reproductiva. No se concibe el logro de la salud integral de las personas sin el desarrollo pleno y armónico de su sexualidad. El humanismo laico asume que el mundo no tiene un orden preestablecido y son los hombres quienes pueden y deben dársele mediante actos de voluntad que constantemente renuevan para mejorar el orden. Desde una óptica civil, laica y pluralista la procreación es un acto consciente y voluntario donde una persona o dos personas de manera conjunta deciden cambiar su vida para siempre y afrontar la maternidad/paternidad. Ser padre o madre forma parte de un proyecto de vida porque modifica la autobiografía. Y un acto tan esencial a la conformación de una persona como sujeto –en el marco de una sociedad civil y laica– no debiera, por imperativos formales u obstáculos materiales, ser decidido por el orden natural de las cosas (a menos que una persona, por sus respetables convicciones religiosas decida someterse a dicho orden)⁸⁸.

Los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número, espaciamiento y ocasión de tener hijos y de acceder a la información y los medios para hacerlo, así como el derecho de gozar del más alto estándar de salud sexual y reproductiva posible. También comprende el derecho a recibir orientación, atención integral y tratamiento técnico profesional durante el embarazo, parto, puerperio y lactancia; el derecho de las mujeres a no ser discriminadas en el trabajo o el estudio por razón de embarazo o maternidad; el derecho a acceder a orientación, consejería y tratamiento sobre cuestiones de infertilidad y enfermedades de transmisión sexual.

Básicamente implica el derecho de tomar decisiones concernientes a la reproducción libres de discriminación, coerción y violencia. Pero debe tenerse

⁸⁷ SIVERINO BAVIO, Paula. «El derrotero de la píldora del día después en el Perú. Algunos comentarios desde la Bioética al Derecho de las Personas». *Persona. Revista electrónica de derechos asistenciales*, n° 86, junio-agosto 2010. <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona86/86Siverino.htm>>. SIVERINO BAVIO, Paula. «Apuntes sobre los derechos sexuales y reproductivos en el ordenamiento jurídico argentino». En ARRIBERE, Roberto (coord.). *Bioética y Derechos, Dilemas y Paradigmas en el Siglo XXI*. Buenos Aires: Cátedra Jurídica, 2008.

⁸⁸ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. «Los derechos reproductivos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires». En BIDART CAMPOS y GIL DOMÍNGUEZ (directores). *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 155.

presente que, en la discusión sobre el acceso a las técnicas de reproducción asistida, amén del derecho a la salud, también está involucrado el derecho a la intimidad, a formar una familia y a beneficiarse de los adelantos de la tecnología.

3.2 Infertilidad y fecundación in vitro

Las cuestiones en torno a la infertilidad son variadas y complejas. En la actualidad se estima que afecta entre el 16 y el 20% de las parejas en edad fértil, alrededor de noventa y cuatro millones de personas en el mundo⁸⁹, considerando que: «*la infertilidad de pareja es la imposibilidad de lograr un embarazo después de un año de vida sexual activa, sin uso de anticonceptivos; incluyendo también el concepto la imposibilidad de concebir, la imposibilidad para albergar el feto y la de dar a luz a un niño vivo*»⁹⁰.

La infertilidad tiene causas y consecuencias múltiples según el género, los antecedentes sexuales, el estilo de vida, la sociedad y los antecedentes culturales de las personas involucradas⁹¹. Las causas del aumento de la prevalencia de la infertilidad son difíciles de determinar, pero hay autores que estiman que puede deberse hasta por cuatro factores: postergación del momento en el que se decide tener hijos; alteraciones de la calidad del semen debido al alcohol, el tabaquismo y factores ambientales; cambios en la conducta sexual⁹² y eliminación de la mayoría de los tabúes sobre la fertilidad, lo cual lleva a consultar más que antaño⁹³. En el caso de las mujeres, la infertilidad se presenta aproximadamente en un tercio de las mujeres que postergan la gestación hasta la tercera parte de los 30 años y la mitad de las mujeres que postergan la maternidad hasta después de los 40 años⁹⁴. Coinciden los autores en que la edad promedio en la que la mujer busca quedar embarazada ha aumentado considerablemente en las últimas décadas; y es que el acceso a la educación superior, la necesidad e inquietudes vinculadas al avance profesional y las exigencias laborales han llevado a postergar la maternidad hasta el momento en que la fertilidad empieza a declinar (pasados los 35 años); asimismo, el divorcio y la búsqueda de estabilidad con nuevas parejas implican esperar más tiempo antes de tomar la decisión de tener hijos⁹⁵.

⁸⁹ ROA MEGGO, Ysis. *La infertilidad en el Perú: nuevos criterios para un enfoque preventivo en salud pública*. Lima, Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres, 2009, p. 54.

⁹⁰ Op. cit., p. 57.

⁹¹ «Definición de Infertilidad». *Network*. Vol. 23. n° 2, 2004. Family Health International. <<http://www.fhi.org/NR/rdonlyres/efcmawdspokjurnk44hgxdw7e3mikejre3euoiubddtpwxbdb5wc4k6d2tjrvb3cmzlr7qc3noe/Snet233.pdf>>. (Consulta: 5 de febrero de 2010).

⁹² Las enfermedades de transmisión sexual son una de las principales causas prevenibles de infertilidad.

⁹³ BRUNO OLMEDO, Santiago, Claudio CHILIEK y Susana KOPELMAN. «Definición y causas de la infertilidad». *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, Vol. 54, n° 4, 2003, p. 228. <http://www.fecolsog.org/userfiles/file/revista/Revista_Vol54No4_Octubre_Diciembre_2003/v54n4a03.PDF>. (Consulta: 7 de febrero de 2010).

⁹⁴ ROA MEGGO, op. cit., p. 54.

⁹⁵ BRUNO OLMEDO, Santiago, Claudio CHILIEK y Susana KOPELMAN, op. cit., p. 229.

Sin embargo, en América Latina, el esquema de la mujer de clase media alta o alta que por motivos laborales o profesionales posterga la maternidad y decide tardíamente formar una familia no es el prevalente. Aquí, por el contrario, todavía se registran altos índices de infertilidad secundaria debido a malas condiciones de salud sexual y reproductiva (infecciones por abortos clandestinos y enfermedades de transmisión sexual) y a una actitud discriminadora hacia las mujeres en general y las mujeres pobres en situación de vulnerabilidad, en particular⁹⁶.

Una opción frente a la infertilidad son las técnicas de reproducción asistida. Éstas sin embargo tienen un alto costo emocional y económico, aunado a un porcentaje relativo de éxito y no son accesibles para todas las mujeres y/o parejas infértiles⁹⁷.

Se denominan de manera genérica «reproducción asistida» a los diferentes procedimientos que en menor o mayor medida, pueden reemplazar o colaborar con uno o más pasos naturales del proceso de reproducción⁹⁸, distingüendo entre ellas técnicas de mediana y alta complejidad. Dentro de los procedimientos de alta complejidad, las más difundidas y a la vez, controvertidas, son la fertilización *in vitro* (FIV), ICSI (inyección intracitoplasmática de gametos), y TOMI (transferencia de ovocitos microinyectados)⁹⁹. Estos procedimientos serán de carácter homólogo, cuando el/los gametos utilizados pertenecen a la pareja. La fertilización será heteróloga cuando el material genético utilizado (óvulos o espermatozoides) provengan de un/a donante, que generalmente será anónimo/a. Las tasas de éxito de estos procedimientos son equiparables y oscilan entre un 40 a 45%, en las mejores condiciones¹⁰⁰.

3.3. Cuestiones éticas y legales derivadas de la fecundación *in vitro*

Reflexionar sobre las técnicas de reproducción asistida implica estar dispuesto a tocar fibras sensibles en torno a situaciones generadoras de una cada vez más amplia gama de problemas de orden ético y legal, pero que también abren cuestionamientos de tipo social, los cuales, entre otros, plantean la aceptación de nuevos tipos en categorías antes indiscutibles y profundamente ligadas a la historicidad del sujeto, como son la maternidad y la paternidad, que ahora se ha fragmentado en genética, gestacional, *social*,

⁹⁶ LUNA, Florencia. *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 60.

⁹⁷ Según Roa Meggo, un tratamiento de fecundación *in vitro* cuesta en torno a los US\$3500 y US\$5000 en el Perú, precio inaccesible para la mayoría de la población ya que un sueldo mínimo anual ronda los US\$2400 al año.

⁹⁸ LUNA, Florencia, op. cit., p. 12.

⁹⁹ CELIS, Alfredo (Presidente de la Sociedad Peruana de Fertilidad). «Fertilización asistida», comunicación personal del 23 de febrero de 2010.

¹⁰⁰ Entendiéndose por mejores condiciones a una mujer infértil por debajo de los 30 años ya que las tasas de éxito dependen básicamente de la edad de la mujer, a mayor edad menos probabilidad de embarazo.

legal; así como lleva a preguntarse por los límites de la intervención en la prefiguración, identidad y tendencias en la comprensión del ser humano como especie. A esto deben aunarse «*acendradas actitudes sociales (estereotipos de la maternidad y la virilidad), visiones divergentes sobre el rol de la mujer, la percepción positiva o negativa de la medicalización de ciertos procesos naturales. Se trata de un terreno con diferentes aristas de difícil abordaje*»¹⁰¹.

Muchos conflictos y divergencias legislativas y jurisprudenciales en torno a este tema parten de la imposibilidad de conciliar las diferentes visiones relativas al estatuto ontológico del embrión¹⁰², y las derivaciones relativas a: la consideración de la legalidad o no de las técnicas, la crioconservación de embriones; la donación de gametos y las cuestiones en torno a la identidad de los niños nacidos por fecundación heteróloga; el diagnóstico preimplantatorio; la gestación de embriones histocompatibles con hermanos enfermos; el destino de los embriones supernumerarios; la cesión de embriones, por nombrar algunos de estos problemas.

Se debate si la infertilidad debe o no ser considerada una enfermedad. Esto tiene consecuencias muy concretas, tales como la posibilidad de demandar del Estado o de servicios de medicina privada la cobertura de los tratamientos, que son altos, y privativos, por sus costos, para muchas personas. A las consideraciones técnicas deben sumarse las tensiones que se generan en torno a la pregunta de si en los países en vías de desarrollo debe considerarse que la fertilización asistida responde a necesidades particulares o debiera más bien ser admitida como una prioridad social, en el difícil contexto de las carencias de los sistemas públicos de salud y la lucha contra la desnutrición, la violencia y enfermedades relacionadas con la pobreza, así como las marcadas disparidades sociales.

La Asociación Médica Mundial ha dicho que «*la concepción asistida es distinta del tratamiento de una enfermedad, ya que la imposibilidad de ser padres, sin intervención médica no siempre es considerada una enfermedad. Aunque puede tener profundas consecuencias psicosociales y médicas no es en sí limitante de la vida. Sin embargo es una importante causa de una enfermedad psicológica y su tratamiento es evidentemente médico*»¹⁰³. Señala Luna que debe dirimirse si se estaría frente a personas que padecen una enfermedad o discapacidad o, por el contrario, de personas que funcionan como clientes y demandan un servicio¹⁰⁴. Desde otro enfoque, una reciente y completa investigación en el medio peruano deduce que habría motivos suficientes para considerar a la infertilidad no solo una enfermedad, sino una que debería

¹⁰¹ LUNA, Florencia, op. cit., p. 18.

¹⁰² SIVERINO BAVIO, Paula. «El derrotero de la anticoncepción...»

¹⁰³ Asociación Médica Mundial. «Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre las Técnicas de Reproducción Asistida», (Sudáfrica, octubre 2006), artículo 6, disponible en <<http://www.wma.net/s/policy/r3htm>>, citado por LUNA, Florencia. *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*, p.18).

¹⁰⁴ LUNA, Florencia, op. cit., p. 18.

ser entendida como problema de salud pública¹⁰⁵. Asimismo, análisis y estadísticas actuales han llevado a sostener que la infertilidad es una dolencia cuya tasa de prevalencia e incidencia creciente la han vuelto un problema de salud pública, especialmente en Europa y paulatinamente en algunos países centro y latinoamericanos¹⁰⁶.

3.3.1 Apuntes jurisprudenciales

En Argentina se ha ido perfilando una jurisprudencia que no solo ha considerado a la infertilidad una dolencia, sino que entiende que, dados la protección constitucional de la salud, el derecho a formar una familia y hasta la protección del interés superior del niño, los tratamientos respectivos deben ser cubiertos en su totalidad por los servicios de medicina prepaga y las obras sociales o mutuales, pese a que el Plan Médico Obligatorio (catálogo de prestaciones obligatorias para los servicios privados, que además prestan los efectores públicos de salud) no incluye a la fertilización asistida.

Un fallo de primera instancia de fines del año 2007 consideró que: *«la infertilidad debería ser considerada una enfermedad, porque puede originar depresión, ansiedad y angustia, que contaminan la vida de relación de la pareja»*; *«Negarle el derecho a fundar una familia a esta pareja importa una discriminación para quien padece esta enfermedad. El hecho de que la infertilidad no figure como prestación reconocida por la obra social responde al hecho de no ser considerada como una enfermedad. Ello deriva de un concepto hoy holgadamente superado, que considera la salud como ausencia de enfermedad...»*¹⁰⁷. La sentencia fue ratificada en segunda instancia¹⁰⁸. Asimismo en Córdoba se condenó a dos obras sociales a la cobertura de los tratamientos considerando que la infertilidad es una enfermedad y más específicamente, una discapacidad. En otra sentencia del año 2008 ordenó a una obra social cubrir los gastos de *«todos los intentos que sean necesarios hasta lograr un embarazo»* de una pareja que había gastado todos sus ahorros en dos tratamientos previos fallidos¹⁰⁹. Este derecho se les ha reconocido recientemente a parejas del mismo sexo¹¹⁰. Actualmente en Argentina, que no cuenta con una ley de reproducción asistida, se está haciendo una fuerte campaña para recolectar las 300 mil

¹⁰⁵ Así, sostiene ROA MEGGO que ya no sería suficiente utilizar sólo los indicadores tradicionales para designar a una enfermedad como problema de salud pública, sino que deben estudiarse nuevos criterios como son: incidencia, cronicidad, impacto económico y psicosocial, condicionamientos culturales, proyección y tendencia de crecimiento.

¹⁰⁶ ROA MEGGO, op. cit, p. 59.

¹⁰⁷ Sentencia del Fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, jueza López Vergara. En HIMITIAN, Evangelina. *«Una obra social deberá pagar un tratamiento de fecundación»*. *La Nación*, Información general. Buenos Aires, martes 4 de diciembre de 2007. <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=967941> .

¹⁰⁸ CAPIELLO, Hernán. «Ordenó la justicia tratar la infertilidad». *La Nación*. Buenos Aires, 30 de mayo de 2008. <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1016844>. También han habido sentencias positivas en Mar del Plata y Mendoza.

¹⁰⁹ IGLESIAS, Mariana. «Inédito fallo a favor de una pareja que no puede tener hijos». *Clarín*. Buenos Aires, 14 de junio de 2008. <<http://edant.clarin.com/diario/2008/06/14/sociedad/s-01693670.htm>>

¹¹⁰ EFE. «Lesbianas acceden a tratamiento de fertilización en Argentina». *Radio Programas del Perú*. Lima, 28 de noviembre de 2009. <http://www.rpp.com.pe/2009-11-28-lesbianas-acceden-a-tratamiento-de-fertilizacion-en-argentina-noticia_225689.html>. Se trató de una fertilización *in vitro* con ovodonación.

firmas a fin de que el Congreso apruebe la inclusión del tratamiento de la infertilidad en el Plan Médico Obligatorio.

Merece un comentario aparte una sentencia de fines del 2008. Aquí se trata de una pareja que tiene un hijo enfermo y solicita a la obra social le cubra el tratamiento de fertilización *in vitro* hasta lograr un embrión histocompatible que pueda ser donante de células progenitoras¹¹¹. La Cámara Civil confirma el fallo de primera instancia¹¹² que ordena a la obra social a cubrir la prestación y agrega que dado que habrán embriones sobrantes, debe garantizárseles sus derechos humanos, nombrándoseles un tutor *ad hoc* a tal efecto, y decreta que cualquier medida que se tome respecto de los embriones debe ser expresamente autorizada por el Poder Judicial, previa notificación al Ministerio Público. El colegiado llega a una particular comprensión de la situación al entender que los embriones *in vitro* son sujetos de derecho; que el derecho a la salud del niño enfermo justifica plenamente la búsqueda de un embrión histocompatible y que esto, lejos de arrojar dudas sobre el procedimiento lo hace aún más imperativo; y que lo adecuado es preservar los embriones no compatibles mediante la crioconservación.

Debe tenerse presente que las técnicas de fertilización asistida han sido desde el inicio muy cuestionadas, ya que mientras para algunos representan un hito en la lucha contra la infertilidad, posibilitando a miles de personas acceder a formar una familia, para otros son una práctica inmoral, que desnaturaliza el acto unitivo conyugal y que instrumentaliza al ser humano, propiciando por otra parte el aniquilamiento de miles de «pequeños seres humanos». Ilustra este debate una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, que declaró inconstitucional el Reglamento para las Técnicas de Reproducción Asistida aprobado por Decreto 24029-S¹¹³.

El colegiado, al resolver el amparo que se le presenta, entiende que las técnicas de reproducción asistida atentan contra la vida y la dignidad del ser humano, dado que el embrión es persona desde la fecundación y estos procedimientos lo exponen a un riesgo desproporcionadamente alto de muerte. La técnica atenta en sí misma contra el derecho a la vida y no puede ser regulada ni mediante norma de rango legal¹¹⁴. Este pronunciamiento motivó una presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹¹⁵, la cual en el año 2004 acogió parcialmente la pretensión al entender que esta disposición violaba los derechos a la intimidad, a la salud, a formar una familia y a no ser discriminado.

¹¹¹ Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. ...y otra c/ IOMA y/otra s/amparo, sentencia de alzada de fecha 29 de diciembre de 2008.

¹¹² Juzgado Federal N° 2, Secretaría 1, Mar del Plata. Sentencia de 1ª instancia (exp. 78.002).

¹¹³ Publicado el 3 de marzo de 1995 en el número 45 de *La Gaceta*, diario oficial costarricense.

¹¹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Exp. 95-001734-0007-CO, sentencia del 15 de marzo del 2000.

¹¹⁵ Caso Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros c/ Costa Rica, petición 12.361.

Se ha sostenido incluso que en el caso de la sentencia de la Corte costarricense se estaría aplicando un doble estándar, priorizando evitar riesgos a los óvulos fecundados en detrimento de la situación de personas a las que se les impide la posibilidad de formar una familia¹¹⁶. Así y todo, no obstante los términos aparentemente terminantes de la sentencia de la Sala Constitucional, un Tribunal en lo Contencioso Administrativo ampara en octubre de 2008 una petición que obliga a la Caja Costarricense de Seguro Social a cubrir un tratamiento de fertilidad, por considerar a la infertilidad una «discapacidad reproductiva», entendiendo que en la medida en que se propone fecundar en cada intento sólo un óvulo, no se dan las condiciones de riesgo consideradas inadmisibles por la sentencia de la Sala Constitucional¹¹⁷.

