

amicus curiae

Corte IDH

Caso Manuela y otros

Vs. El Salvador



Marzo 2021

Centro de Estudios Legales y Sociales

CELS

Piedras 547, 1er piso
(C1070AAK) CABA, Argentina
tel (+5411) 4334-4200
consultas@cels.org.ar

cels.org.ar

Sr. Pablo Saavedra Alessandri
Secretario
Corte Interamericana de Derechos Humanos

Ref.: Caso Manuela y otros vs El Salvador.

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de la República Argentina se dirige a usted con el propósito de presentar un *Amicus Curiae* en el marco del caso *Manuela y otros vs El Salvador* que tramita ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Centro de Estudios Legales y Sociales es una organización no gubernamental dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos en la Argentina. Con este fin, el CELS ha desarrollado una variada y cuantiosa labor desde su fundación en 1979. Entre nuestras prioridades siempre han tenido prevalencia las actividades vinculadas al litigio y el seguimiento de causas judiciales debido a que es un objetivo central de la institución promover e impulsar la utilización de los tribunales para garantizar la plena vigencia de los derechos y garantías que la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes de la Nación, así como los que surgen de los tratados internacionales ratificados por Argentina. En este sentido, el CELS ha elaborado una vigorosa agenda destinada a promover y proteger los derechos humanos a través de la presentación, en forma autónoma o conjunta, en numerosos casos testigo ante diversas instancias nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos.

El recorrido del CELS en el tema de la salud sexual y reproductiva fue creciendo de manera constante alrededor de la promoción del derecho al aborto a través de tres líneas principales de trabajo: la garantía del acceso al aborto que es legal desde 1921 bajo un sistema de causales, la incidencia para la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo con un esquema de plazos, que es legal desde enero pasado, y el acceso a los métodos recomendados por la OMS, más seguros y efectivos, para interrumpir un embarazo

El CELS también ha desarrollado líneas de trabajo en materia de acceso igualitario y sin discriminación a la justicia, tanto en el plano nacional como en el internacional. Ello ha incluido temáticas como la criminalización selectiva de mujeres y personas con capacidad de gestar luego de atravesar un aborto u otro evento obstétrico, las condiciones de privación de libertad de mujeres en encierro psiquiátrico o penitenciario, el acompañamiento psico-jurídico de situaciones específicas de violencia de género, entre otras. El CELS ha intervenido como *amicus curiae* en diversos procesos judiciales en que mujeres son criminalizadas luego de buscar atención médica post-aborto y actualmente estamos en proceso de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por un caso de violencia de género, el paradigmático caso de Ivana Rosales.

Como se puede observar, el caso de Manuela se inscribe dentro de nuestra área de preocupación y trabajo, ya que lo que se encuentra bajo tratamiento es la plena vigencia de los derechos sexuales y reproductivos de una mujer que se ha visto criminalizada penalmente por requerir atención médica en una emergencia obstétrica.

El objetivo del *amicus curiae* es presentar a la Corte Interamericana una perspectiva de género y sobre violencia obstétrica que consideramos necesarios para este caso, considerando estándares de mecanismos internacionales de derechos humanos, así como estudios realizados por expertes. Nuestra presentación tiene tres ejes: (i) el estigma, los estereotipos de género y la discriminación que sufren las mujeres cuando son criminalizadas de la forma que fue la víctima de este caso; (ii) la restricción desproporcionada de la garantía de confidencialidad de la atención médica de la que fue víctima Manuela a la luz de la CADH; (iii) el impacto desproporcionado en mujeres y su familia por la privación de libertad de mujeres.

Es importante resaltar que este *amicus curiae* está escrito en lenguaje no binario. Invitamos a la Corte Interamericana utilizar este lenguaje, no sólo para este caso, sino para todas sus sentencias y documentos de trabajo.

I. El estigma, estereotipos y discriminación a personas por emergencias obstétricas

La penalización del aborto empuja a personas con capacidad de gestar al dilema real y concreto de salvar su vida con la posible consecuencia de enfrentar un proceso penal. Esto conlleva en sí mismo un cuadro de violación a los derechos humanos. A su vez, genera una percepción moral sumamente negativa de la práctica que solidifica tal cuadro, condenando a personas con capacidad de gestar a la clandestinidad y a los y las profesionales de la salud que quieren garantizar derechos a la persecución por pretender hacerlo.

El estigma frente al aborto ha sido conceptualizado por Kumar, Hessini y Mitchell¹ como “*atributo negativo asignado a las mujeres que buscan terminar un embarazo que las marca interna y externamente como inferiores al ideal de mujer*”. En tal sentido, entienden que el estigma vinculado al aborto alcanza varios niveles: en la opinión pública sobre el aborto; a nivel institucional: en las lógicas institucionales de los servicios de salud que excluyen o separan la prestación de abortos de otros servicios, o las currículas universitarias que excluyen la formación profesional sobre el aborto también son creadoras de estigma. Así como también a nivel de la comunidad. El miedo al rechazo o a la condena por parte de la comunidad de pertenencia funciona para que muchas mujeres aborten en soledad, sin animarse a buscar apoyo en su entorno y a nivel individual, considerando el impacto del estigma a nivel psicológico y emocional de la mujer que interrumpe un embarazo.

En tal sentido, con referencia a los autores citados, Lamas señala que

los estigmas se crean sobresimplificando y el del aborto no es una excepción. Calificar de criminales a las mujeres que interrumpen un embarazo no deseado y a los profesionales que las atienden es parte de las estrategias deslegitimadoras de los grupos fundamentalistas que se cobijan bajo las enseñanzas dogmáticas de la Iglesia católica. Estigma e injusticia van de la mano. De nada sirve que se muestre que la penalización del aborto recae en las mujeres más pobres y vulnerables, ya que las que tienen recursos abortan ilegalmente en condiciones seguras. **Kumar, Hessini y Mitchell lo dicen muy bien: Además de ser un proceso de desacreditación social, el estigma es un indicador de profundas desigualdades sociales.**²

¹ Kumar A, Hessini L, Mitchell EM. Conceptualising abortion stigma. *Cult Health Sex.* 2009; 11(6):625-39.

² Lamas, Marta «Entre el estigma y la ley: La interrupción legal del embarazo en el DF.» *Salud Pública de México* Vol. 56, 2014: 56-62. El resaltado nos pertenece.

Hay una condena de antemano impuesta por el estigma del aborto y pesa sobre Manuela en todo momento: no se cree en su palabra, se la considera adúltera y asesina y se la castiga por apartarse de un supuesto destino y del instinto femenino de maternar.

El mismo 27 de febrero de 2018 al ingresar al hospital en pos de recibir atención médica de urgencia se inicia la causa penal en su contra. Es la propia médica que la recibe a Manuela quien realiza la denuncia. Manuela fue detenida aún convaleciente en el centro de salud al considerar que hay flagrancia en el delito de homicidio.

Ella estaba grave y requería atención médica, pero el estigma vinculado a la práctica del aborto y los estereotipos de género la señalan y la colocan en un lugar de sospecha. La médica, violando el secreto profesional y el deber de confidencialidad, sobre el cual ahondaremos más adelante, al declarar ante la policía a pocas horas de atenderla, refiere que realizó la denuncia ya que *“La paciente no dio datos de concordancia con el cuadro clínico, ya que la paciente fue atendida por aborto, y al examinarla (...) se observó la salida del cordón unvilical (sic) más o menos cuarenta centímetros de largo, con cortez (sic) limpio y desgarre perianal (...) observó la placenta de la paciente calcificada (...)”*³. En el resumen de la historia clínica de Manuela se realizan consideraciones sobre su vida privada que nada tienen que ver con la atención médica. Así, el director del hospital escribe en la epicrisis *“(...) menarquia a los 13 años, inicio de relaciones a los 22 años no métodos de planificación sin enfermedades de transmisión sexual, última citología hace 5 años, refiere paciente que embarazo es producto de infidelidad”*⁴.

El estigma ligado a la práctica del aborto condenó a Manuela, así como lo hace actualmente con las personas con capacidad de gestar en El Salvador a poner en riesgo sus derechos a la salud y a la vida ante el riesgo de ser criminalizadas. Este estigma empezó desde que ingresó al hospital y no fue atendida de emergencia, a pesar que tenía una clara emergencia obstétrica, y le siguió hasta que falleció debido a la falta de atención médica. Manuela fue condenada por un estigma, no por ser culpable de un delito.