3.4. La regulación legal en el Perú

En el Perú no hay aún una ley de reproducción asistida. Sin embargo, existen numerosos centros privados que ofrecen tratamientos de reproducción asistida de alta y baja complejidad y se rigen básicamente mediante autorregulación, difiriendo en los tipos de tratamiento, los costos y el enfoque de prácticas problemáticas. Se atiende a parejas casadas, unidas de hecho o a mujeres solas. Las clínicas que ofrecen tratamientos de alta complejidad incluyen tanto la posibilidad de acudir a la ovodonación, el diagnóstico preimplantatorio y la crioconservación de embriones. El sistema público de salud solamente brinda acceso a tratamientos de baja complejidad a parejas casadas o unidas de hecho.

La Ley General de Salud contiene un artículo relativo a la reproducción asistida, el cual ha sido muy cuestionado¹¹⁸ pues dispone: *«Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos»*.

La norma contempla que el recurrir a métodos para tratar la infertilidad, incluyendo el acceso a técnicas de reproducción asistida, es un derecho (lo cual como vimos tiene importantes consecuencias). Asimismo, admite la fecundación heteróloga, siempre y cuando se realice con material genético masculino, pero exige que la condición de madre gestante y madre genética coincidan, excluyendo en principio la ovodonación. Lo que en un momento

¹¹⁶ LUNA, Florencia, op. cit., p. 78.

¹¹⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, San José, Costa Rica. Proceso de Conocimiento, expediente n° 08-000178-1027-CA, Ileana Henchoz Bolaños c/ Caja Costarricense de Seguro Social, sentencia del 15 de octubre de 2008.

¹¹⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, entrevista citada.

podía encontrar algún justificativo en las dificultades técnicas de la crioconservación de ovocitos, pierde legitimidad al haber sido éstas superadas mediante la vitrificación y la crioconservación de tejido ovárico.

La distinción entre la permisón de utilizar material genético masculino y prohibir el uso de material genético femenino originaría una discriminación por razón de género. En los casos de deficiencia ovárica (por ejemplo en mujeres que han pasado los treinta y cinco años) el índice de éxitos de fertilizaciones con óvulos propios ronda el 20 % mientras que con óvulos de donante alcanza hasta un 70%, por lo que prohibir la ovodonación equivale a negar la posibilidad de acceder a la maternidad. Asimismo, si se pretende evitar los conflictos en torno a la constitución de la identidad de un futuro infante, la prohibición debería ser total, no justificándose la donación de esperma.

Se ha alegado que la disposición pretende proscribir la maternidad subrogada. Si esa fuera la razón, la medida es, cuanto menos, ineficiente, ya que es factible que coincidiendo madre genética y madre gestante tenga lugar, utilizando material genético de un donante anónimo o del varón de la pareja, la subrogación de vientre. Más propio en todo caso sería establecer, por un lado, una clara prohibición de la maternidad subrogada, y por otro, la determinación de la maternidad por el parto. Hay sin embargo reciente jurisprudencia que considera perfectamente legal la maternidad subrogada¹¹⁹. Esta disposición cerraría la posibilidad de la embriodonación, la cual puede dar alternativas a la adopción a parejas infértiles mediante tratamientos menos costosos y que permitan la experiencia de la gestación, consolidando el vínculo filial y utilizando embriones congelados, evitando así por su parte la generación de nuevos embriones supernumerarios.

Además, es muy cuestionable el requerimiento del consentimiento expreso de «los padres biológicos», ya que al admitir la donación de esperma (siendo este varón el padre biológico) se estaría exigiendo la presencia de un donante anónimo, que asumiría entonces ¿obligaciones? en un curioso cuadro jurídico, que solo se entiende merced una errónea técnica legislativa, lo que volvería conflictiva e inadecuada su aplicación literal.

En relación a la jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Constitucional peruano que prohibió la distribución gratuita de la píldora del día siguiente podría generar serias limitaciones, cuando no obstáculos, al desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, ya que al interpretar que el óvulo fecundado es sujeto de derecho, impediría la crioconservación, el diagnóstico preimplantatorio y la producción de embriones supranumerarios.

¹¹⁹ Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia. C.M.S.A. c/ L.A.U.O. y otro s/ impugnación de maternidad, sentencia del 6 de enero del 2009.

3.5. Cuestiones en relación a la fecundación heteróloga, identidad y filiación

Como hemos explicado, la fecundación es heteróloga cuando se utiliza material genético de sujetos ajenos a la pareja o de la mujer que busca el embarazo. A ella se llega luego de un largo proceso con diferentes hitos, ya que si bien, por ejemplo, la aspiración de controlar la natalidad mediante el uso de medidas contraceptivas está presente desde la antigüedad¹²⁰, la aparición de los anticonceptivos orales en la década del sesenta permite por primera vez contar con un alto grado de certeza en este objetivo, provocando así la disociación del acto sexual de la procreación (sexualidad-procreación). Posteriormente se admitirá abiertamente el ejercicio de sexualidad fuera del matrimonio, considerado hasta entonces único espacio legítimo y legitimante de la sexualidad, sobre todo de la femenina (sexualidad-matrimonio). Luego, las técnicas de reproducción asistida permitirán escindir la sexualidad de la corporeidad y originarán rupturas en el hasta entonces inevitable ligamen procreación-filiación al introducir la donación de espermia y de óvulos; asimismo, escindirán la gestación de la procreación y la filiación en el caso de la subrogación de vientres.

Esta disociación de conceptos hasta hace pocas décadas inseparables, que asimismo involucran cuestiones profundas relativas a la historicidad e identidad humanas, así como de orden social, como son la definición de la maternidad, la paternidad y la determinación de la filiación, han llevado a establecer distinciones en categorías donde antes no se admitía esos matices. Así, hoy se habla de madre genética, madre gestante, madre social/legal; padre genético, padre social/legal. Esto conllevará además situaciones complejas relativas a la tutela de la identidad del niño/a concebido producto de la fecundación heteróloga. Esta es una de las cuestiones principales respecto de la cual la casación bajo examen nos interroga.

3.6. Algunas preguntas previas en relación a la filiación en este caso

En el contexto de los hechos del caso, y a los efectos de la determinación de la filiación paterna, cabría preguntarse si el Sr. C.O.Q.C. podría haberse negado a reconocer a la niña, alegando que fue una inseminación que no contó con su consentimiento. Creemos que en favor de la identidad de la menor, al Sr. C.O.Q.C. en todo caso, podría habersele constreñido a reconocer la filiación, pero sin exigírsele las obligaciones económicas derivadas de la misma. Este razonamiento sólo sería aplicable en casos de fecundación asistida, donde tratándose de una técnica que requiere para su consumación del expreso consentimiento procreacional y de actos humanos de orden técnico (a diferencia de la fecundación in vivo donde ésta queda determinada por el azar y está implícita en la relación sexual, pero no es consecuencia necesaria

¹²⁰ MC LAREN, Angus. *Historia de los Anticonceptivos*. Trad. Viviana Samudio. Madrid: Minerva Ediciones, 1993.

de la misma). Al concretar una fecundación asistida no hay otro objetivo más allá de procrear un nuevo ser.

A su vez, la clínica podría haber sido encontrada responsable por haber realizado el procedimiento sin consentimiento del donante, el que se vio seriamente afectado al quedar ligado a una paternidad no buscada, y sujeta a multa por realizar procedimientos de ovodonación cuando de la lectura de la norma no parece deducirse que ésta esté permitida.

Asimismo la Sra. M.A.A.D. podría haber sido condenada a reparar el daño producido por haber utilizado el semen de su ex pareja sin autorización para una fecundación asistida, porque se trató como mínimo de un acto abusivo. Pese a lo cual, entendemos que estas conductas no interfieren con la construcción de la maternidad y la tutela del bienestar de la menor. ¿Puede «anularse» la maternidad en el caso de una fertilización heteróloga que se reputa irregular? ¿Es suficiente esta circunstancia para negar la maternidad hasta entonces buscada, ostentada y ejercida^{121?}

Una observación adicional es que, curiosamente, el principio de interés superior del niño es invocado a favor del menor bajo cuya representación se inicia el proceso, pero no se contempla este principio como criterio para determinar la situación jurídica de la niña cuya maternidad se impugna, y quien es, sin duda, el sujeto más vulnerable del cuadro bajo examen. ¿Cómo se logra compatibilizar la defensa de los derechos de la niña con la impugnación de la maternidad? Tal vez analizar la cuestión en las normas referidas a la identidad ayude a la reflexión.

3.7. Identidad y filiación

Sin duda, pocos temas son tan actuales y capaces de despertar profundas reflexiones y polémicas, como los relacionados con la identidad. El derecho a la identidad conlleva el respeto a la autoconstrucción personal y al reconocimiento de dicha autoconstrucción. Es ser quien se es, un derecho a la verdad personal¹²².

La Constitución del Perú contempla expresamente el derecho a la identidad en el artículo 2 inciso 1: «*Toda persona tiene derecho: inciso 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar...*». El Código de los Niños y Adolescentes estipula en su artículo 6: «*El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo*

¹²¹ Una referencia útil podría ser dada por la ley alemana de protección al embrión, la cual es bastante estricta en términos tutelares del embrión. Sin embargo, al contemplar las penas para las infracciones a la ley exime a la mujer sobre quien se practicaran las técnicas prohibidas de cualquier sanción.

¹²² SIVERINO BAVIO, Paula «Derecho a la identidad: aportes de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires a la reflexión peruana sobre el tema», en CALDERÓN PUERTAS, Carlos Alberto, María Luisa ZAPATA JAÉN y Carlos AGURTO GONZALEZ (coords.). *Persona, Derecho y Libertad. Escritos en homenaje al profesor Carlos Fernández Sessarego*. Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2009, pp. 157-186.

posible, a conocer a sus padres y a llevar sus apellidos. Tienen también el derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso que se produjera dicha alteración, sustitución o privación el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes, o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación».

¿Es posible hablar en el caso bajo examen de una «maternidad ilegal»? Tal vez se perciba con más claridad la gravedad de esta imputación si la contrastamos con la situación de los niños sustraídos en la dictadura militar argentina (1976-82). Se trata de niños, hoy ya jóvenes treintañeros, que fueron secuestrados con sus madres o bien nacidos en cautiverio; se les suprimió su identidad y fueron entregados en adopción a personas en ocasiones cercanas al régimen militar responsable de la desaparición, tortura y muerte de sus verdaderos padres. Mientras que algunos fueron recuperados en la infancia, otros muchos descubrieron ya adultos su historia y su real identidad y en algunos casos, hasta se constituyeron en querellantes en las causas penales contra sus apropiadores. Fuera de toda duda, en estos casos estamos frente a una pretendida maternidad y paternidad ilegales, falsas y que además continuaron la perpetración de un delito. ¿Es esta situación en algo comparable a la de una mujer que recurre a un óvulo donado para procurar un embarazo?

Es de vital importancia entonces establecer quiénes son los padres de la menor.

El Sr. C.O.Q.C. es víctima del uso de su material genético sin autorización. En su caso no hubo voluntad procreacional, ni paternidad social, pero al haber un vínculo genético pudo ser reclamado y emplazado en su status legal.

La Sra. M.A.A.D. desencadena la situación. Es infértil, desea tener un hijo, recurre a la fertilización *in vitro* con óvulo de donante; gesta, alumbró, nutre y cría a la niña. Posee la voluntad procreacional, es la mujer gestante, asume la maternidad social y al dar a luz es emplazada legalmente como la madre. Sólo carece del vínculo genético por no ser fértil. Para algunos, esto la excluye como madre. Contrario sensu, ¿debería asumirse que la madre de la pequeña sería la mujer que anónimamente, y con ánimo solidario y no procreacional, donó esos óvulos? En tal caso, ¿habría que contactarla para exigirle que asuma la maternidad de su «hija» abandonada? Esta pretensión es irracional. ¿Cómo sostener entonces la legitimidad de la maternidad por adopción, donde no hay ningún vínculo genético, biológico (gestacional) e inclusive

social en muchos casos, hasta que se establece el vínculo legal? En el caso de la Sra. M.A.A.D. el vínculo legal se determinó con el parto y posterior reconocimiento de la menor.

Si la «madre» genética es anónima y carente completamente al momento de donar óvulos de la intención de hacerse cargo del producto resultante de la fertilización (que desconoce si finalmente se concreta o no), y la madre gestante, que es además quien asume la maternidad social no es reconocida como la madre de la niña, ella quedará en una situación de orfandad irresoluble, que sólo se superaría al ser adoptada. No comprendemos cómo esta situación ampara el interés superior de la niña, quien vivía al momento de la demanda en un entorno familiar que será desbaratado.

Más allá de las respetables opiniones de quienes rechazan la legitimidad de las técnicas de reproducción asistida (aceptadas por la ley peruana), en la actualidad hay consenso a nivel de doctrina, jurisprudencia y legislación en el Derecho Comparado, que los conceptos de «maternidad» y «paternidad» deben ser deconstruidos y reconstruidos, ya no bajo la luz de categorías normativas del siglo diecinueve, sino en atención a las nuevas y plurales formas de establecer lazos afectivos en las sociedades modernas, lo que incluye variados modelos de organización familiar y formas diferentes, más complejas, de determinación de la filiación, en una ampliada esfera de libertad para constituir relaciones familiares. En este esquema resulta vital para establecer la filiación, en el caso de la fecundación heteróloga, la presencia de la voluntad procreacional y social: es decir, preguntarse quién decide buscar y asumir la maternidad, máxime cuando ha sido además la madre gestante, vínculo emocional y físico que en esta situación resulta determinante para emplazar la maternidad. Especialmente cuando no hay en el esquema otra mujer que reclame para sí la maternidad de la niña. Recordemos que la acción de impugnación de la maternidad surge para permitir desenmascarar la suplantación del infante o la simulación del parto, situaciones que no se dan aquí.

3.8 Derecho a la Identidad e Identidad genética

La noción de «identidad genética» ha cobrado vital importancia con la decodificación del genoma humano. Se vincula de manera estrechísima con las nociones de integridad, confidencialidad y autodeterminación informativa, en la medida que nuestra «identidad genética» consiste en un conglomerado de información (datos genéticos) sensibles y valiosos, que deben ser protegidos del conocimiento, acceso o utilización sin consentimiento por parte de terceros (para evitar el riesgo de la discriminación laboral, del sistema de salud, ventajas patrimoniales indebidas, etcétera). Cada individuo posee una configuración genética característica. Sin embargo, la identidad

de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos, pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos, y conlleva además una dimensión de libertad¹²³.

Hablar de derecho a la identidad genética incluye situaciones de diversa índole¹²⁴, entre ellas la determinación de la identidad de los nacidos como resultado de una fertilización heteróloga o bien de embriodonación.

Algunos autores han propuesto distinguir entre «identidad genética» e «identidad filiatoria». La primera «se conformaría con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos, o sea, su genoma, a través del cual se establece la identidad propia e irrepetible de la persona. La identidad filiatoria en cambio, es un concepto jurídico. Es la que resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia con relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres»¹²⁵.

En países que han legislado las técnicas de fecundación asistida (no es el caso del Perú) se ha generado la controversia relativa a la tensión existente entre el derecho al anonimato del donante de material genético, y el derecho del niño(a) producto de una fecundación heteróloga a conocer su identidad genética, su origen. Mientras que el momento inicial de las regulaciones sobre el tema, en los años ochenta, la mayoría de las legislaciones vedaban la posibilidad de averiguar la identidad del donante de material genético, salvo casos excepcionales donde esta información sea vital para conservar la vida o la salud del niño(a), en la actualidad esta posición se está revertiendo. Así pues, legislaciones como las de Suecia (1985), Austria (1992), Holanda (2004), o el Reino Unido (2006), incluyeron normas que permiten el acceso a esta información al llegar a la mayoría de edad. Según se reseña, hasta el año 2007 eran 18 los países con estas legislaciones; mientras que Noruega (1985) y España (1996) legislaron el anonimato. En los países sin regulación prima el total anonimato.

En los países que permiten el acceso a la información, esto ha llevado a la drástica disminución de los donantes de gametos sexuales, generando que muchas mujeres viajen al extranjero a realizarse procedimientos, así como

¹²³ UNESCO. *Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos*, artículo 3. Resolución aprobada en la 20ª sesión plenaria, el 16 de octubre de 2003. <http://portal.unesco.org/es/ev.php.url_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>

¹²⁴ a) La identificación del recién nacido y del binomio madre-hijo; b) el derecho a contar con una identificación legal (partida de nacimiento, documento nacional de identidad/pasaporte); c) el esclarecimiento de la filiación extramatrimonial y el derecho al nombre del niño; d) la tutela de la identidad genética en relación con la integridad, la confidencialidad y la autodeterminación informativa, la cual incluiría las prohibiciones relacionadas con las modificaciones no consentidas o no seguras del patrimonio genético; e) la identidad genética relacionada con la definición del ser humano y la tutela de las instancias tempranas del desarrollo embrionario; f) la manipulación genética relacionada con la clonación reproductiva; g) el derecho a la identidad del menor nacido de una inseminación artificial heteróloga; h) la identidad genética y el derecho a la verdad.

¹²⁵ ZANONNI, Eduardo. *Derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea, 1998, p.320, citado por LEVY, Lea y DELIA IÑIGO. «Identidad, filiación y reproducción humana asistida». En BERGEL-MINSYERSKY (coords), *Bioética y Derecho*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2003, p. 260.

a optar por la importación de esperma¹²⁶. Pero además ha dado lugar a otro tipo de consecuencias legales, tales como derechos de visita, deberes alimentarios, etcétera¹²⁷.

En estas legislaciones, la fertilización heteróloga (y entendemos que eventualmente la muy reciente donación de embriones) es manejada bajo similares principios que rigen la adopción, donde al alcanzar la mayoría de edad, el/la joven tiene el derecho de tener acceso a los datos de sus progenitores genéticos, en resguardo de su derecho a conocer su origen biológico. Pero, a diferencia del caso de la adopción, en la casi totalidad de los embarazos logrados mediante fertilización heteróloga, este dato es mantenido en secreto por la pareja. Según Luna, esta tendencia se explica por provenir de un modelo medicalizado¹²⁸, y la existencia de ciertos prejuicios y temores.

Este manejo de la situación, si bien humanamente comprensible, es discutible, más aún considerando que en el contexto la proliferación y fácil acceso a las pruebas de ADN puede resultar una actitud anacrónica, y posiblemente deba ser reconsiderada¹²⁹⁻¹³⁰. Si bien, como en el caso de la adopción, la revelación del origen biológico es un delicado tema a manejar en el seno familiar, en el caso de embriodonación y donación de gametos debiera reflexionarse sobre la pertinencia de utilizar parámetros semejantes, dado que implican la revelación de una verdad relativa al origen biológico que puede ser importante para la consolidación de la identidad del/la involucrada. Brindar la información adecuada conlleva respetar el derecho a la identidad y a la verdad biológica de aquel/lla concebido a través de técnicas como las mencionadas.

¹²⁶ Reproducción asistida. «Disminuyen drásticamente los donantes de esperma en Gran Bretaña». <<http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/donaciones-de-semen-reino-unido/>>. (Consulta: 15 de febrero de 2010).

¹²⁷ Reproducción asistida. «La falta de anonimato de las donaciones de semen en Irlanda permite a un donante tener derecho a visitar a su hijo biológico». <<http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/la-falta-de-anonimato-de-las-donaciones-de-semen-en-irlanda-permite-a-un-donante-tener-derecho-a-visitar-a-su-hijo-biologico/>>. (Consulta: 13 de marzo de 2010). El Tribunal Supremo irlandés autorizó a un hombre, que donó su semen a una pareja de lesbianas, a que pueda visitar a su hijo de forma regular. El hombre había donado su semen a un par de conocidas con la condición de estar integrado a su vida familiar, con el tratamiento de «tío». Al año del nacimiento la pareja decidió mudarse a Australia e inició una batalla legal para conseguir derecho de visita. Esta decisión se basó en que según los magistrados, una pareja del mismo sexo no puede formar una familia en Irlanda y la influencia del padre podría ser benéfica para el hijo. «Un donante de esperma obligado a mantener a su hijo biológico», citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Persona, Genética y Derecho*, p. 199, en <<http://issuu.com/evarsi/docs/varsicap7>>. (Consulta: 20 de febrero de 2010).

¹²⁸ LUNA, Florencia. «Reproducción asistida...» p.40

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ Xenealoxia. «Por internet, un chico inglés encontró a su padre, un donante de esperma». <<http://www.xenealoxia.org/xenetica/647-localiza%20al%20donante%20de%20esperma>> (Consulta: 10 de diciembre de 2009). El adolescente mandó a hacer análisis genéticos de una muestra de su saliva, que tomó del interior de su mejilla y recurrió luego a sitios de internet que rastrean la genealogía de las personas en base a sus datos genéticos para poder así dar con su padre biológico

Este enfoque demandará una profunda reflexión en la administración de las técnicas, donde debiera ponerse acompañamiento psicológico a disposición de los involucrados, ya que la opción por la donación de material genético o la embriodonación implicará la elaboración de un duelo en la mujer y/o la pareja similar al que atraviesan las personas que buscan adoptar, al aceptar que el hijo a buscar no será biológicamente propio y que esto deberá ser enfrentado en algún momento, con los lógicos temores de los efectos que dicha revelación puede generar en el menor y el entorno familiar.

Dos palabras finalmente sobre las pruebas genéticas. Sin duda la incorporación de las pruebas de ADN en los procesos filiatorios significó un gran avance respecto de la posibilidad de determinar la filiación (y resguardar la identidad), particularmente en casos donde, generalmente el varón, pretendía eludir su responsabilidad en el reconocimiento y manutención de sus hijos extramatrimoniales. En el caso argentino ha permitido el esclarecimiento de delitos de lesa humanidad y el acceso a la verdad a más cien personas que cuando menores que fueron apropiados y a los que se suprimió su identidad. Pero, como se advierte, la biologización judicial de la paternidad no debe tomarse como premisa fundamental ni única¹³¹. Ante el avance de las tecnologías reproductivas es preciso contemplar las particularidades que pueden generarse en un proceso como el que hemos estado analizando; y si estamos ante el caso de esclarecer la filiación de una menor que fue generada mediando una fertilización heteróloga, no debiera valorarse la prueba de ADN como determinante para atribuir una maternidad o paternidad, construida como vimos sobre otras bases, y donde confluyen elementos diversos, ya que este resultado si bien aportaría un dato de orden genético, no equivaldría a esclarecer la verdadera identidad.

Lúcidamente se ha advertido sobre el riesgo del reduccionismo genético merced los mecanismos de construcción del biopoder en la sociedad posmoderna: *«vemos ahora toda una mística ligada a los genes... así como la sangre en las sociedades medievales y el sexo en el mundo industrial, hoy cabe a los genes determinar «lo que es cada uno», porque el código genético constituye la clave de la revelación «que trae todo la luz»... el rol de significativo único y significado universal...»*¹³².

La prueba de ADN es un instrumento, una de las maneras de acreditar la filiación (que en la mayoría de los casos resultará ser la conclusiva) y el juez tiene libertad para poder otorgarle el valor que dicha prueba tendrá en el caso concreto. Pero no es la única, ni «obliga» como un mandato inexorable. Un ser humano es una historia que incluye a sus genes pero no se reduce a éstos. La identidad es ser quien uno es, contemplando las particulares

¹³¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Grijley, 2004, p.148.

¹³² SIBILA, Paula. *El hombre postorgánico, cuerpo, subjetividad y tecnologías digitales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, pp. 233-234.

circunstancias que rodearon nuestro origen, no negándolas. Una niña concebida mediante una fecundación heteróloga no es huérfana, ni es hija de una donante anónima: su verdad personal es que tiene una madre que la deseó, gestó y dio a luz, pero de quien no heredará sus ojos, ni su facilidad para la aritmética; y cuando tenga edad para procesarlo adecuadamente, tiene derecho a saber que no es su hija en términos biológicos.

4. COLOFÓN

Las cuestiones que hemos intentado delinear son complejas y susceptibles de generar polémica. Sin embargo, la realidad avanza, más allá de que contemos o no con instrumentos jurídicos adecuados para evaluar estas nuevas situaciones, que, lejos de pertenecer al reino de la ficción, ya han llegado a los tribunales.

Reiteramos entonces nuestra convicción acerca que temas tan sensibles como los relativos a las manifestaciones del derecho a la identidad exigen un abordaje interdisciplinario, recreador de la interpretación de normas que, en la mayoría de los casos, no fueron pensadas para regular supuestos como lo que nos imponen los actuales desarrollos tecnológicos o sociales. Ojalá progresivamente puedan irse consolidando posiciones que atiendan debidamente estas nuevas situaciones y, sobre todo, tutelen cabalmente los derechos de quienes fueron fecundados en este contexto, a todas luces la parte más desprotegida en esta situación.

PARTE II

ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS

LA PROHIBICIÓN DE LA AOE EN EL PERÚ O LA NECESIDAD DE UN ESTADO LAICO QUE GARANTICE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES

Carla De la Quintana Milla¹³³

El enfrentamiento mediático por la defensa de la entrega gratuita de la «píldora del día siguiente» entre sectores del Estado y la sociedad civil y la Iglesia, como punto de partida para establecer una democracia laica y una institucionalidad autónoma.

El ejercicio libre e informado de la sexualidad de la población en general y de las mujeres en particular, en cumplimiento de la normativa vigente y de sus principios de independencia y autonomía, es uno de los mayores desafíos para el Estado peruano y las organizaciones de la sociedad civil en el Perú. La prohibición de la distribución gratuita de la anticoncepción oral de emergencia (AOE) en los establecimientos del Ministerio de Salud, determinada por el Tribunal Constitucional en octubre del 2009¹³⁴, es una muestra de que a mayor poder de la Iglesia y de los sectores conservadores, mayor temor de las autoridades a un enfrentamiento con ellos.

La sentencia del mencionado organismo ordenó la abstención del sector salud de entregar la píldora, para proteger los derechos del concebido, que en virtud a la Constitución Política vigente es «sujeto de derechos»¹³⁵ y porque, basándose en argumentos de organizaciones no gubernamentales de ideario religioso y conservador¹³⁶ sobre los que sustentó el fallo, no se ha descartado que la también llamada «píldora del día siguiente» tenga efectos abortivos¹³⁷.

La AOE está integrada por los métodos anticonceptivos que utilizan las mujeres para prevenir un embarazo después de haber tenido una relación sexual no protegida. A pesar de la evidencia científica sobre la seguridad y eficacia de este método –95% de los coitos sin protección no terminan en gestación por el uso del Levonorgestrel y 75% por el empleo de métodos combinados¹³⁸– aún no ha sido incorporado totalmente como parte de la oferta de anticonceptivos de los servicios de salud, pese a que se incluye en

¹³³ Periodista.

¹³⁴ Expediente N° 02005-2009-AA/TC.

¹³⁵ El artículo 2 inciso 1 del capítulo I Título I de la Carta Magna señala que «*Toda persona tiene derecho a la vida, a su integridad física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derechos para todo cuanto le favorece*». Apelando a este acápite de la Constitución, el TC se olvida de esto al momento de privilegiar la posibilidad de la anidación de un embrión, antes que velar por el derecho a la libertad, al proyecto de vida de una mujer con dignidad y derechos.

¹³⁶ Los argumentos de mayor validez para el TC pertenecen a organizaciones como la Alianza Latinoamericana para la Familia, la Population Research Institute, la Coordinadora Nacional Unidos por la Vida y la Familia (CONUVIFA) y la Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú. Aunque la sentencia también cita a la Defensoría del Pueblo, la Academia Peruana de la Salud, el Colegio Médico del Perú, la Organización Panamericana de la Salud, Demus, INPPARES y Promsex, como parte de un *amicus curiae* o exposición de expertos, presentado durante el proceso.

¹³⁷ Fundamento 53 de la sentencia TC 02005-2009-AA/TC.

¹³⁸ Ministerio de Salud. Estrategia de Salud Sexual y Reproductiva. *Norma Técnica de Planificación Familiar*. NT N| 032-MINSA. VIII. Métodos anticonceptivos. 2005, p. 77.

la gama de métodos regulados en la Norma Técnica de Planificación Familiar¹³⁹ y las Guías Técnicas de Planificación Familiar¹⁴⁰.

Las cifras de salud pública en nuestro país demuestran que es urgente integrar a la AOE como parte de las políticas públicas en salud y reproducción: Del millón de embarazos que se producen anualmente, 60% no son deseados y un 25% corresponden a madres adolescentes, de las cuales, más del 83% se ve obligado a asumir la maternidad y dejar de lado sus estudios, pese a que el 50% procede de hogares pobres¹⁴¹. Además, según reportes oficiales de la Policía Nacional del Perú¹⁴² y estudios realizados por organizaciones de la sociedad civil, aproximadamente el 10% de las mujeres en edad reproductiva han sido violadas y una de cada 10 que sufre violación sexual sale embarazada¹⁴³.

Asimismo, a comienzos del mes de noviembre de 2009, en el marco del Primer Congreso Latinoamericano Jurídico sobre Derechos Reproductivos, realizado en Arequipa, Perú, la Organización Mundial de la Salud (OMS), reiteró ante juristas de todo el continente el carácter no abortivo de la AOE, y recalcó que el 21% de las muertes maternas en América Latina se atribuye al aborto inseguro¹⁴⁴.

Aunque el acceso a la AOE no es considerado de forma específica en las legislaciones, es un derecho sexual y un derecho reproductivo. De esta forma también fue considerado y reconocido en las conferencias internacionales de la Mujer y de Población¹⁴⁵. Al menos así lo entienden 18 países de América Latina que lo han incluido como parte de sus programas de planificación familiar; por lo tanto, debe ser reconocido y garantizado en cumplimiento de los tratados internacionales que han sido ratificados por nuestro país y además reconocidos por la Constitución¹⁴⁶.

Pese a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, lograr la distribución de este fármaco como parte de las políticas nacionales de salud sexual y reproductiva ha representado una larga batalla por las libertades

¹³⁹ Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM.

¹⁴⁰ Resolución Ministerial N° 668-2004/MINSA.

¹⁴¹ La República. TC: *Fallo regresivo y discriminatorio*. La República, editorial. Lima, 24 de octubre del 2009.

¹⁴² Durante el año 2008, la Policía Nacional del Perú recibió 6932 denuncias por violencia sexual a mujeres. Según estos datos, cada día 19 mujeres son víctimas de violencia sexual. De acuerdo a estas cifras y otros estudios de prevalencia (Gúezmes, Ana et al., 2002; Távora, Luis, 2006) en promedio 10% de las mujeres peruanas en edad fértil pudieran haber sido violadas durante el año anterior. Esto significa aproximadamente 700 mil mujeres. Igualmente hay estudios que reportan la frecuencia de embarazos entre 10 a 30% en las mujeres violadas. Si esta información se ajusta a la investigación de Holmes en USA y se admite que el 5% de las mujeres violadas resultan con un embarazo no planeado, en el Perú se estarían produciendo 35 mil embarazos producto de una violación.

¹⁴³ La República. «No obliguen a la mujer a llevar un embarazo». Entrevista a Luis Távora Orozco, miembro de la iniciativa FIGO. La República. Lima, 23 de octubre del 2010. Reporte de la Policía Nacional del Perú.

¹⁴⁴ Promsex. «Anticoncepción Oral de Emergencia: Un debate regional». 20 de diciembre de 2009. <<http://www.promsex.org/actualidad/289.html>>.

¹⁴⁵ Conferencia sobre Población y Desarrollo (CIPD El Cairo 1994) y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing 2005).

¹⁴⁶ Constitución Política del Perú, art. 6, 9.

ciudadanas desde hace una década aproximadamente. Entre los hitos importantes de la misma están la emisión de la RM 399-2001, durante la gestión del ministro Eduardo Pretell, que dispuso la inclusión de la AOE como método anticonceptivo oral a entregarse por el MINSa; la resolución ministerial emitida durante la gestión de la doctora Pilar Mazzetti como ministra de Salud para hacer efectiva su ejecución, luego de la ofensiva conservadora de los titulares Carbone y Solari; y, en el 2006, cuando el Tribunal Constitucional determinó que el sector ponga «la información sobre la AOE al alcance de los ciudadanos al igual que la información relativa a otros métodos anticonceptivos», y que «cumpla con el mandato de poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos de la AOE de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos»¹⁴⁷. Esa sentencia fue considerada una verdadera victoria ciudadana y una resolución trascendente para el ejercicio de los derechos de las mujeres a contar con la más amplia gama de métodos anticonceptivos¹⁴⁸.

Porque este derecho está vinculado a diferentes derechos, como el libre desarrollo de la personalidad, la salud, la libertad de pensamiento y de religión y la libertad de decidir cuándo y cuántos hijos tener¹⁴⁹, así como el derecho a los beneficios del progreso científico que permitan determinar estos aspectos de la esfera personal y social¹⁵⁰. Los mismos están reconocidos por la Constitución y se sustentan sobre los principios de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y la Convención de los Derechos del Niño, tratados internacionales que, de acuerdo a lo establecido por el TC, detentan rango constitucional.

Por lo tanto, el fallo emitido en 2009 y su resolución aclaratoria (difundida el 9 de noviembre) ante el recurso de amparo interpuesto por la ONG Asociación Lucha sin Corrupción-ALA sin Componenda, transgreden los derechos mencionados y son marcadamente discriminatorias, pues afectan directamente a las mujeres de escasos recursos que, en forma mayoritaria, acceden a los establecimientos de salud públicos¹⁵¹. Solo el 15.3% puede adquirir el producto en las farmacias. Asimismo, ha contravenido el principio de laicidad del Estado peruano¹⁵², pues es producto de la presión de los grupos conservadores y la Iglesia Católica, y consideró fundamentos de

¹⁴⁷ Sumilla de la sentencia STC 7435-2006-PC elaborada por el Tribunal Constitucional.

¹⁴⁸ LLAJA VILLENA, Jeannette. «La obligación de informar y distribuir la Anticoncepción Oral de Emergencia – AOE, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional en un Proceso de Cumplimiento». En *Justicia de Género*. «Tribunal Constitucional y AOE. Una victoria ciudadana». Demus. Lima, marzo de 2008. <<http://www.demus.org.pe/Menus/Publicaciones/AOE.pdf>>

¹⁴⁹ Artículo 2 inciso 1, art. 7, artículo 6, artículo 2 inciso 3.

¹⁵⁰ Constitución Política del Perú, art. 14, art. 2 inciso 2.

¹⁵¹ De acuerdo a una encuesta llevada a cabo por Apoyo Opinión y Mercado para la Defensoría del Pueblo, más del 90% de las usuarias/os del Programa Nacional de Planificación Familiar son mujeres, mayoritariamente amas de casa (67%) que pertenecen a los niveles socio económicos C (35%), D (39%) y E (19%). Apoyo Opinión y Mercado. «Encuesta sobre el estado de los derechos reproductivos en el Perú», Tomo I y III, junio 2002. En *La aplicación de la anticoncepción quirúrgica y los derechos reproductivos*.

¹⁵² Título I, art. 2, inciso 3 de la Constitución Política del Perú.

instituciones de tendencia religiosa para favorecer a la demandante, de marcado carácter religioso y conservador¹⁵³.

El plano legal –las barreras relacionadas con las disposiciones con respecto al aborto, que es ilegal y clandestino en algunos países, o que es legal bajo ciertas causales– es un elemento que incide en la medida en que algunos sectores equiparan la AOE al aborto –por lo tanto, elemento que subvierte el orden moral de la sociedad– y encuentran en ello asidero para su oposición al libre acceso a la AOE, por parte de las mujeres.

En 2009 la coyuntura estuvo marcada por evidentes violaciones a los derechos humanos de ciudadanos y ciudadanas. El desconocimiento de sus derechos sociales, económicos y culturales, la restricción de sus derechos políticos y la limitación de su libertad personal fue flagrante en hechos como la masacre de Bagua, ocurrida en junio de ese año, punta del iceberg de las consecuencias de criminalizar la protesta social; la recentralización de los recursos públicos; el incremento del número de firmas para inscribir a un partido político; la injerencia religiosa en el debate sobre la despenalización del aborto por las causales de violación y malformaciones congénitas incompatibles con la vida; la actuación cuestionable del Tribunal Constitucional; y, finalmente, el archivo de la denuncia por esterilizaciones forzadas en el Ministerio Público. Los intelectuales de izquierda han señalado que no son asuntos aislados sino parte de un aparato movilizado por los sectores reaccionarios. «*No es curioso que los mismos que están a favor del capitalismo salvaje y en contra de la propiedad social sean también los que se oponen a la despenalización del aborto y al libre uso de la píldora del día siguiente*»¹⁵⁴, afirman.

La mirada de los medios de comunicación

Maxwell Mc Combs y Donald Shaw apuntaban que los medios de comunicación –al dar o restar mayor importancia a un tema, al cubrir más o menos extensamente una noticia– transmitían la relevancia y la jerarquización de los problemas que perciben como importantes. Ahora bien, no sólo establecen de qué hablar, sino el cómo se habla¹⁵⁵.

En el país, desde la emisión del fallo del TC, desde la última semana de octubre del 2009 a la quincena de diciembre, los medios de comunicación marcaron tres momentos en la realidad¹⁵⁶.

¹⁵³ En el informe especial «El Ojo de la Tormenta», de la edición n° 2102 de la revista *Caretas*, se denuncia que la ONG ALA-Sin Componenda tiene relación directa con Luis Solari, ex ministro de Salud, de marcada tendencia confesional y que cuenta entre sus miembros honoríficos a Yahvé, Jesucristo, el Espíritu Santo y María del Perpetuo Socorro, figuras de la tradición religiosa cristiana.

¹⁵⁴ LYNCH, Nicolás. «Quiéren nuestros cuerpos». *La República*. Lima, 27 de octubre del 2009.