La violencia y discriminación a la que son expuestas las mujeres en el sistema de salud, especialmente cuando se trata de su salud sexual y reproductiva, no es tampoco una novedad. El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la discriminación contra las mujeres ha alertado en más de una ocasión por las situaciones de discriminación y el tratamiento humillante en los centros de salud, donde las mujeres *“con demasiada frecuencia son sometidas a un trato degradante y a veces violento”*⁵. Mientras, la Relatora Especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer ha subrayado que este maltrato y violencia es *“parte de una forma continuada de las violaciones que se producen en el contexto más amplio de la desigualdad estructural, la discriminación y el patriarcado”*, que experimentan mujeres y niñas cuando buscan atención de salud sexual y reproductiva⁶.

Esta situación viene siendo objeto de preocupación por parte de la comunidad internacional desde hace ya más de 20 años. La Recomendación General 24 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (en adelante, “Comité CEDAW”) sobre la mujer y la salud coloca énfasis en la obligación de los Estados Partes de respetar el acceso de la mujer a los servicios médicos y de abstenerse de *“poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para*

³ CIDH, Informe No. 153/18, Caso 13.069. Fondo. Manuela y Familia. El Salvador. 7 de diciembre de 2018, párrafo 39.

⁴ CIDH, Informe No. 153/18, Caso 13.069. Fondo. Manuela y Familia. El Salvador. 7 de diciembre de 2018, párrafo 52.

⁵ Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, A/HRC/32/44, 8 abril 2016, par. 30

⁶ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, “Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica”, A/74/137, 11 julio 2019, par. 9.

conseguir sus objetivos en materia de salud”⁷. El Comité CEDAW explica que “el acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a la mujeres que se someten a dichas intervenciones”⁸. En tanto el aborto es una intervención médica que solamente necesitan las mujeres, se ha recomendado a los Estados Partes que “[e]n la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos”⁹. Recordamos que El Salvador es Estado Parte de este tratado.

Del mismo modo, el estigma y los estereotipos de género se encuentran presentes en el proceso penal en su contra. La detención se realiza sin orden judicial alguna, siendo aprehendida en flagrancia (aunque la flagrancia no era tal), sin haberle explicado los motivos de la detención y sus derechos y garantías y sin contar con un defensor de oficio.

En el cruel dilema “cárcel o muerte” es utilizado su cuerpo como prueba del delito.

Las consecuencias de los estereotipos de género en los procedimientos judiciales ya han sido trabajadas por la Corte IDH¹⁰ y ha señalado que es “[e]n una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”¹¹ y que “los estereotipos de género que son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y respecto de los cuales los Estados deben tomar medidas para erradicarlos”¹².

En el caso Espinoza González la perita Rebeca Cook afirmó que “[l]a caracterización de la mujer sospechosa de actividad criminal como una ['] chica mala ['] permite negarles su madurez y humanidad y así eximir de responsabilidad [a] las personas responsables de su custodia”, señalando que entre las características que suelen atribuirse a las mujeres sospechadas de haber cometido delitos se incluyen “ser asertivas, manipuladoras, carecer de credibilidad y tendencia a desafiar a la autoridad”¹³. Añadió que “[l]os jueces que comparten estereotipos de género similares acerca de las mujeres consideradas sospechosas consecuentemente puede[n] provocar que la decisión de su inocencia o culpabilidad no se fundamente en evidencia apropiada, o incluso se les puede imponer castigos más severos que a las mujeres sospechosas que se someten a la autoridad masculina”¹⁴. En vista de lo anterior, la Corte, en este caso, reconoció y rechazó el estereotipo de género por el cual se considera a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito como intrínsecamente no confiables o manipuladoras, especialmente en el marco de procesos judiciales. Al respecto, la Corte refirió que valoraciones de esta naturaleza muestran “un criterio discrecional y discriminatorio con base en la situación procesal de las mujeres [...]”¹⁵.

⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general No. 24, La mujer y la salud (artículo 12), UN Doc A/54/38/Rev.1, 1999, párrafo 14.