¹⁵⁵ LEYVA MUÑOZ, Paulina. «Hay que reinventar el concepto de noticia. Entrevista a Maxwell Mc Combs». En *Sala de Prensa* n° 34, agosto 2001, Año III, Vol. 2 <<http://www.saladeprensa.org/art247.htm>>

¹⁵⁶ Esta información se ha establecido de acuerdo a las notas incluidas en el Observatorio Regional *Las Mujeres en los Medios*, iniciativa de la Articulación Regional Feminista. En Perú es ejecutado por la ONG Demus, en base a la selección de contenidos periodísticos de 11 diarios y revistas de circulación regional y nacional.

1. Emisión y cuestionamiento de la sentencia, donde tuvieron un rol activo los gremios profesionales, las ONG feministas, y principalmente el ministro de Salud, que tomó el liderazgo de las posiciones en contra y defendió la entrega gratuita del método. En este contexto surgen alternativas como la venta simbólica de la AOE para no dejar de proveer el fármaco a las mujeres y, a la vez, no contravenir lo dispuesto por el TC. Se va delineando la intención de llevar el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se insta al TC a aclarar la sentencia, porque existe una sentencia anterior. Rafael Rey se pronuncia a favor del TC y dice que también se debe prohibir la venta en farmacias. El Consejo de Ministros respalda en un primer momento a Ugarte y luego expresa su conformidad con el TC.
2. El Tribunal Constitucional procede a la aclaración de la sentencia por pedido de la Procuraduría del MINSA, siguen los pronunciamientos de las organizaciones e instituciones mencionadas. El TC emplaza al MINSA para que deje de entregar la píldora (Acusaciones). El cardenal Cipriani ataca desde la Catedral cada domingo.
3. En el marco del Día Internacional por la Eliminación de la Violencia hacia la Mujer, gremios médicos y ONGs reafirman intención de llevar el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos IDH, en movilización las mujeres señalan la prohibición como violencia ejercida desde el Estado. Anuncio del ministro Ugarte para la transferencia de las píldoras al Instituto Peruano de Paternidad Responsable (INPPARES). Se señala que otras instituciones pueden entregar gratuitamente la AOE, hecho que facilita la entrada de otro personaje político, Alex Kouri, en ese entonces, presidente regional del Callao, que avizora en el debate la oportunidad de campaña política hacia la Alcaldía Metropolitana de Lima.

El país vivió a lo largo de este lapso un clima de enfrentamiento, de confrontación y censura mutua por parte de los implicados: el Tribunal Constitucional, apoyado por los sectores políticos conservadores y la jerarquía eclesiástica y el Ministerio de Salud, respaldado por el MIMDES, la defensoría del Pueblo, como representantes estatales y por los gremios profesionales y organizaciones feministas y de mujeres, por parte de la sociedad civil.

Las posibles efectos abortivos del fármaco mencionado, que no se han podido comprobar ni negar según la sentencia del TC, reavivaron la discusión ética y revelaron ciertos liderazgos, intromisiones y sumisiones, entre las autoridades y sectores conservadores de la sociedad peruana. Estas se empezaron a advertir con fuerza dos semanas antes, durante la cobertura informativa del debate por la despenalización del aborto por las causales de malformaciones congénitas incompatibles con la vida o por violación, en la Comisión Especial Revisora del Código Penal del Congreso de la República. En ese contexto, el Cardenal Cipriani declara: *«La iglesia va a adoptar a*

todos los niños no deseados», como una forma de sustentar su oposición a la legalidad de la interrupción del embarazo.

La coyuntura estuvo registrada mayormente por discursos descriptivos que narraban los hechos o por dichos que involucraban a los protagonistas sin agregar elementos de análisis. En este aspecto, el tratamiento de la información en géneros eminentemente interpretativos como crónicas, informes especiales o entrevistas fue escaso, aunque las columnas de opinión y editoriales aportaron al debate argumentos importantes para defender la libertad de las mujeres y establecer los límites de la acción eclesíástica, en abierta oposición al Tribunal. Sin embargo, se dio un monopolio masculino de opiniones, aunque felizmente, mayoritariamente adverso a la acción del Tribunal Constitucional.

El tratamiento interpretativo se dio con mayor frecuencia en los medios de comunicación de postura abiertamente opuesta al régimen de turno, mientras que los diarios populares se limitaban a narrar lo que sucedía en noticias breves. Lamentablemente, en el Perú los diarios de mayor lectoría son aquellos llamados de 50 céntimos, por lo que la omisión del tratamiento interpretativo de la información por estos medios de comunicación, privó a la gran mayoría de peruanos y peruanas de mayores elementos de análisis sobre lo que estaba ocurriendo y las consecuencias que ello tendría especialmente para las mujeres.

Fueron los diarios de cobertura nacional los que difundieron más información sobre el tema, debido a que cuentan con medios técnicos y logísticos y con acceso a las fuentes de información, en mayor medida que los medios regionales.

La perspectiva de género en las informaciones permite que los problemas de las mujeres sean palpados, vividos y percibidos por la opinión pública¹⁵⁷. Exige un tratamiento diferenciado que de cuenta de las consecuencias que este sector experimenta por determinada acción o disposición de los diferentes sectores de la sociedad.

Los primeros pronunciamientos sobre la sentencia señalaron las restricciones que imponía a los derechos mencionados y la discriminación que sufrirían las mujeres de escasos recursos en el acceso a la AOE. *«El TC atenta contra el derecho a decidir de las mujeres. Nos deja sin ninguna protección frente a un embarazo no deseado o a las mujeres que han sido víctimas de una violación sexual»*, *«El fallo del TC solo beneficia a una minoría y condena a una inmensa mayoría de mujeres»*, *«Retroceso en salud sexual y reproductiva y derechos de las mujeres»*, *«Se debilita una de las principales estrategias para la reducción del embarazo no deseado»*, *«Aumento de*

¹⁵⁷ UNICEF. *Manual para un periodismo de desarrollo humano. Los niños, las niñas y las mujeres en las noticias*. Lima: Unicef, 2001.

abortos y muertes», «*Se va en contra de un derecho básico de las mujeres pobres*», fueron algunas premisas sostenidas, que fueron reproducidas en los diarios.

A pesar que aportaron algunos de los argumentos más claros y sólidos en las informaciones diarias, las voces de las mujeres solo fueron acompañantes en una lucha dominada por el poder androcéntrico del TC¹⁵⁸, y las figuras masculinas del Ministerio de Salud y los gremios profesionales de abogados y médicos. Además de autoridades conservadoras y el jerarca de la Iglesia Católica, cuyas opiniones fueron consultadas o recogidas con abierta diligencia y puntualidad, desde el púlpito o desde el Ministerio de Defensa.

En contraposición, la opinión específica de las principales afectadas, las mujeres de escasos recursos, no se vio reflejada en las notas publicadas. Sin embargo, la percepción ciudadana fue recogida a través de la difusión de los sondeos que sobre el tema realizaron dos encuestadoras, que revelaron el rechazo mayoritario de la población a la decisión del TC: 69.8% de los y las consultados¹⁵⁹.

En el contexto peruano, el poder de la Iglesia Católica no solo se refleja en el imaginario popular, que equipara el derecho a decidir de las mujeres sobre el ejercicio de su sexualidad y reproducción a un pecado –concepción religiosa para denominar a una falta–, sino en la evidente subordinación de los estamentos del Estado a las decisiones de la jerarquía eclesial. Y en el caso de los medios de comunicación, a recurrir a sus principales representantes como fuentes cuando el tema puede incluir opiniones muchas veces hirientes e intolerantes como parte del debate.

Si bien en aras de la objetividad, desde el punto de vista periodístico se toma en cuenta considerar los puntos de vista de las partes en controversia, en esta ocasión considerar las declaraciones de Rey o del cardenal otorgaban mayor e injustificada presencia a un actor social que no debió tenerla, pues se estaba debatiendo un derecho ciudadano desde los puntos de vista jurídicos y científicos.

El Orden Tutelar¹⁶⁰ es la marca de nacimiento de la mayor parte de culturas de América Latina. Consiste en considerar que la ciudadanía no forma parte de la sociedad civil, sino de algo que se parece más a un espacio doméstico y jerarquizado. Las imágenes del cuartel y sobre todo, del convento surgen

¹⁵⁸ El Tribunal Constitucional está formado por siete magistrados varones. Sobre la conformación eminentemente masculina del TC y su actuación respecto a la AOE, las organizaciones feministas que integran el Punto Focal Perú de la Convención por los Derechos Sexuales y Reproductivos, se han pronunciado exigiendo un TC paritario y laico y autónomo en su desempeño (Pronunciamiento del 25 de marzo del 2010), en el marco de las elecciones de integrantes del mencionado organismo por el Congreso de la República.

¹⁵⁹ La Primera. «Rechazo masivo al TC». *La Primera*. Lima, 12 de noviembre del 2009. Nota sobre los datos obtenidos en la encuesta realizada por el Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima.

¹⁶⁰ NUGENT, Guillermo. «Prólogo». En *Cuando los fundamentalismos se apoderan de las políticas públicas. Políticas de salud sexual y reproductiva en el Perú en el período julio 2001 a junio 2003*. Lima: CMP Flora Tristán, 2004, p. 10.

como el ideal que nos aliviara de nuestros malestares y principalmente, que desplazara la responsabilidad individual y la reemplazara por una centrada en la obediencia. Como consecuencia, la democracia es precaria en el sistema de creencias de la ciudadanía y se otorga mayor autoridad y credibilidad a «las botas y a las sotanas».

El Estado laico y constitucional se rige por leyes que previamente han sido producto de un debate político y que recogen las opiniones ciudadanas y las dificultades cotidianas. Así no lo logre efectivamente, una ley pretende ser una versión mejorada de la anterior, o procura cambiar drásticamente una situación dada. Lo que está prohibido por la ley es válido y aplicable a todos, porque todo conocimiento legítimo tiene como fuente el debate en la asamblea pública de ciudadanos y ciudadanas¹⁶¹.

La Constitución vigente no dice que seamos un estado confesional católico¹⁶². Dice que dentro de un régimen de independencia y autonomía el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú y le presta su colaboración¹⁶³. Este último aspecto es bastante discutido en los últimos tiempos, por las prerrogativas que el Estado brinda a una institución que no agrupa a la totalidad de peruanos y que la facultan tácitamente a intervenir en asuntos políticos.

«Se trata de poder, de autoridad, de control. Si controlas la reproducción, controlas lo más íntimo, el centro de la voluntad, la raíz de la autoestima, controlas el rebaño»¹⁶⁴.

Las consecuencias del fallo del TC fueron incluidas en los contenidos periodísticos publicados, como parte de las declaraciones de un o una actora social. No hubo tratamientos de mayor profundidad en base a este enfoque o análisis de autoría propia de los y las redactores.

Asimismo, las expresiones de los representantes de los sectores involucrados y las narraciones de los y las periodistas se refirieron, con frecuencia, al genérico masculino «los usuarios» o la población en general» o «nosotros». Aunque es implícito que las mujeres son las principales afectadas, no se les aludió como tales. Se dice que lo que no se nombra no existe. Cuando se utiliza el genérico masculino, además de producirse confusión y ambigüedad, las mujeres dejan de tener presencia en el espacio simbólico y en el real, lo

¹⁶¹ Op. cit., p. 5.

¹⁶² El artículo 2 de la Constitución Política dice que toda persona tiene derecho «A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público».

¹⁶³ Esta alusión al rol de la Iglesia Católica en la sociedad peruana está expresada en el artículo I del Concordato establecido entre esta institución y el Estado Peruano en 1980 y en la X Constitución Política del Perú, art. 50.

¹⁶⁴ HILDEBRANDT, César. «El aborto del Tribunal». *La Primera*. Lima, 24 de octubre del 2009.

que supone un ocultamiento, una exclusión y una negación de su existencia¹⁶⁵.

«El lenguaje refleja los valores de la sociedad que lo habla, pero también, es capaz de condicionar, reforzar, perpetuar y limitar la imaginación, la sexualidad, el desarrollo sociocultural, la forma de pensar y la de sentir. Además de transmitir información es un instrumento de clasificación de la realidad. Es un sistema dinámico e interdependiente en el que las reglas gramaticales son susceptibles de cambio. Una lengua que no evoluciona está muerta y se dejará de usar si no es por su capacidad de adaptarse a las necesidades de los grupos sociales que la hablan»¹⁶⁶.

Desde esta premisa, resulta coherente plantear que el uso del lenguaje debe de ser integrador para cambiar el discurso dominante, incluyendo a las mujeres como seres completos que interactúan de forma visible en la sociedad¹⁶⁷.

Como señala López Vigil, «Solo lo que sale a los medios existe, solo lo que sale vale». El uso arbitrario del lenguaje limitó la magnitud de un problema de salud pública nacional y una lucha por el derecho ciudadano a escala de Latinoamérica, a un hecho anecdótico, con expresiones como «Luz roja a la píldorita»¹⁶⁸, «Sigue pelea por la píldora»¹⁶⁹ o «Mujeres pitean por su píldora»¹⁷⁰. Como si se tratara de un reclamo antojadizo. Esta limitada presencia o referencia en las noticias y en algunos casos, invisibilidad de las mujeres afectadas, reforzó, asimismo, la idea de mujeres pobres sin conciencia de derechos y con la necesidad de ser defendidas por alguien, en la imagen de la «madre» –estereotipo que tiene mayor respaldo y valoración social– que necesita el tutelaje patriarcal y que tal vez, para efectos prácticos, genera mayor empatía. No se tomó en cuenta la nueva dimensión de las mujeres ciudadanas.

Para tomar en cuenta, casi de manera simultánea a la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que prohibió al Estado la distribución gratuita de la AOE en Perú, en Honduras, el gobierno nacional dictó una disposición similar.

En Costa Rica está abierto el debate por el registro comercial de la AOE. Un proyecto de ley busca que la anticoncepción de emergencia sea de acceso

¹⁶⁵ ULLLOA, Margarita. Ponencia *Justicia a las Mujeres invisibilizadas por la palabra y en la palabra*. Unidad de Género, Corte Suprema de Justicia de El Salvador. < www.csj.gob.sv/genero/images/PDF/lenguaje_sexista.pdf >. (Consulta: 26 de abril de 2010).

¹⁶⁶ Web Sin Género de dudas.com. «Si solo existe lo que se nombra». <: <http://singenerodedudas.com/Archivos/69-si-solo-existe-lo-que-se-nombra> > (Consulta: el 26 de abril de 2010).

¹⁶⁷ ADAMS, Karen y WARE, Norma. *Sexismo en el lenguaje: Las implicancias de ser mujer*. en LARRAURI, E. (comp.). *Mujeres, Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo XXI España, 1994.

¹⁶⁸ Trome. Lima, 23 de octubre del 2009.

¹⁶⁹ Trome. Lima, 27 de octubre del 2009.

¹⁷⁰ Trome. Lima, 31 de octubre del 2009.

para todas las mujeres que la requieran. En este momento el proyecto está en la Comisión de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa.

En Chile, desde el 2007 el Tribunal Constitucional (TC) declaró inconstitucional la venta, comercialización y distribución de la AOE en el sector público de salud, negando así el acceso a la anticoncepción de emergencia a las mujeres chilenas más vulnerables, aquellas que no tienen recursos para acceder a las farmacias.

En Ecuador, el Juez Tercero de lo Civil de Guayaquil suspendió de manera definitiva el otorgamiento del registro sanitario para la comercialización y expendio de Postinor 2, marca comercial de AOE; la orden judicial fue confirmada por el Tribunal Constitucional en el 2006, prohibiéndose por completo la venta y comercialización del medicamento.

De estos hechos, solo se tiene información en literatura especializada o en sitios de Internet de organizaciones involucradas en la reivindicación de este derecho.

Los antecedentes jurídicos como la sentencia emitida por el Tribunal, así como el fallo anterior del 2006, las funciones de la Corte Interamericana como institución jurídica que garantiza el respeto de derechos a nivel supranacional, y los artículos de la Constitución Política como sustento legal de la controvertida sentencia o como fundamento para la afirmación de un Estado laico, fueron consignados en los diferentes contenidos periodísticos, en su mayoría como parte de las declaraciones de los y las protagonistas. No obstante, no pasaban de una mención y no hubo mayor espacio para la exposición didáctica, que permitiera a la población una visión más cabal de lo que significaba el fallo del Tribunal como recorte de los derechos humanos de las mujeres y los graves efectos que puede ocasionar. Asimismo, la naturaleza de las dos sentencias y su vinculación fue abordada de forma muy breve y superficial por los medios.

Permitir que las mujeres tengan acceso a la AOE implica, además de la disminución de embarazos no deseados y abortos inseguros, un gran avance para la salud pública en nuestras sociedades, el ejercicio de su derecho a la autonomía reproductiva; es decir, que tomen sus propias decisiones y vivan una sexualidad acorde con sus necesidades y no regida por estereotipos de género como la virginidad, la maternidad, subordinación a los deseos masculinos entre otros. De igual manera que cuando son niñas y adolescentes reciban una educación integral y laica sobre sexualidad y reproducción, con temas sobre sexualidad, métodos anticonceptivos, defensa y prevención de la violencia de género, que se imparta en las instituciones educativas y finalmente, el derecho a una vida libre de violencia, que facilita el tratamiento de las víctimas de violencia sexual que corren el riesgo de quedar embarazadas.

Exigir encontrar todos estos elementos en el tratamiento periodístico de hechos que inciden directamente con el ejercicio de los derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres, es una facultad que tenemos como ciudadanos y ciudadanas y que los medios de comunicación deben integrar para que puedan ser legitimados como nuestros portavoces o el primer poder de los pueblos libres. El pluralismo de ideas, opiniones, conceptos, posiciones dentro de la sociedad, asegura la democracia y la misma inteligencia humana.

VISITA ÍNTIMA PARA LAS MUJERES CONDENADAS POR TERRORISMO: UN DERECHO SIN DISCUSIONES

Carla De la Quintana Milla¹⁷¹

La vida sexual como un derecho humano y un componente importante para la rehabilitación satisfactoria de las internas en el Perú, que es limitado por la autoridad penitenciaria y muestra rasgos discriminatorios. Aspectos que debieron ser difundidos con mayor interés y frecuencia por los medios de comunicación.

La población penitenciaria del Perú asciende a 40 758 internos e internas. De este número, una de cada siete personas privadas de la libertad es mujer¹⁷². Por lo tanto, las mujeres constituyen minoría en el sistema penitenciario nacional. Algunos de los problemas que enfrentan las mujeres reclusas son similares a los que enfrentan los varones, como el hacinamiento (por ejemplo, en Perú existen 78 penales que están acondicionados para albergar a 23 462 internos¹⁷³), infraestructura inadecuada, ausencia de tratamiento para la reinserción, falta de talleres de educación y la escasez de atención en salud.

Aunque los problemas que presenta la infraestructura carcelaria son similares para hombres y mujeres, la población femenina tiene sus propias necesidades, así como un perfil delictivo específico y común a todos los países de Latinoamérica. Muchas de las reclusas viven apartadas de sus familias –generalmente de bajos recursos– y de sus lugares de residencia. Esta separación puede afectarlas seriamente y ocasionarles cuadros de depresión y ansiedad que las llevan a atentar contra su integridad física y hasta autoeliminarse.

Otro de los aspectos a considerar es que las personas privadas de la libertad pueden gozar y ejercer sus derechos fundamentales –a la vida, al trabajo, al estudio, a la intimidad, a la sexualidad y a todos los demás derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú¹⁷⁴ y por los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos–, que en la práctica no se hacen efectivos.

La cárcel para las mujeres: Un espacio opresor y estigmatizador

La prisión es para la mujer doblemente estigmatizadora y dolorosa si se tiene en cuenta el rol que la sociedad le ha asignado. Una mujer que pasa

¹⁷¹ Periodista

¹⁷² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Seminario Latinoamericano sobre buenas prácticas penitenciarias*. Noviembre del 2007.

¹⁷³ DAMMERT, Lucía y Liza ZÚÑIGA. *La cárcel: problemas y desafíos para las Américas*. Santiago de Chile: Flacso/OEA, 2008, p. 89.

¹⁷⁴ «*Toda persona privada de la libertad goza de iguales derechos que cualquier otra, salvo los afectados por la ley y la sentencia y tiene derecho a ser tratada con el respeto que merece su dignidad y valor como ser humano*». Artículo 63 del Código Penal.

por la prisión es calificada de mala, porque contravino el papel que le corresponde como esposa y madre, sumisa, dependiente, dócil¹⁷⁵.

Por lo tanto, dentro de la concepción machista, la cárcel también tendría la función de devolver a la sociedad una verdadera mujer, para lo cual recurre a las técnicas tradicionales de socialización –coser, cocinar, aprender artesanías– y restringe el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos como castigo por la trasgresión hecha. Si en la vida en libertad la sexualidad como derecho autónomo de la mujer pretende ser regulado y limitado y, en el extremo, censurado, en los centros de reclusión, este aspecto es obligatorio para infringir mayor severidad a la estancia aleccionadora de la interna.

Y no solo los barrotes las separan de sus seres queridos, pues el comportamiento de la pareja masculina cuando la mujer cae presa es opuesto al de las mujeres cuando su compañero es recluso. Se ha demostrado el escaso apoyo de los hombres, no solo la pareja, sino los padres y hermanos, cuando la mujer es llevada a prisión, lo que se puede constatar en el día de visita de los establecimientos penitenciarios de mujeres, que no son tan masivos como en las cárceles de hombres.

Las visitas íntimas

La visita íntima es el contacto que tiene el interno y la interna con personas del exterior que pueden ser su cónyuge o concubino(a). Este tipo de visitas se caracteriza por realizarse en un ambiente privado dentro del establecimiento penitenciario. Su fundamento radica en la necesidad de satisfacer mínimamente el ámbito sexual y afectivo del o la interno(a).

Al respecto, Rosa Mavila León sostiene *«la visita íntima no resuelve los aspectos negativos de la reclusión, pero incentiva al interno o interna a observar buena conducta, la libera de tensiones amorosas y lo comunica e integra con la pareja»*.

Lamentablemente se ha visto y ha pasado a ser considerada beneficio por la normativa penal. Esta delimitación está basada en reglas morales de las concepciones católico-cristianas, patriarcales y autoritarias, cuando el derecho no tiene por finalidad imponer una concepción moral determinada, sino más bien proteger la autonomía de las personas¹⁷⁶.

Una manifestación clara de la mayor discriminación que soportan las mujeres está relacionada con la visita íntima, ya que los requisitos para acceder a este beneficio en muchos casos son mayores que para los hombres, como el uso forzoso de métodos anticonceptivos y la obligación de estar casadas o mantener un vínculo de pareja estable con el visitante. Del mismo modo,

¹⁷⁵ ANTONY, Carmen. «Mujeres invisibles: Las cárceles femeninas en América Latina». *Nueva Sociedad*, n° 208, marzo-abril 2007.

¹⁷⁶ Defensoría del Pueblo. *Supervisión del sistema penitenciario 2006*, pp. 103-105

hay que señalar la discriminación de las mujeres reclusas lesbianas, a quienes se les niega el derecho de recibir visitas íntimas de sus compañeras, mientras que algunos regímenes carcelarios (como el boliviano) permiten a los hombres recibir visitas de mujeres en situación de prostitución.

El artículo 42 del Código de Ejecución Penal establece que la visita íntima es un beneficio penitenciario que debe solicitar el interno, y su concesión corresponde a la administración penitenciaria.

El rango de beneficio penitenciario que se le adjudica a la visita íntima implica sometimiento de los internos e internas a ciertas normas de conducta, cumplimiento de ciertos requisitos como el estar casada o convivir con la persona con quien tendrá la visita íntima. En este aspecto, la Defensoría del Pueblo ha señalado que el criterio para incluir a las visitas íntimas como beneficio es poco claro, al menos que se le quiera utilizar como mecanismo de presión sobre la población interna, no se comprende como un aspecto natural de la actividad humana tenga que ser vista como beneficio.

Restringir esta manifestación de la persona humana vulnera los derechos a la intimidad y la libertad sexual. Asimismo, evidencia una estrategia de poder para controlar el cuerpo y sexualidad de las personas privadas de la libertad.

Como refiere Michael Foucault «*Meter a alguien en la cárcel, privarlo de comida, de calor, impedirle salir, hacer el amor...etc., ahí está la manifestación del poder más delirante que se pueda imaginar*»¹⁷⁷.

Además, según las normas del Instituto Nacional Penitenciario, este beneficio penitenciario está limitado para los y las condenado(a)s por terrorismo. Una disposición contraria a la Constitución Política.

El acceso a este derecho muestra una clara diferencia, según se trate de la población femenina o masculina. En el caso de los varones existe una mayor permisividad para que la visita femenina pueda tener contacto sexual con los internos; en cambio, con las internas hay un control para que los visitantes varones no mantengan contacto sexual con ellas.

El *Manual de Derechos Humanos aplicado a la Función Penitenciaria* del Ministerio de Justicia indica, al respecto, que éste y otros problemas que presentan en específico las mujeres en los penales se deben a que la política penitenciaria no considera las necesidades o particularidades de esta población. Asimismo, señala que debe prestarse mayor atención al derecho a la unidad familiar, con especial énfasis en la situación de las mujeres y su entorno familiar, a sus derechos sexuales y reproductivos y a los

¹⁷⁷ FOUCAULT, Michael. *Microfísica del poder*. Paris: RJ Graal, 1985. 65 p.

criterios en el diseño de la infraestructura de los penales que albergan a mujeres¹⁷⁸

La sentencia del TC

Marisol Venturo Ríos, interna en el penal de máxima seguridad de Chorrillos por delito de terrorismo, pudo ejercer su derecho de visita íntima hasta la entrada en vigencia del DS 927, en razón al cual la Dirección del Penal le suspendió y negó este derecho con el argumento de que las internas condenadas por terrorismo no pueden acceder a este beneficio, cumpliendo con lo establecido en el DL 25475 y el DL 927.

Ante los hechos, interpuso demanda de *hábeas corpus* contra la Dirección Regional y la Dirección General de Tratamiento del INPE por la violación a sus derechos la integridad personal y a la no discriminación por razones de género. El Decimocuarto Juzgado Penal de Lima declaró fundada en parte la demanda, pero la Sala Superior Penal competente la declaró improcedente en virtud a la normativa mencionada.

Aunque en la demanda se alega erróneamente que se ha vulnerado el derecho a la no discriminación por género, los fundamentos legales expuestos se relacionan con el derecho a la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad¹⁷⁹. Este último aspecto es tomado en cuenta por el Tribunal Constitucional para aplicar el principio de *iuri novit curia*, que dispone que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya hecho erróneamente, y determina que los derechos vulnerados son a la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad.

El Tribunal señala que la privación de la libertad tiene como objetivo readaptar a las personas que han cometido delito y garantizar su reinserción positiva a la sociedad, así como los beneficios que como ser humano les corresponde gozar y que por su carácter de indefensión no pueden conseguir. Por ello el Estado según el colegiado, está en la obligación de proporcionárselos. Por lo tanto, no puede efectuar prácticas que afecten los derechos fundamentales de las personas y las observaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al rol garante del Estado del derecho a la vida y a la integridad personal de los internos e internas. Por lo tanto, el Tribunal señala que «*las visitas de familiares y amigos constituyen un importante instrumento para garantizar la función socializadora de la pena y la finalidad rehabilitadora del tratamiento penitenciario*»¹⁸⁰ y que el Estado debe asegurar que todos

¹⁷⁸ Ministerio de Justicia. *Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria*. Lima: Inpe, mayo de 2008.

¹⁷⁹ En el segundo párrafo del fundamento 12 del recurso de agravio constitucional presentado por la demandante alega que «*La relación íntima entre hombre y mujer es un derecho inherente a la naturaleza humana (...) que tiene relación directa con la libertad del hombre, individual y socialmente, en el primer caso está íntimamente relacionado con su desarrollo psicofísico y su bienestar espiritual y en el segundo caso con su desenvolvimiento familiar y social*».

¹⁸⁰ Sentencia 1575-07-PHC-TC, Fundamentos, numeral 2.

los establecimientos del país cuenten con instalaciones adecuadas para la visita íntima.

Mensajes mediáticos: Comunicación oficial y respaldo de sociedad civil

A pesar de que la agencia de prensa oficial informó el hecho, la difusión de la sentencia del TC fue escasa. Sólo un portal de noticias y un diario de circulación nacional incluyeron noticias sobre lo ocurrido en sus ediciones de días posteriores (una por cada medio).

Los discursos presentados fueron en esencia descriptivos, dieron cuenta literalmente del fallo y un resumen de los argumentos legales que lo sustentaron y las recomendaciones al Instituto Nacional Penitenciario, procedentes de la fuente oficial, en este caso, el comunicado del TC.

La información publicada por el diario de circulación nacional dio cuenta del hecho, pero la fuente fue la ONG Demus. Además de exponer lo que ocurrió, incluyó la reacción de la sociedad civil en la medida que la sentencia sienta un precedente para evitar que se vulneren los derechos de otras mujeres, específicamente de las que se encuentran privadas de la libertad, porque están sometidas a la censura, prohibición o rechazo de ciertas formas de ejercicio de sus derechos sexuales.

Aunque la extensión de las notas fue corta, en ambos casos se hizo referencia a los derechos que prevalecieron en el fallo del TC y los fundamentos jurídicos que lo justificaron. La perspectiva de género se incluyó mediante las declaraciones oficiales y de la sociedad civil.

Las características de la demandante, mujer, interna y condenada por terrorismo, constituyen tres elementos por los cuales la información pudo no haber recibido la atención debida en los medios. Cuando una persona entra a la cárcel, automáticamente queda excluida del grupo social, situación que se sostendrá más allá de su período de permanencia en el centro de reclusión, más aún en el caso de las mujeres que, como se apuntó, quiebran los parámetros que la sociedad atribuye a las «buenas mujeres». Asimismo, por las décadas de violencia política que vivió el Perú, el terrorismo sigue siendo un tema sensible para la opinión pública, que se muestra cerrada e intolerante, a tal punto que es común escuchar que los y las terroristas no deben gozar de derechos fundamentales como la vida, un tema que llegó a ser de debate público en el marco del referéndum para la aprobación de la Constitución de 1993.

En este caso, los y las profesionales del periodismo y los medios tienen la responsabilidad de tratar el terrorismo, entre otros fenómenos que reflejan la intolerancia, violencia y exclusión en nuestras sociedades, ofreciendo

información veraz, contrastada y libre, mostrando las bases sociales, jurídicas, culturales y económicas de cada situación.

CADETES EMBARAZADAS: DE LA PROSCRIPCIÓN CASTRENSE AL RESPALDO CONSTITUCIONAL

Carla De la Quintana Milla¹⁸¹

Fallo del Tribunal Constitucional sienta jurisprudencia –que no recibió la atención merecida por parte de los medios de comunicación– para que el embarazo o la maternidad no sean causales de expulsión en los institutos armados.

Hace 14 años, con la promulgación de la Ley N° 26628¹⁸², que dispuso el acceso de las mujeres a las Escuelas de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas, se extendieron los horizontes de formación profesional de la población femenina en el Perú. Este hecho rompió algunos esquemas tradicionales y obligó a la generación de nuevos conceptos, normas y reglamentos que armonicen su presencia en las filas castrenses ya que los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio inalienable de todos los seres humanos, y su promoción y protección, son responsabilidad primordial de todos los gobiernos.

Un año antes, en 1995, durante la VI Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing, entre otros temas se trató el fortalecimiento del rol de la mujer en la sociedad contemporánea, que impulsó a muchos gobiernos a incorporar mujeres en las instituciones castrenses. Esta decisión fue adoptada por dos circunstancias, una relacionada con la paulatina disminución de la población masculina y la segunda, por el crecimiento de la demanda de empleo en las mujeres¹⁸³.

A la vez, implicaba asumir la existencia de desigualdades entre hombres y mujeres, identificar las razones que las ocasionan y proponer alternativas para enfrentarlas. Por ejemplo, no se debe considerar que el embarazo sea una razón para impedir el desarrollo profesional y laboral de las mujeres, sino garantizar las condiciones para que pueda alcanzarlo.

En este aspecto, pese a los avances sucedidos desde 1996, tales como la Ley 28359, de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, que establece el principio de igualdad, y de la promulgación de la Ley de Igualdad de Oportunidades entre varones y mujeres (LIO), la incorporación y desarrollo de las mujeres en los institutos armados tiene un nivel muy incipiente. Todavía están en proceso los cambios respectivos en las escuelas de formación de oficiales y en los patrones sociales y culturales del sector.

¹⁸¹ Periodista.

¹⁸² En su artículo 1 la ley establece «Ampliase para las mujeres el acceso a las Escuelas de Oficiales y de Suboficiales de las Fuerzas Armadas y, siguiendo las carreras militares correspondientes, a obtener los grados militares y beneficios que correspondan, bajo los mismos principios y normas que rigen al personal masculino en las Fuerzas Armadas». Antes de 1996 las mujeres no podían acceder a los grados de oficial.

¹⁸³ DÍAZ ESPINOZA, Raquel. «Situación de las mujeres en las Fuerzas Armadas a una década de su incorporación». *I Foro Interamericano de Mujeres contra la Corrupción*. 29 de setiembre al 1 de octubre de 2008. Buenos Aires, Argentina.

La sentencia del Tribunal Constitucional¹⁸⁴ emitida en febrero del 2009 a favor de Nidia Baca Barturén, cadete de la Escuela Superior Técnica de Oficiales de la Policía Nacional, de Chiclayo, sienta un precedente favorable para la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en condiciones que garanticen la no discriminación por condiciones propias de su género, como el embarazo. Es decir, que la maternidad no sea considerada como una infracción o causal para expulsar a una aspirante a oficial en las fuerzas armadas. Entonces, el fallo puso en evidencia la desigualdad de oportunidades que desfavorece a las mujeres y da pie a que se produzcan más denuncias si sus derechos no son cautelados.

En contraposición, hechos como el de la cadete Flor de Jesús Carhuaya, de la Policía Nacional del Perú, que fue separada de la institución por estar embarazada en 2008, constituyen una falta grave cometida por las jerarquías policiales y ponen sobre el tapete los prejuicios machistas relacionados con la conformación biológica y los roles que históricamente le han sido asignados a la mujer, que son asumidos como escollos para su formación profesional, cuando solo constituyen muestras marcadas de discriminación.

Los principios constitucionales por sobre toda norma

El Tribunal Constitucional determinó que los derechos afectados con la expulsión de Baca Barturén fueron el derecho a la libertad, a la igualdad, a la educación y a la no discriminación por razón de sexo, garantizados por la Constitución Política del Perú¹⁸⁵.

El 8 de agosto de 2008, la cadete Nidia Baca Barturén fue llevada al hospital porque presentaba náuseas y dolor abdominal. Las pruebas realizadas para determinar su estado de salud señalaron que estaba gestando. Dos días después, cuando presentaba mejoría, solicitó el alta y no le fue dada por el médico tratante. En este contexto, los superiores le comunicaron que se le va a abrir proceso administrativo disciplinario por estar embarazada y que no iba a salir del centro de salud hasta que se emita la resolución que le dé de baja de la Escuela.

Una semana después su abogada presentó una demanda de *hábeas corpus* ante la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, para que se dé el alta a su patrocinada, debido a que se encontraba en buen estado de salud y su internamiento obedecía a una decisión de sus superiores a la espera de la resolución que la separe del instituto armado por estar embarazada. El escrito alegaba que la cadete había sufrido tratos discriminatorios al permanecer internada debido a su estado y al abrírsele proceso administrativo para que no continúe sus estudios.

¹⁸⁴ Expediente 05527-2008 -PHC-TC.

¹⁸⁵ Exp. 05527-2008-PHC-TC. Fundamentos de la sentencia.

Tomando en cuenta estos aspectos, el Tribunal sostuvo que al discriminarla por su estado de gestación se habían vulnerado sus derechos a la libertad personal, a la igualdad y no discriminación entre los sexos, al libre desarrollo de la personalidad y al desarrollo de la familia. En cuanto a la maternidad, señaló que es una opción que está protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y que no puede permitirse injerencia de autoridad pública o particular alguna. Por lo tanto, estableció que las medidas que tiendan a impedir el ejercicio de la mencionada opción vital son inconstitucionales.

De igual manera, indicó que se violó el derecho a la educación por cuanto el embarazo no limita o restringe la formación de una persona. Por lo tanto, cualquier norma que tipifique la gestación como causal de infracción en el ámbito educativo va en contra del artículo 138 de la Carta Magna.

En la sentencia, el Tribunal precisó que a pesar que la Ley 28338 Régimen Disciplinario no considera el embarazo como causal de separación definitiva la expulsión de cadetes u oficiales, esta es una práctica discriminatoria común en la Policía Nacional, que ha merecido quejas ante la Defensoría del Pueblo¹⁸⁶ y denuncias por los medios de comunicación en reiteradas oportunidades,.

El Tribunal definió como discriminación por razón de sexo a *«aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la persona sino también engloba estos mismos tratamientos cuando se justifican en la concurrencia de razones y circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación directa e inequívoca. Tal como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva a las mujeres»*.

El discurso público y la sentencia: Los medios de comunicación

Aunque la difusión de la sentencia fue posterior, breve y minoritaria en los medios de comunicación, se la calificó como un precedente en la legislación, hubo un discurso favorable a la decisión del TC y consenso sobre el carácter discriminatorio de la actuación de la jerarquía policial¹⁸⁷. Las escasas publicaciones se produjeron en el marco del Día Internacional de la Mujer. Las informaciones enfatizaron los aspectos jurídicos que respaldan los derechos protegidos, principalmente el derecho a la igualdad y no discriminación, en el caso de Baca Barturén. En estas noticias también se incluyó a la cadete Carhuaya, cuya situación, pese a no ser parte de la controversia, fue citada como antecedente. Asimismo, se denunciaron otras formas de abuso y subordinación de la mujer en el interior de estas

¹⁸⁶ Exp. 05527-2008-PHC.TC. Fundamentos, numeral 18.