⁸ Comité CEDAW, Recomendación general No. 24, párr. 14.

⁹ Comité CEDAW, Recomendación general No. 24, párr. 31(c).

¹⁰ Corte IDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C 289.

¹¹ Corte IDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C 289, párr. 268.

¹² Corte IDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C 289, párr. 268.

¹³ Corte IDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C 289, párr. 272.

¹⁴ Corte IDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C 289, párr. 272.

¹⁵ Corte IDH, Caso Espinoza González vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C 289, párr. 272.

Esto es lo que exactamente le sucedió a Manuela en el proceso penal que culminó con su condena.

En la acusación de la fiscalía se incorporó una declaración de la investigadora del caso de Manuela en el que se indica que el bebé muerto era un varoncito bien formado que cualquier mujer o madre lo hubiera querido con amor¹⁶. Asimismo, en el informe de la médica que la fiscalía incorporó al proceso se hizo constar que el embarazo de Manuela era producto de una infidelidad mostrando esto como indicio de que el aborto fue voluntario¹⁷. Igualmente, la policía hostigó a sus familiares por tener una “hija criminal, infiel y asesina”¹⁸.

En los fundamentos de la sentencia condenatoria a la pena de 30 años se observan nítidamente prejuicios y estereotipos de género, encontrándose fuertemente presente en la “tinta” de la sentencia el estigma. Así, a modo de ejemplo, refiere:

(...) Que la imputada al dar varias versiones inconsistentes e inverosímiles a la luz de la lógica y la medicina, **ha creado en la mente del juzgador las posibles motivaciones que aquella tuvo para tratar de ocultar el hecho que había cometido, primero, sabía de su embarazo y que este era producto de una infidelidad, pues era casada; por lo que teniendo capacidad de elección entre tenerlo, cuidarlo, alimentarlo y vivir por él como naturalmente lo haría cualquier madre biológica, optó por un comportamiento contrario a la naturaleza misma y a las exigencias del ordenamiento jurídico al que estamos sometidos, y así esperó dar a luz al bebé para luego deshacerse de él arrojándolo ella misma a la fosa séptica.**¹⁹

Luego, continúa. “(...) en el presente caso la imputada en su afán de querer desprenderse del producto del embarazo, luego del parto, pues **era producto de una infidelidad**, y ante la irresponsabilidad paterna advertida de parte del padre biológico, es que con **todo conocimiento al verlo vivo, buscó de forma consciente el medio y el lugar idóneo para hacerlo desaparecer** (...) y en este caso **resulta más reprochable que tal conducta provenga de una madre hacia su propio hijo**”²⁰.

En su oportunidad, el Comité CEDAW ha expuesto que,

“...El derecho penal es particularmente importante para garantizar que la mujer puede ejercer sus derechos humanos, incluido su derecho de acceso a la justicia, sobre la base de la igualdad. Los Estados partes están obligados, en virtud de arts. 2 y 15 de la Convención, a asegurar que las mujeres cuenten con la protección y los recursos ofrecidos por el derecho penal y que no estén expuestas a discriminación en el contexto de esos mecanismos, ya sea como víctimas o perpetradoras de actos delictivos. Algunos códigos y leyes penales y/o códigos de procedimiento penales discriminan contra la mujer: a) tipificando como delitos formas de comportamiento que no son delitos ni son punibles con el mismo rigor que si fueran realizados por hombres, b) tipificando como delitos comportamientos que sólo pueden ser realizados por mujeres, como el aborto, c) evitando penalizar o actuar con la debida diligencia para prevenir y proporcionar recursos por delitos que afectan desproporcionada o únicamente a las mujeres, y d) encarcelando a mujeres por delitos leves y/o incapacidad para pagar la fianza por dichos delitos”²¹.

¹⁶ CIDH, Informe No. 153/18, Caso 13.069. Fondo. Manuela y Familia. El Salvador. 7 de diciembre de 2018, párrafo 13.

¹⁷ CIDH, Informe No. 153/18, Caso 13.069. Fondo. Manuela y Familia. El Salvador. 7 de diciembre de 2018, párrafo 13.