¹⁸⁷ GODÓY, Lina. «Respeto a la Mujer». *La Primera*. Lima, 8 de marzo del 2009.

instituciones: agresiones físicas, psicológicas, y casos de abuso y hostigamiento sexual¹⁸⁸.

Hubo presencia de representantes oficiales en la figura de la congresista Rosa Venegas Mello, ex presidenta de la Comisión de la Mujer del Legislativo, y de la entonces ministra del Interior, Mercedes Cabanillas. De otro lado, la sociedad civil no cumplió un rol gravitante en el discurso público, que tal vez hubiera enriquecido y extendido el debate. Las fuerzas armadas y la policía forman parte del aparato público y el intercambio de opiniones fue en este caso de Estado a Estado.

En cumplimiento de las normas castrenses, no se puede hablar sin contar con la autorización del superior. Esto minimizó las posibilidades de contar con un testimonio rico en experiencias desde el punto de vista de la protagonista, como mujer que reta a un sistema autoritario y machista y consigue que prevalezcan sus derechos. Asimismo, fue notoria la ausencia de líderes de opinión masculinos que trataran el tema en sus columnas.

Los medios que presentaron la información fueron un diario de cobertura nacional y una revista de circulación provincial. En el caso del primero, es notoria su inclinación por la noticia interpretativa, es decir, aquella que contiene antecedentes, hechos vigentes y proyecciones sobre lo ocurrido, con el objeto de proporcionar un tratamiento más profundo al hecho noticioso, más allá de la descripción del acontecimiento. El artículo publicado fue de autoría de una parlamentaria y se concentró más en los aspectos legales que respaldan los derechos de las cadetes y las faltas en las que estarían incurriendo los institutos armados de no observar estas normas. El género de opinión brinda la oportunidad de presentar una valoración del hecho, partiendo de lo objetivo.

La referencia a la Ley 28983 o de Igualdad de Oportunidades fue notoria como garante del libre ejercicio de los derechos por parte de hombres y mujeres. En ambos casos porque establece como lineamientos de política la incorporación de la perspectiva de género en el diseño de las políticas públicas y en la gestión de los programas, y el acceso equitativo de mujeres y varones a los diferentes niveles y modalidades del sistema educativo, que son de obligatorio cumplimiento por las fuerzas de seguridad como parte de la administración estatal¹⁸⁹.

Por iniciativa de la Fuerza Armada se han emitido normas como la Ley de Situación Militar, mencionada líneas arriba, que incluye el principio de igualdad, y la Ley de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú

¹⁸⁸ VARGAS MELLO, Rosa María. «Derechos de cadetes mujeres en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional». Revista *Generación*, 3 de marzo de 2009.

¹⁸⁹ SALAZAR VILLALOBOS, Rossy. «La gestación del cambio: La mujer en las fuerzas de seguridad». En *Ideele Mail*. N° 538, 20 de abril de 2007.

(Ley 28338), que no contempla el embarazo entre las causales para la separación de cadetes de la Escuela de Oficiales, como refería el fallo del TC.

Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, suscrita por el Perú, afirma que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación. Por lo tanto, las instituciones del Estado están obligadas a cumplir esta disposición y no permitir que cualquier acción o normativa vulnere este derecho. Sin embargo, no hubo mayor mención o explicación a esta normativa en los medios.

Las fuerzas militares como el bastión masculino por excelencia

Para entender la decisión de los superiores de la cadete Baca que, en primer lugar, otorgan arbitrariamente mayor jerarquía a una resolución que a una ley para justificar un hecho discriminatorio, es preciso hacer un breve análisis de lo que algunos y algunas profesionales de las ciencias sociales denominan *subcultura castrense*¹⁹⁰.

El patrón hegemónico masculino en los institutos armados refuerza la dicotomía de género, pues asocia la violencia, la fuerza y el aspecto público al rol masculino y atribuye rasgos pacíficos y relacionados al ámbito privado a la mujer. Por ello, uno de los mayores sustentos de la resistencia a incorporar mujeres en las instituciones militares se basa en que nuestros países están en constantes conflictos y el Estado debe asumir el rol de proteger a la «vulnerable» población femenina y la despoja de todo derecho, capacidad y voz¹⁹¹. La institución castrense usa el discurso de la protección para esconder la discriminación.

A pesar de las consecuencias positivas de la presencia de las mujeres en instituciones cerradas, marcadamente jerárquicas y autoritarias, ello tiene sus bemoles. En la mayoría de estados sudamericanos no pueden acceder a los grados más altos. De este hecho se desprende otro rasgo discriminatorio, a menor cargo, menor remuneración económica. Sin embargo, en otras latitudes como España o Canadá, estas restricciones son inexistentes y por ello, cuentan con un alto número de mujeres en la vida militar, las que cada vez tienen mayor acceso a altos rangos.

La participación de las mujeres en los conflictos armados ha sido invisibilizada. En Latinoamérica, por ejemplo, las mujeres han cumplido roles

¹⁹⁰ Según el antropólogo Ángel Espina, en el ambiente militar se desarrollan complejas interacciones personales y afectivas que se diferencian de las de la vida ordinaria o civil. Por ejemplo, cita una serie de pautas propias de esta subcultura como la sumisión a un individuo de igual sexo, exclusión de lo femenino, penalización de la homosexualidad y escisión vida civil-vida militar. ESPINA BARRIO, Ángel. «Amor y muerte en la subcultura castrense, Apuntes hacia una antropología de la vida militar». *Revista de Sociología*. Vol. 11, N° 12, 1999. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

¹⁹¹ LUCERO, Mariel R. *Las Mujeres en las Fuerzas Armadas Argentinas. Breve análisis sobre su participación y estado actual de la situación*. UNISCI *Discussion Papers*. N° 20, mayo 2009, pp. 36-49. Universidad Complutense de Madrid. <www.redalyc.uaemex.mx/pdf/767/76711408004.pdf>. (Consulta: 27 de abril de 2010).

muy importantes en las guerras por la independencia o en los movimientos insurgentes de Nicaragua, Colombia o Perú.

La expulsión de una integrante femenina por embarazo se basa en el supuesto que al ser madre tendrá un compromiso menor con la institución o que sus capacidades físicas o académicas disminuirán. Es un supuesto absurdo en la medida que la maternidad no disminuye las habilidades, ni el coeficiente intelectual, ni causa daños físicos. Se alimenta en un prejuicio propio de la cultura machista y androcéntrica de la sociedad peruana, que encuentra su máxima expresión en los institutos armados.

Estas ideas se manifiestan con mayor énfasis en las fuerzas de seguridad. Sin embargo, en el imaginario social subyace la creencia de la pertenencia de la mujer al ámbito privado y su exclusión de los espacios donde priman la fuerza física, el valor y la confrontación.

Otra vez

Aunque la sentencia del TC ha sentado jurisprudencia que impide que las escuelas de formación de la Policía Nacional del Perú separen a alumnas por embarazo, en los primeros días de 2010 se hizo público el nuevo Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, que determina que *«para tener y conservar el rango de cadete, el postulante debe ser soltero y sin hijos»*¹⁹², por lo que las cadetes femeninas no podrán quedar embarazadas mientras reciben instrucción, bajo pena de expulsión.

Esta cláusula es a todas luces contraria al fallo emitido por el TC, que permitió la reincorporación de las cadetes expulsadas por embarazo. Sin embargo, la entonces ministra del Interior, Mercedes Cabanillas, sostuvo que los reglamentos militares no consideran a la maternidad como infracción.

Esta disposición ha sido calificada como inconstitucional por diversos juristas porque vulnera derechos fundamentales garantizados por la Carta Magna, entre ellos el de igualdad, porque su aplicación recaería en las estudiantes, por ser ellas las que presentan las evidencias de la gestación. Esto es lo que se denomina discriminación por resultado¹⁹³; la norma genera para los grupos consecuencias distintas del supuesto de hecho que rige¹⁹⁴.

¹⁹² Exp. 00926-2007-PA/TC. Artículo 41, numeral del Nuevo Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas. DS N° 001-2010-DE/SG. Esta normativa no sólo es contraria a la sentencia del TC analizada en este artículo, también señala como infracciones *«tener o haber tenido relaciones interpersonales inadecuadas»*, con lo que también contraviene otra sentencia del Tribunal a favor del cadete expulsado por ser homosexual y que debió ser reincorporado.

¹⁹³ La discriminación por resultado se determina por los efectos negativos para el ejercicio de derechos que una norma aparentemente neutra puede ocasionar en una población en condiciones de vulnerabilidad.

¹⁹⁴ TORRES ZÚÑIGA, Natalia. «Discriminación por sexo en la Escuela de Oficiales de la Policía. Un análisis jurídico y de género». *Justicia Viva mail*, n° 296, 26 de abril de 2007. Instituto de Defensa Legal; Pontificia Universidad Católica. <<http://www.justiciaviva.org.pe/justiciamail/jm0296.htm>>

Además, el reglamento en cuestión va en contra de la tendencia internacional de promover los derechos de todas las personas y de dotar de oportunidades a los grupos sociales con dificultad para ejercer sus derechos¹⁹⁵.

Los desafíos

El Estado tiene la responsabilidad de proveer los mecanismos institucionales para garantizar y proteger el desarrollo integral de las mujeres en los diversos espacios en los que se desenvuelvan. Hay leyes como la LIO y herramientas como el Plan de Igualdad de Oportunidades, pero todo cambio normativo debe ir acompañado de estrategias para la superación de las creencias y valores sobre los roles tradicionales femeninos. Es un paso fundamental para que se entienda que los centros de formación profesional y los diversos campos del saber no son exclusivos para ningún sexo. En el caso de las escuelas militares y policiales, ese rol recae en los ministerios de Defensa y del Interior.

Para terminar, una frase de la feminista italiana Alessandra Boschetti que refleja lo que está ocurriendo con la inclusión de las mujeres en las fuerzas de seguridad y en otros espacios del país: *«En efecto, las mujeres ocupan una posición tan central en todas las sociedades que un cambio en ellas representa una revolución para todos y una amenaza no solo para el orden establecido y para las normas de convivencia en vigor, sino también para el imaginario que subyace en todo ello»*¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Declaraciones de la abogada feminista Pilar De la Torre, integrante del Programa Derecho a una Vida sin Violencia, del Movimiento Manuela Ramos, consignadas en el informe Perú: *Discriminación a mujeres cadetes*. Agencia de prensa CLAM. Enero de 2010.

¹⁹⁶ BOCHETTI, Alexandra. «Voces Mediterráneas». En *Letra Internacional*, n° 96, 2007.

CONCLUSIONES

- El *Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales*, en la primera parte, presenta cuatro importantes artículos de análisis jurídico que se han concentrado en los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, específicamente: el acceso a la más amplia gama de métodos anticonceptivos; a decidir libremente cuándo y cuántos hijos/as tener; el ejercicio de la sexualidad, aún en espacios de reclusión como las cárceles, que no limitan este derecho fundamental; y el derecho a decidir libremente ser madre en instituciones estatales de formación policial y mediante técnicas de reproducción asistida. En la segunda parte se presentan tres artículos de análisis periodístico, que evidencian el tratamiento de los medios de comunicación sobre las sentencias vinculadas a los derechos fundamentales de las mujeres examinadas en la primera parte.
- Luis Sáenz analiza la jurisprudencia de la píldora del día siguiente o anticoncepción oral de emergencia (AOE). Una sentencia del Tribunal Constitucional prohíbe su distribución en los establecimientos del Ministerio de Salud, contradiciendo una anterior resolución del mismo órgano jurisdiccional del año 2006 que establecía el reparto gratuito de la AOE, lo que afecta gravemente la coherencia de su propia línea de razonamiento. El Tribunal Constitucional fundamenta su sentencia en la existencia de una falta de consenso en la comunidad científica y médica, acerca del tercer efecto del fármaco AOE. Señala que hay una duda razonable en cuanto a un supuesto efecto abortivo. Para ello hace un análisis respecto del momento en que se considera en el ordenamiento jurídico nacional la existencia del concebido como sujeto de derecho. Aborda las teorías de la fecundación y la anidación sobre el inicio de la vida y señala que existe un debate en la doctrina civil y penal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional deja de lado la teoría de la anidación recogida por un órgano científico internacional, máximo representante de la ciencia médica, la Organización Mundial de la Salud, cuya posición oficial señala claramente que no existe el tercer efecto en cuestión. Tampoco atiende los distintos informes especializados de instituciones como la Defensoría del Pueblo, la Organización Panamericana de la Salud, el Colegio Médico del Perú, entre otros, que señalan la inexistencia del mencionado tercer efecto. De esta forma, el autor señala, las dudas se las ha impuesto el propio Tribunal en tanto decidió priorizar las dudas por encima de lo oficialmente aceptado.
- El fallo del Tribunal Constitucional, pese a mencionar la ponderación jurídica entre el derecho a la vida del concebido y el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres, no profundiza en ese análisis. Asimismo, prohíbe la distribución gratuita de la AOE pero permite su venta en establecimientos privados, lo cual produce efectos

discriminatorios contra aquellas mujeres de escasos recursos económicos que solo acceden a los servicios públicos de salud. Su fundamento es que no podía excederse del petitorio planteado en la demanda; sin embargo, en otras sentencias el mismo órgano jurisdiccional ha ido más allá de lo demandado con el fin de no vulnerar derechos fundamentales.

- Jennie Dador, en el artículo sobre la maternidad en las instituciones de formación policial, analiza la sentencia del Tribunal Constitucional del caso de una cadete embarazada que fue retenida contra su voluntad en un hospital, retención ordenada por las autoridades de la Escuela Técnica Superior de Policía de Chiclayo. Pese a que la cadete fue dada de alta nueve días después, el Tribunal considera la necesidad de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, al haberse producido además de la privación arbitraria de la libertad personal, la discriminación por razón de sexo, que a su vez implica la afectación a derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, a la familia y a la educación, transformando el proceso de *habeas corpus* en uno de amparo. En esta jurisprudencia se sostiene que este tipo de comportamiento en las escuelas de formación de la Policía Nacional no es una práctica aislada, que existen numerosas denuncias sobre discriminación y expulsión por embarazo, que incluso han sido documentadas por la Defensoría del Pueblo; así mismo que constituyen actos discriminatorios contra las mujeres, pues el embarazo es una condición exclusiva de las mismas sobre la base de su sexo, que estos casos están en conexión con el tratamiento diferenciado que hacen las escuelas de formación policial. Otro aspecto importante señalado en este caso por el Tribunal Constitucional, es que se trata de una discriminación que afecta el derecho a la educación de las cadetes, dada la falta de justificación objetiva y razonable para la medida aplicada, lo que equivale a una sanción por el embarazo. La autora añade en su análisis que esta jurisprudencia sigue el sentido del análisis anterior a otros casos, en otros órganos jurisdiccionales, que incluso se ha señalado el daño al proyecto de vida de las alumnas expulsadas por esta causa; además, que el Tribunal Constitucional menciona que la decisión de ser madre, *ergo* la de no serlo también, se encuentra protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno.
- Dador sostiene que las mujeres pertenecientes a las instituciones policiales que quedan embarazadas requieren de un sistema que les garantice y compatibilice la permanencia en la institución y la protección de su maternidad. De esta manera las instituciones policiales responderían de manera adecuada, respetando los derechos reproductivos, a la incorporación de las mujeres a estos institutos. En el

caso analizado, la cobertura de medios y la corriente de opinión pública favorable permitió que las autoridades policiales se vieran obligadas a ordenar la reincorporación de la agraviada e iniciar un proceso de revisión y modificación de la regulación interna que avalaba esta medida discriminatoria.

- En el último artículo de esta parte, sobre impugnación de maternidad, en el que se denuncia a una mujer que se ha sometido a fecundación *in vitro* usando un ovulo donado y el espermatozoides del esposo de la demandante, se analizan las dificultades y obstáculos jurídicos en el acceso a técnicas de reproducción asistida en el caso de las mujeres que desean ser madres en nuestro país. La sentencia de la Corte Suprema señala la necesidad del esclarecimiento de la verdad biológica, con lo que el caso correspondería a una «maternidad ilegal». Se cuestiona aquí el derecho a ser madre de la demandada y se refuerza desde el órgano jurisdiccional la idea que la maternidad *natural* es la única que pueda dotar de identidad a los hijos/as producto de este tipo de técnicas de reproducción. Tal como señala la autora, este tipo de posturas hace que en el caso concreto, la maternidad sea considerada «ilegal». El aspecto central del análisis se centra en si se puede anular una maternidad en el caso de una fertilización heteróloga que se reputa irregular. Como menciona la autora, es suficiente esta situación para negar la maternidad hasta entonces buscada, ostentada y ejercida; concluyendo que es irracional despojar de la maternidad a una persona que ha gestado, alumbrado y nutrido a una menor por el solo hecho de haber recibido un ovulo donado, agravando la situación, el consecuente despojo de la identidad y contexto familiar de la menor cuya verdad biológica es cuestionada.
- Siverino hace un análisis de la regulación en nuestro país en materia de reproducción asistida, señala que no existe una ley específica al respecto. La Ley General de Salud incluye la reproducción asistida, cuyo requisito es que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona, no exigiendo lo mismo para el material genético masculino. Esta diferencia de trato indicaría una discriminación por razón del género, más aún cuando el índice de fertilización con óvulos propios es solo del 20%. Prohibir la ovodonación implica negar el acceso a la maternidad a aquellas mujeres que así lo decidan. La configuración de la maternidad en el contexto de las tecnologías reproductivas debe integrar estos avances e ir más allá del concepto clásico de maternidad. Actualmente existe un consenso en el derecho comparado que los conceptos de maternidad y paternidad deben ser deconstruidos, ya no bajo las categorías normativas del siglo XIX, sino en atención a las nuevas y plurales formas de establecer lazos afectivos en las sociedades modernas, lo que incluye variados modelos de organización familiar, formas diferentes y complejas de determinación de la filiación.

- En la segunda parte de este Informe se encuentran tres interesantes artículos de análisis comunicacional del mismo número de sentencias (AOE, visita íntima y maternidad en los institutos policiales). Están a cargo de la periodista Carla De la Quintana. Exponen el tratamiento en los medios de las sentencias y sus efectos en la opinión pública.
- El artículo sobre la AOE señala que el país vivió un clima de enfrentamiento, confrontación y censura mutua por parte de las instituciones implicadas, como el Tribunal Constitucional apoyado por sectores políticos conservadores y la jerarquía eclesiástica, frente a funcionarios del Ministerio de Salud, respaldados por el MIMDES, la Defensoría del Pueblo y representantes de la sociedad civil, en particular de las organizaciones feministas. Destaca que el tratamiento de las noticias fue eminentemente descriptivo, con ausencia de análisis y desvinculación del tema respecto a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, así como el monopolio masculino de las opiniones en los medios. También hace notar que no se reflejaron las opiniones de las mujeres, principales afectadas, a excepción de la difusión de encuestas que señalaron el rechazo mayoritario de la población a esta sentencia del Tribunal Constitucional.
- Sobre el caso de las cadetes embarazadas, la periodista indica que hubo un discurso favorable a la decisión del Tribunal Constitucional, calificada como un precedente importante en la jurisprudencia nacional, y consenso sobre el carácter discriminatorio de la actuación de la jerarquía policial. A pesar que la noticia fue cubierta limitadamente, en el marco del Día internacional de la Mujer, su tratamiento abarcó, además del embarazo de las cadetes, situaciones de violencia sexual. Contribuyó que importantes figuras oficiales se pronunciaran sobre el tema, como las congresistas Venegas y Cabanillas. En este mismo artículo, la autora hace un breve e interesante análisis de la situación de las mujeres en las instituciones policiales y armadas, señalando la discriminación constante a la que son sometidas en caso de resultar embarazadas.
- En su último artículo, De la Quintana, hace un análisis del impacto de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre visita íntima para las mujeres condenadas por terrorismo. Reflexiona sobre el ámbito opresor y estigmatizador de las cárceles, y la discriminación del otorgamiento de las visitas íntimas como beneficios penitenciarios en el caso de las mujeres. Señala que no se comprende como un aspecto natural de la actividad humana tenga que ser vista en términos de beneficios, coincidiendo así con el análisis jurídico hecho en la primera parte del informe. En cuanto a la difusión de las noticias al respecto, indica que fue muy escasa, que los discursos presentados fueron en esencia descriptivos, que la perspectiva de género se incluyó mediante las declaraciones oficiales y de la sociedad civil. Finalmente, destaca que la información no recibió la atención de los medios debido a las características de la demandante del caso (mujer, interna y condenada por terrorismo).

APÉNDICE

EXTRACTOS DE SENTENCIAS

A continuación, se reproducen los extractos más significativos de algunas sentencias de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, cuyos textos completos se encuentran disponibles en el Observatorio de Sentencias Judiciales.

Las sentencias incluidas en este apéndice se vinculan con los siguientes temas, de acuerdo con su clasificación en la base de datos del Observatorio de Sentencias Judiciales¹⁹⁷:

TEMA	CASO	PAIS
Familias. Identidad y desarrollo de la libre personalidad	Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)	<i>Argentina</i>
	Sentencia C-029/09. M.P: Rodrigo Escobar Gil	<i>Colombia</i>
	Sentencia T 911/ 2009	<i>Colombia</i>
Familias. Propiedad y matrimonio	RIT C-2772-2007	<i>Chile</i>
Familias. Trabajo productivo y reproductivo	Sisnero, Mirta Graciela, Caliva Lía Verónica, Bustamante Sandra, Fundación entre Mujeres vs. TADELVA S.R.L. y otros s/ Amparo	<i>Argentina</i>
	Rol N° 393-2008 María Ángela Salazar con Universidad San Sebastián	<i>Chile</i>
Violencia contra las mujeres	No.301199200710438	<i>Bolivia</i>
	Rol N° 60-2009	<i>Chile</i>
Violencia contra las mujeres Derechos sexuales y reproductivos	Sentencia T-388/2009	<i>Colombia</i>

¹⁹⁷ Remitimos a la sección de Metodología del Observatorio para una explicación de los criterios de clasificación que se utilizan.

Derechos sexuales y reproductivos. Identidad y derecho a la libre personalidad	Exp. N 01575-2007-PHC/TC	<i>Perú</i>
Participación y acceso a espacios de decisión	Acción Extraordinaria de Protección. Partido Renovación Institucional Acción Nacional	<i>Ecuador</i>

País	Argentina
Caso	Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)
Tribunal	Juzgado Contencioso Administrativo Tributario - Ciudad de Buenos Aires
Fecha	10/11/2009
Tema	Familias. Identidad y Desarrollo de la Libre Personalidad
Palabras clave	Matrimonio - diversidad sexual

Una pareja del mismo sexo pidió turno ante el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires para contraer matrimonio. Ante la negativa, presentó una acción de amparo solicitando que se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que se le permita casarse, y que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil de Argentina. La jueza de primera instancia hizo lugar a la pretensión y declaró la inconstitucionalidad de las normas invocadas.

La jueza fundó su decisión en los siguientes argumentos: «el sentido de la igualdad democrática y liberal es el ‘derecho a ser diferente’, que no puede confundirse nunca con la ‘igualación’, que es un ideal totalitario y por ello es, precisamente, la negación más completa del anterior, pues carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales... El reconocimiento de la identidad en la pluralidad no puede partir de estructuras ahistóricas, requiere auspiciar los diversos proyectos de vida dentro de una estructura social mucho más compleja», y cita como ejemplo paradigmático de las restricciones para contraer matrimonio las leyes de la Alemania Nazi.

Respecto a los reparos que una sentencia de este tenor pudiese despertar en el seno de algunos sectores religiosos, advierte la magistrada que «es posible que una decisión en ese sentido sea considerada por algunos como una afrenta a las creencias religiosas sumamente arraigadas por un sector de la comunidad. Pero en el estado actual de secularización de las instituciones civiles no hay duda de que los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros... Por lo demás, la homofobia suele estar disimulada tras el discurso de la tolerancia, discurso que pese a sus ingentes esfuerzos no puede disimular su desagrado ¿cómo se puede decir que tolero lo que apruebo? La tolerancia no tiene razón de ser si previamente su objeto no fue definido de modo adverso».

La jueza concluyó que «no es posible saber qué sucederá con el matrimonio frente a los cambios que se avecinan. Sin embargo, es posible prever que la inclusión de minorías sexuales en su seno le permitirá ser fuente de nuevas curas para viejas enfermedades sociales, como el miedo, el odio y la discriminación»

Esta decisión fue apelada. Sin embargo, el matrimonio se concretó ejecutando la sentencia en la provincia de Tierra del Fuego.

País	Argentina
Caso	Sisnero Mirta Graciela, Caliva Lía Verónica, Bustamante Sandra, Fundación entre Mujeres vs. TADELVA S.R.L. y otros s/ amparo
Tribunal	Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Ciudad de Salta, Provincia de Salta.
Fecha	18/11/2009
Tema	Trabajo productivo y reproductivo
Palabras clave	Discriminación laboral, cupo femenino, amparo colectivo

Una mujer, con licencia profesional de conductora, ante la imposibilidad de obtener un trabajo como chofer de transporte de pasajeros en la provincia de Salta donde ninguna mujer ejerce ese oficio, presentó junto con la Fundación Entre Mujeres un amparo colectivo para ser incorporada como chofer y para que se ordene cubrir un cupo de 30% de mujeres en el plantel. La demandada adujo diversos argumentos, incluyendo la libertad de

contratación, la falta de idoneidad de la aspirante y el argumento de que «es indiscutible que el hombre y la mujer no son iguales, y por más que a la mujer se le otorguen los mismos derechos como ser humano, físicamente son distintos lo que conlleva a una diferencia de tratamiento».

El juez hizo lugar al amparo colectivo en todos sus puntos, con los argumentos que se citan a continuación.

«La afirmación [de la empresa demandada], generalizada y muy arraigada, encierra una verdadera concepción discriminatoria, que se desarrolló desde tiempos inmemoriales en esta parte del mundo, denominada Occidente. Y es menester tener muy en claro, que una de las tantas formas en que se enmascara la violencia, es la discriminación. Discriminación, que tal como sostiene Muchembled, tenía su origen en un aspecto claramente definido: 'El volcán de las pasiones femeninas parecía imposible de extinguir'. Hacía falta reafirmar la posición masculina y acentuar lo más posible el temor de sí mismo, combinando la sexualidad, salvo la que se ejercía de manera moderada en el matrimonio cristiano, con las imágenes más traumatizantes. El grado de control personal de las funciones sexuales iba a convertirse lentamente en un elemento central de la definición de la naturaleza humana, sin abolir, la diferencia entre los sexos. (pág. 108, Historia del Diablo, Fondo de Cultura Económica, ed. 2003)¹⁹⁸».

Por otro lado, sostiene el juez que «se acentuó la hegemonía masculina con el derecho del marido a decidir la separación matrimonial en caso de necesidad. El adulterio femenino, mucho más castigado que el del hombre, condujo al encierro de estas mujeres en un convento, dejándose al esposo la libertad de hacer volver a la culpable, si él lo deseaba. La ley también ponía el acento de haber nacido de un matrimonio legal, para ejercer la sucesión de alguien. De una manera general, la ley ejercía una vigilancia creciente sobre las etapas femeninas del embarazo y el nacimiento... la reafirmación de la autoridad del Estado pasaba por la de los maridos sobre las mujeres y de los padres sobre los hijos. En esta situación, las nociones de pecado, de mala conducta, de crimen, adquirieron formas nuevas, muy diferentes de acuerdo con los sexos. (Muchembled op. cit. pág. 111)».

«Fácil es comprobar, basta ver la realidad circundante, y una muestra objetiva de ello, es la presente acción, que esa concepción medieval tiene clara vigencia hoy. O acaso, qué otra razón puede existir, frente al actuar difuso, etéreo, hasta sutil, de esa negativa solapada, encubierta, de las partes demandadas en autos, quienes salvo la excepción expuesta, con atajos, eluden dar trabajo a una persona que reúne, formalmente, en base a la

¹⁹⁸ Citado en el fallo.

documentación presentada, idéntica e igual idoneidad a hombres que conducen colectivos, por el solo hecho de ser mujer.»

«No deja de llamar la atención, que en otros países han sido mujeres las que han comandado hasta naves espaciales. Tarea, la que sí creo, debe resultar sumamente compleja por la innumerable gama de conocimientos que deben poseerse para tan difícil cometido. Ya en nuestro país, pude ver, de que son mujeres exclusivamente quienes conducen trolebús en la ciudad de Córdoba, es decir a unos 900 km. de esta ciudad de Salta, y en esta misma, los transportes privados de niños, son conducidos por mujeres. Si confiamos a ellas, la parte más importante de una sociedad, los niños, por qué no confiar a mujeres el transporte de adultos... Es preciso, en tal sentido, de que todos y cuanto uno, desde su lugar en este mundo, asuma como algo propio, la imperiosa e impostergable tarea de hacer efectiva la igualdad de género. Basta de violencia disfrazada, esta vez, bajo la discriminación. No existe, en tal sentido, más que una posición: estar por la inclusión, o de lo contrario, sea bajo formas más o menos intensas, por la exclusión del otro, es decir, ejerciendo violencia, que a la postre, no es nada más ni nada menos, que la negación del Estado de Derecho.»

País	Bolivia
Caso	Nº. 301199200710438
Tribunal	Tribunal de Sentencia 1, Cochabamba.
Fecha	17/01/2009
Tema	Violencia contra las mujeres. Derechos sexuales y derechos reproductivos
Palabras clave	Violencia sexual

El caso fue motivado por la comisión del delito de violencia sexual ejercida en contra de una mujer mayor de dieciocho años en fechas 31 y 1 de abril del 2007. Es pertinente señalar que de la revisión del proceso se puede evidenciar que el imputado fue acusado por la comisión del delito incurso en el Art. 308 ter. (Violación en estado de inconsciencia) y terminó siendo juzgado por el Art. 308 segunda parte del Código Penal. Asimismo, la persecución del delito no obstante haber sido seguida por el Ministerio Público, contó con la ayuda y colaboración, como acusación particular, de la institución «Oficina

Jurídica de la Mujer», que procedió en todo momento en la averiguación del proceso, en representación de la víctima.

Se tienen como hechos probados el acceso carnal (agresión sexual) y el uso de benzodiazepine. Sin embargo, pese a estas pruebas, el tribunal, en aplicación una vez más del Art. 37, por votación unánime concluye declarando al imputado autor de la comisión del delito de violación.

En los considerandos de la sentencia, se destaca que, como parte del desarrollo de la doctrina penal en delitos que atentan contra la libertad sexual, han sido recogidas en la legislación boliviana la «Convención Interamericana para prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer», conocida como la Convención de Belem do Pará – Brasil, así como la Ley 2033 o «Ley de Protección a las víctimas de delitos contra la libertad sexual», de fecha 29 de octubre de 1999, que consideran respectivamente que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer, en el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos y libertades. Se entiende como violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico tanto en el ámbito público como privado. Se incluye en el concepto de violencia contra la mujer la violencia física, sexual y psicológica. La Ley 2033 tiene como objeto proteger la vida, integridad física, psicológica, la seguridad y la libertad sexual de todo ser humano. En este sentido también se guían las investigaciones y la evolución de la doctrina penal contemporánea relacionadas con violencia sexual en contra de las mujeres, al señalar que es crucial comprender el rol que las violaciones tienen como instrumento de poder para doblegar a la mujer, subordinándola en una posición altamente vulnerable a otra gran variedad de expresiones de abuso y violencia.»

País	Chile
Caso	Rol N° 393-2008 María Ángela Salazar con Universidad San Sebastián
Tribunal	Corte de Apelaciones de Concepción
Fecha	09/01/2009
Tema	Trabajo productivo y reproductivo - Violencia contra las mujeres
Palabras clave	Discriminación en el empleo - Salud

María Ángela Salazar Soto, psicóloga, magíster en administración y decana de la facultad de psicología de la Universidad San Sebastián, interpuso una demanda laboral reclamando una indemnización de perjuicios por daño moral en contra de la Universidad. La demandante salió en licencia pre natal y al regresar al trabajo luego del post natal encontró que la facultad había sido fusionada junto con Trabajo Social y Sociología y que otras personas habían sido nombradas decana y director de la carrera de psicología. La universidad le ofreció otros cargos, que ella rechazó por disminuciones en las funciones, acceso a los recursos de la universidad y remuneración. Debíó recibir tratamiento psicológico.

La Corte hizo lugar a su reclamo basándose en que «la empleadora deliberadamente privó a la actora del cargo para el cual había sido contratada previo concurso público, designando a otra persona en su lugar, ignorando el compromiso adquirido con ella... La situación se torna más grave aún, atendidas las circunstancias que rodearon la decisión de la demandada de suprimir el cargo en cuestión, pues no se le dio aviso oportuno de la situación, exponiéndola a tener que encontrarse sorpresivamente con el hecho de que no sólo sus cargos habían sido entregados a otras personas, sino también el uso de la oficina que le había sido asignada, privándola del acceso a sus útiles habituales de trabajo, de la oportunidad de asumir funciones y, por ende, del debido desarrollo profesional que lleva implícito cualquier cargo académico, llegando al nivel de obligarla a tener que recurrir a la instancia administrativa para lograr el pago de las remuneraciones a las que por contrato tenía derecho... La ley ha puesto como límite a las facultades de administración del empleador el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, es decir, no se le priva de reorganizar la actividad productiva de que se trate como lo estime más conveniente o eficiente, pero ello debe efectuarlo sin el menor atropello a la dignidad de los trabajadores, resultando absolutamente innecesario para ello recurrir a todas las prácticas en que incurrió en el caso en estudio, tales como omitir información y enfrentar a una trabajadora de la jerarquía que presentaba la actora, esto es decana de una facultad, a la incomodidad y pesar de retornar a su trabajo y encontrarse con que su oficina había sido asignada a otro trabajador y que su cargo, simplemente no existía. Lo anterior cobra mayor gravedad al considerar que en el caso en estudio el derecho a administrar libremente la empresa se encontraba limitado por el derecho de la trabajadora aforada de conservar su trabajo... (por lo que) es posible concluir que se encuentra acreditado que la actora sufrió el daño moral que indica, consistente en el menoscabo

moral, no patrimonial, provocado por su empleadora no sólo por el hecho de suprimir el cargo para el cual fue contratada, sino por la forma en que ello se hizo y por las circunstancias que rodearon su supresión y siguieron a ésta, según ya se señaló, menoscabo que se traduce en la frustración natural que se provoca en una profesional al sustituirla sin explicación ni razón aparente alguna, ofreciéndole cargos alternativos creados, sin contenido acreditado. Se trata en la especie, de una situación en que resulta plenamente procedente el resarcimiento del daño moral pues, como se indicó, el incumplimiento contractual provocó una vulneración al debido resguardo o protección de bienes extrapatrimoniales de la actora, afectando, sin duda, su personalidad moral, su estabilidad emocional, su autoestima, prestigio, integridad moral, los que, entre otros, configuran la dignidad de la trabajadora, debiéndose en consecuencia, reparar el dolor o quebranto espiritual sufrido por ella.»

País	Chile
Caso	Rol N° 60-2009
Tribunal	Corte de Apelaciones de La Serena
Fecha	27/03/2009
Tema	Violencia contra las mujeres
Palabras clave	Violencia familiar – equidad de genero

Un hombre golpea a su hermana, tomándola del pelo y lanzándola al suelo le produce contusiones faciales. El Juzgado de Garantía de La Serena aprobó el término del juicio sobre lesiones menos graves cometidas en contexto de violencia intrafamiliar, mediante un acuerdo reparatorio consistente en disculpas públicas del agresor a su conviviente. Recurren la decisión argumentando que la salida alternativa es improcedente en casos de violencia intrafamiliar, según la Ley 20.066.

Para dictaminar la improcedencia del acuerdo reparatorio, la Corte estimó que «esta disposición legal, como se advierte, contiene un amplio concepto de ‘violencia intrafamiliar’ en la cual quedan comprendidas todo tipo de agresiones –físicas o psíquicas– que pudieren ser constitutivas, eventualmente, de diversos delitos como homicidios, lesiones, o ilícitos de

carácter sexual, conclusión que se desprende de diversas disposiciones, como por ejemplo, de su artículo 16, cuando señala que las medidas accesorias indicadas en el artículo 9 serán aplicadas por los tribunales con competencia en lo penal, cuando el delito constituya un acto de violencia intrafamiliar, sin perjuicio de las sanciones principales y accesorias que correspondan al delito de que se trate. Todo ello, entonces, hace concluir que la norma prohibitiva contenida en el artículo 19 ya transcrito, se refiere a toda clase de delito que importe una violencia intrafamiliar, y no sólo al específico tipificado en su artículo 14 (delito de maltrato habitual)... dicha norma prohibitiva tiene su razón de ser, entre otras consideraciones, como se desprende de las actas legislativas de discusión, en el cuestionamiento que se hizo del eventual «consentimiento» que en los acuerdos reparatorios podría verse forzada la víctima a otorgar, dada su condición de tal, situación que se une a la relevante circunstancia de ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad, de manera que siempre existirá un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal en los actos ilícitos que horaden de cualquier forma su integridad. Por lo demás, se debe también tener presente que el objeto de la ley en estudio es el de prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma.»

País	Chile
Caso	RIT C-2772-2007 Orlando Contreras con Hermelinda Garrido
Tribunal	Corte de Apelaciones de Antofagasta
Fecha	07/07/2009
Tema	Familias -Trabajo productivo y reproductivo
Palabras clave	Divorcio y equidad de género

Un hombre demanda el divorcio unilateral por cese de convivencia, petición a la que la mujer contesta solicitando compensación económica. El tribunal de primera instancia concede el divorcio sin derecho a compensación. La Corte Suprema, declarando el derecho de la mujer, confirma fallo de alzada que revoca el de primera, concediendo compensación económica.

Para reconocer este derecho, la Corte tuvo en cuenta que «debe reflexionarse sobre la base de la lógica y la experiencia, el significado o contenido del cuidado de su hija y las labores propias del hogar común, que en términos sociales siempre ha sido ignorado, sin entregarle el lugar que corresponde dentro de la actividad humana; más aún en países subdesarrollados cuyas funciones propias de crianza y cuidado de los hijos se supe y se disemina en distintas personas como vecinos, familiares cercanos, normalmente abuelos, a veces empleados domésticos o trabajadores de casa particular; por lo tanto, la apreciación exacta de esta idea se ve obnubilada frente a la mujer que se hace responsable en la crianza y labores propias del hogar común. En consecuencia, probado que sea el hecho de la crianza y establecimiento, o la dedicación a las labores del hogar, surge indefectiblemente la consecuencia del deterioro en el desarrollo del individuo, porque se ha impedido real o materialmente una actividad destinada al enriquecimiento personal para obtener conocimientos o destrezas que permitan, por ejemplo oportunidades más beneficiosas o un desenvolvimiento independiente, por tanto, el deterioro adviene de todas maneras en la medida, que el dedicarse a trabajar y criar a su hija hasta que ésta tuvo diecisiete años, y a las labores del hogar común no le ha permitido brindarse enriquecimiento personal, sea continuando sus estudios, perfeccionándose, fortaleciendo su capacidad intelectual que le permitiría un trabajo remunerado, beneficios previsionales, más aún si se trata de una mujer que contrajo matrimonio a los dieciocho años de edad y desde esa fecha comenzó a criar a su hija... lo que significa que por veinticinco años debió dedicarse a realizar labores propias del hogar y una actividad de crianza y responsabilidad, lo que indiscutiblemente le ha producido un deterioro en su desarrollo personal que requiere ser indemnizado en una suma de dinero. En conclusión, de acuerdo al razonamiento efectuado, probada la existencia de la hija en común, es evidente e indiscutible el deterioro personal y el desgaste de la madre».

País	Colombia
Caso	Sentencia C-029/09. M.P: Rodrigo Escobar Gil
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	28/01/2009
Tema	Identidad y desarrollo de la libre personalidad - Familias
Palabras clave	Parejas del mismo sexo

En este fallo la Corte Constitucional estudió la exequibilidad de varias disposiciones legales que establecen beneficios y cargas para las parejas heterosexuales, y que no se aplican a las parejas del mismo sexo, estableciendo que todas las parejas gozan de los mismos derechos, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales, pues tienen de igual forma un proyecto de vida en común, con asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes. Debido a lo anterior, la Corte encontró una discriminación que contraría la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 13, por lo que se procedió a excluir la interpretación violatoria del derecho fundamental a la igualdad de trato y en consecuencia declaró la exequibilidad condicionada de las normas impugnadas, en el sentido de que todas esas disposiciones, comprenden también, en igualdad de condiciones a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

La Corte Constitucional no se pronunció sobre la expresión «familia» o «familiar» contenida en varias de las disposiciones acusadas, por cuanto consideró que en la demanda no se sustentaba de manera específica y suficiente que estos conceptos estuvieran en contravía de la Carta Política, además porque en esencia, su estudio no resultaba determinante para resolver el problema jurídico planteado.

El desarrollo de la sentencia reitera la línea jurisprudencial según la cual: «en Colombia, la jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales y avanzar gradualmente en la atención de la situación de quienes se encuentren en situación de marginamiento; y, (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables sólo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente».

«Destaca la Corte que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, está proscrita, y da lugar a un escrutinio estricto, toda discriminación que se origine en la orientación sexual de las personas, y que ello se predica no sólo

de las personas individualmente consideradas sino también en el ámbito de su relaciones de pareja, pero, advierte que, al mismo tiempo, no toda diferencia de trato entre parejas heterosexuales y homosexuales puede tenerse como discriminatoria *per se*, ni considerarse fundada en la orientación sexual de las personas, en la medida en que puede surgir de las diferencias que existen entre unas parejas y otras».

Asimismo, en concordancia con pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional, la Corte encontró que la totalidad de las disposiciones acusadas entrañaban una discriminación de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, como proyecto de vida en común, con asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes. Estas disposiciones desconocían reiterada jurisprudencia que establece que las parejas gozan de los mismos derechos y beneficios y tienen las mismas cargas, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales. Reiteró que según se estableció en la sentencia C-075 de 2007, si bien pueden existir algunas diferencias entre las parejas heterosexuales y las conformadas por personas del mismo sexo, ambas representan un mismo valor y una misma dignidad, de lo que derivan unos requerimientos análogos de protección.

Teniendo en cuenta que los apartes de las normas acusadas establecen regulaciones que tienen como destinatarias a las parejas heterosexuales sin comprender a aquellas conformadas por personas del mismo sexo, la Corte encontró que iban en contravía del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 13 Superior. Por esta razón, la Corte resolvió la exequibilidad condicionada de las normas en el entendido de que el alcance de las disposiciones demandadas debe contener, en igualdad de condiciones, también a las parejas conformadas por personas del mismo sexo, pues cualquier interpretación contraria resulta violatoria del derecho fundamental a la igualdad de trato, es inconstitucional, y por lo tanto, inadmisibile.

País	Colombia
Caso	Sentencia T 911/ 2009
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	07/12/2009
Tema	Identidad y desarrollo de la libre personalidad - Familias
Palabras clave	Parejas del mismo sexo, derecho a la igualdad y no discriminación

En esta sentencia se resuelve una tutela interpuesta por un ciudadano contra el Instituto de Seguros Sociales, por considerar que éste había vulnerado sus derechos a la intimidad y el buen nombre, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, a la igualdad, y a la seguridad social, al desconocerle aquél la pensión de sobreviviente que recibía su compañero permanente, de quien alegó, dependía económicamente. En su lugar, esta le fue otorgada a su hijo aduciendo el Instituto que «la posibilidad de conformar sociedades patrimoniales de hecho entre dos personas del mismo sexo, de conformidad con lo previsto en las Leyes 54 de 1990 y 979 de 2005 y según lo decidido en la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional, no podía extenderse al régimen general de pensiones a efectos de dar lugar al reconocimiento de la sustitución pensional».

Frente a esta decisión, la Corte, reiteró «la línea jurisprudencial trazada por esta corporación a través de las sentencias C-075 y C-811 de 2007, C-336 y C-798 de 2008 y C-029 de 2009, sobre varias de las cuales se ha efectuado una detenida referencia, son claramente contestes en su argumentación: En primer lugar, vista la recurrente situación de discriminación de la que tradicionalmente han sido objeto en nuestra sociedad las personas homosexuales, que hasta hace poco tiempo fue incluso avalada de manera implícita por el Estado y la mayoría de las instituciones sociales, reitera que dicha discriminación es inaceptable a la luz de lo establecido en la Constitución Política; en segundo término, de cara a la proliferación de normas que establecen derechos y obligaciones en cabeza de los integrantes de parejas

no casadas»¹⁹⁹, pero que resultaban o parecían redactadas sólo para las parejas heterosexuales, se ha declarado la exequibilidad condicionada de varias de ellas, advirtiendo en cada uno de esos casos que su conformidad con la Constitución depende del hecho de que se entiendan también comprendidas dentro de los sujetos de quienes tales derechos y obligaciones se predicán, las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo. (...)

«Debe en todo caso anotarse que la proscripción de la discriminación contra las personas homosexuales y las parejas por ellos conformadas, así como las decisiones de exequibilidad condicionada que por decisiones mayoritarias de esta corporación se han adoptado, no implican para tales personas una posición de privilegio o prelación comparable a la que la jurisprudencia reconoce a las personas de la tercera edad, a los discapacitados o a los niños, sino apenas, que no es poca cosa, el pleno reconocimiento de su condición de ciudadanos, con derechos y obligaciones de igual importancia y efecto, y con idénticas oportunidades de acceso y reconocimiento que los de las personas que no comparten esa misma orientación sexual, es decir los heterosexuales».

Asimismo, trajo la jurisprudencia que ha establecido que la vía para probar la unión marital de hecho, por ejemplo para el caso de reclamar la sustitución pensional, «es la necesidad de realizar una declaración ante notario, expresando la voluntad de conformar una familia de manera permanente», diligencia que el fallecido pensionado nunca adelantó.

Sin embargo, para el caso concreto anotó que «no es posible invocar en este caso los derechos resultantes de la sentencia C-336 de 2008, por la cual esta corporación condicionó la exequibilidad de las normas sobre pensiones de sobrevivientes al hecho de que se aceptara su aplicación frente a parejas conformadas por dos personas del mismo sexo, teniendo en cuenta que dicha sentencia se produjo con posterioridad al fallecimiento del señor José Valdemar Sánchez Prada, ocurrido el día 6 de julio de 2007».

En conclusión la Corte afirmó «(...) las decisiones que pusieron fin a la actuación administrativa adelantada ante el Instituto de Seguros Sociales

¹⁹⁹ La primera de estas normas es la Ley 54 de 1990 «por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes», la cual se expide en procura de dar respuesta a la amplia extensión del fenómeno social de la unión libre, necesidad que varias décadas atrás había registrado ya la jurisprudencia nacional. Meses después de la expedición de esta ley, la promulgación de la Constitución de 1991, cuyo artículo 42 establece que «la familia (...) se establece por vínculos naturales o jurídicos o por la voluntad responsable de conformarla», consagra la plena igualdad de derechos entre ambas formas de familia, lo que explica que la mayoría de las leyes expedidas a partir de entonces que consagren derechos, obligaciones o regulen situaciones jurídicas relacionadas con los cónyuges, aludan también, en pie de igualdad, a los compañeros permanentes. Finalmente, frente a las normas que no incluyan esta equiparación, y especialmente frente a las expedidas antes de la vigencia de la Ley 54 de 1990 y de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha declarado en varios casos su exequibilidad condicionada, en el entendido en que se consideren igualmente aplicables a los compañeros permanentes.

sustentaron la negativa en el no lleno del requisito sobre declaración ante notario al cual se condicionó el reconocimiento de este derecho, y no en la imposibilidad de aplicar al caso concreto la decisión contenida en la referida sentencia C-336 de 2008» por lo tanto «entiende la Corte que tales decisiones aplicaron adecuadamente, y en lo pertinente, la esencia de la normatividad y la jurisprudencia vigentes para la fecha en que se habría consolidado el derecho pretendido, y que en tal medida la entidad demandada no incurrió en ninguna actuación vulneratoria de los derechos fundamentales del señor Corredor Palacios».

País	Colombia
Caso	Sentencia T-388/2009
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	28/05/2009
Tema	Derechos sexuales y derechos reproductivos – Violencia contra las mujeres
Palabras clave	Aborto, derechos sexuales, educación sexual.

En esta sentencia la Corte Constitucional resuelve una acción de tutela interpuesta por una ciudadana embarazada, víctima de una violación, contra un Juzgado que conoció de su solicitud de amparo para que el sistema de salud le practicara una interrupción voluntaria del embarazo- IVE-, ante lo cual el Juzgado objetó conciencia y resolvió la solicitud de manera negativa con fundamento en sus creencias religiosas personales.

Reiterando el fallo de constitucionalidad anterior en el que declaró la procedencia de la IVE en las tres casuales y la argumentación que la llevó a tal conclusión, la Corte consideró que quedaba claro que «el juez a quo obró de manera por entero incompatible con lo dispuesto con la normatividad vigente, primero, al negarse a conocer del trámite de la tutela invocada por motivos de conciencia y, luego, al denegar el amparo sobre la base de argumentos religiosos por entero inaceptables en un Estado social, democrático, participativo y pluralista de derecho como lo es el Estado colombiano (Art. 1º de la Constitución Nacional)».

La Sala advirtió que «por más profundas y respetables que sean las creencias religiosas de las autoridades judiciales en su ámbito personal, tales

autoridades no pueden abstenerse de tramitar y decidir un caso puesto a su consideración aduciendo motivos de conciencia y tampoco pueden decidir con fundamento en sus propias convicciones morales desconociendo la obligación en cabeza suya de decidir de conformidad con la normatividad vigente, la cual, como se indicó, comprende no sólo la ley, en sentido estricto, sino también la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia emitida en sentencias de control de constitucionalidad de las leyes y el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional cuando conlleva la infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C- 335 de 2008»

«En otros términos: está vedado a quienes ejercen jurisdicción dictar lo que deben efectuar las personas en materia de valoraciones morales o abstenerse de aplicar la normatividad vigente y expedida en armonía con lo dispuesto en la Constitución Nacional, porque la consideran incompatible con sus propias creencias religiosas, morales, culturales o ideológicas. Si lo hacen, podrían incurrir en la hipótesis prevista para que se configurara el delito de prevaricato por acción. Por consiguiente surge la posibilidad de ser sancionadas penal y disciplinariamente»

Además la Corte reconoció que «la solicitud efectuada por el médico ginecólogo encaminada a exigir orden judicial previa para proceder a efectuar la interrupción del embarazo constituye una práctica inadmisibles por entero contraria a la normatividad vigente».

En la resolución, además de amparar el derecho de la accionante, la Corte urgó «al Ministerio de la Protección Social así como al Ministerio de Educación Nacional, a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo para que de manera constante e insistente diseñen y pongan en movimiento campañas masivas de promoción de los derechos sexuales y reproductivos que contribuyan a asegurar a las mujeres en todo el territorio nacional el libre y efectivo ejercicio de estos derechos y, en tal sentido, el conocimiento de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 así como lo desarrollado en la presente providencia y hagan el debido seguimiento de tales campañas para poder constatar su nivel de impacto y eficacia. Que estas campañas se enfoquen a transmitir información completa sobre la materia en términos sencillos, claros y suficientemente ilustrativos».

Asimismo, instó «a la Superintendencia Nacional de Salud para que adopte las medidas indispensables con el fin de que las EPSs e IPSs– independientemente de si son públicas o privadas laicas o confesionales– cuenten con las personas profesionales de la medicina y el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 sin incurrir en exigencias adicionales inadmisibles - como las enumeradas por esta Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia – cuya existencia obstaculiza la puesta en práctica de los derechos constitucionales fundamentales de las mujeres».

País	Ecuador
Caso	Acción Extraordinaria de Protección Partido Renovación Institucional Acción Nacional
Tribunal	Corte Constitucional
Fecha	05/05/2009
Tema	Participación y acceso a espacios de decisión
Palabras clave	Participación política, elecciones, paridad

La representante del Partido Renovación Institucional Acción Nacional PRIAN Mady Elena Gallardo Cadena interpuso una acción extraordinaria de protección contra la sentencia del Tribunal Contencioso Electoral que rechazó la lista de candidatos del PRIAN a concejales para el cantón de Tosagua por no cumplir con el requisito de equidad de género.

La decisión se fundamenta en el carácter obligatorio de los mandatos constitucionales de paridad y alternabilidad que deben regir el sistema electoral, «por lo que la interpretación realizada por la accionante del artículo en referencia, atribuyéndole una connotación de posibilidad y no obligatoriedad del principio de alternabilidad, es contraria a la voluntad del constituyente, que precisamente para hacer efectivo el principio de no discriminación, adoptó regulaciones con contenidos de discriminación positiva en beneficio de la mujer, en procura de una participación política equitativa, manteniendo así la conformidad de la legislación interna con las disposiciones contenidas en tratados internacionales ratificados por

Ecuador...Por lo tanto, la omisión del Estado ecuatoriano en relación a la adopción de medidas efectivas para eliminar la discriminación, implicaría una afcción de los derechos constitucionales a la participación política de la mujer».

País	Perú
Caso	Exp. N 01575-2007-PHC/TC
Tribunal	Tribunal Constitucional
Fecha	20/03/2009
Tema	Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos. Identidad y Desarrollo de la Libre Personalidad
Palabras clave	Cárceles, diversidad sexual

La demandante, quien se encuentra detenida, interpuso una demanda contra el Decreto Legislativo N° 927, que suspendió el derecho a recibir visitas íntimas a las detenidas por el delito de terrorismo. Ante el rechazo de la demanda en sede ordinaria, recurrió la sentencia ante el Tribunal Constitucional, argumentando que el Decreto vulnera los derechos fundamentales a la integridad personal y a la no discriminación en razón del género. El Tribunal hizo lugar al reclamo.

Entre los múltiples argumentos desarrollados por el Tribunal, se describe a los deberes del Estado en relación al régimen penitenciario no sólo como «el deber negativo de abstenerse de llevar a cabo prácticas que afecten innecesariamente el ejercicio de los derechos fundamentales de los internos, sino que también asume el deber positivo de adoptar todas las medidas necesarias y útiles para garantizar la efectividad real de aquellos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos plenamente aun bajo condiciones de reclusión...En este contexto este Tribunal estima que las visitas de familiares y amigos a los internos, particularmente la visita íntima, constituyen un importante instrumento para garantizar la función resocializadora de la pena y la finalidad rehabilitadora del tratamiento penitenciario. Por esta razón el Estado asume el deber positivo de lograr que todos los establecimientos penitenciarios del país cuenten con las

instalaciones apropiadas (privadas, higiénicas y seguras) para permitir la visita íntima.»

En relación al derecho internacional y el derecho de las personas privadas de la libertad, manifiestan los jueces en la sentencia que «es de especial relevancia constatar que a diferencia de otros grupos de especial protección, sobre los cuales se han adoptado tratados internacionales específicos (niños, mujeres o minorías étnicas, entre otros), en el caso de las personas privadas de la libertad, el sistema internacional solamente ha emitido resoluciones no convencionales sobre la materia (lo que) lleva a que la fuente jurídica para su protección constituya el núcleo duro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos...El Tribunal Constitucional es consciente de que el mayor número de violaciones a los derechos humanos que se cometen en el mundo tiene que ver precisamente contra las personas privadas de libertad, sea esto en establecimientos penitenciarios y en estaciones policiales pero también en hospitales, centros psiquiátricos y zonas de detención». La sentencia determina además que «la permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamenten en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad».

Las instituciones que integran la Articulación Regional Feminista de Derechos Humanos y Justicia de Género crearon en 2009 el Observatorio de Sentencias Judiciales de los Derechos de las Mujeres.

El Observatorio monitorea y difunde principalmente las sentencias de los tribunales superiores de justicia de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, con la convicción de que es fundamental pensar a nuestros respectivos países en el contexto de América Latina y compartir estrategias para la promoción de los derechos de las mujeres.

El objetivo del Observatorio es identificar en qué medida la justicia recibe y procesa los reclamos por el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres, en temas tales como participación política, trabajo, salud sexual y reproductiva, violencia, derechos civiles, entre otros.

Esta publicación presenta las principales decisiones del año 2009 incluidas en la base de datos del Observatorio de Sentencias Judiciales.

Visítenos en el sitio de Internet www.articulacionfeminista.org

La Articulación Regional Feminista es la alianza de organizaciones no gubernamentales y sociales de América Latina que trabaja coordinadamente por la promoción y defensa de los derechos humanos de las mujeres y la justicia de género.



MDG3Fund