¹⁸ CIDH, Informe No. 153/18, Caso 13.069. Fondo. Manuela y Familia. El Salvador. 7 de diciembre de 2018, párrafo 13.

¹⁹ CIDH, Informe No. 153/18, Caso 13.069. Fondo. Manuela y Familia. El Salvador. 7 de diciembre de 2018, párrafo 69. El resaltado es propio.

²⁰ CIDH, Informe No. 153/18, Caso 13.069. Fondo. Manuela y Familia. El Salvador. 7 de diciembre de 2018, párrafo 69. El resaltado es propio.

²¹ Comité CEDAW, Recomendación General N° 33 sobre acceso de las mujeres a la justicia. 3 de agosto de 2015. CEDAW/C/GC/33, párr. 47.

Asimismo, el Comité ha destacado también el hecho de que la mujer sufre discriminación en casos penales debido a lo siguiente: “a) falta de alternativas a la detención no privativas de la libertad que tengan en cuenta la perspectiva de género, b) imposibilidad de satisfacer necesidades específicas de las mujeres detenidas, y c) falta de mecanismos de examen independientes, de supervisión y que tengan en cuenta la perspectiva de género (...)”²².

En aquella recomendación dejó de manifiesto que “...**Las mujeres también resultan desproporcionadamente penalizadas debido a su situación** o condición, por ejemplo las mujeres que practican la prostitución, las mujeres migrantes acusadas de adulterio, las lesbianas, las bisexuales, las personas intersexuales **y las mujeres que se someten a abortos** o las mujeres que pertenecen a otros grupos que hacen frente a discriminación”²³.

El Comité CEDAW manifestó también que,

“Los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres. Pueden impedir el acceso a la justicia en todas las esferas de la ley y pueden afectar particularmente a las mujeres víctimas y supervivientes de la violencia. Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Con frecuencia, los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos. El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa...”²⁴.

En un reciente informe de varias organizaciones y expertes, incluido el CELS, sobre la criminalización por aborto y otros eventos obstétricos en la Argentina²⁵, observamos que “en la criminalización del aborto y de los eventos obstétricos opera como referencia moral la figura de la buena madre, a partir de la esencialización de la noción construida históricamente de instinto materno, entre otras estrategias discursivas que acompañan las prácticas criminalizantes. Es así que las biografías desde las miradas estigmatizadoras son consideradas desviaciones de lo normal, son castigadas y se construyen de forma moralizante como monstruosas -es frecuente leer descripciones morbosas en la prensa, en clave de horror y frialdad”²⁶.

Este estigma en contra de mujeres en El Salvador en ocasión de ser atendidas por emergencias obstétricas debe ser especialmente tenido en cuenta por la Honorable Corte IDH al momento de estudiar las violaciones en el presente caso y a la hora de dictar las reparaciones. De esta manera, con reparaciones especialmente diseñadas para hacer frente a la discriminación estructural en contra de mujeres, podrá tener un profundo impacto en la vida de millones de mujeres en El Salvador. A su vez, puede ser el puntapié para modificar prácticas estigmatizantes y discriminatorias en otros países de la región.

²² Comité CEDAW, Recomendación General N° 33, párr. 48

²³ Comité CEDAW, Recomendación General N° 33, párr. 49. El resaltado es propio.

²⁴ Comité CEDAW, Recomendación General N° 33, párr. 26.

²⁵ Informe “La criminalización por aborto y otros eventos obstétricos en la Argentina”. Autores: Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Centro Universitario San Martín (CUSAM), María Lina Carrera, Natalia Saralegui Ferrante y Gloria Orrego-Hoyos, 10 de diciembre de 2020. Disponible en <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2020/12/La-criminalizaci%C3%B3n-por-aborto-y-otros-eventos-obst%C3%A9tricos-en-la-Argentina20201228.pdf>

²⁶ Informe “La criminalización por aborto y otros eventos obstétricos en la Argentina”, pg. 8.

II. Vulneración de la confidencialidad en la atención médica. Una práctica arraigada de violación de derechos humanos

Los procesos penales originados en la violación de la garantía de confidencialidad en la atención médica de emergencias obstétricas no son una novedad. Muy por el contrario, y lamentablemente, son una constante que reflejan una política criminal inhumana, cargada de prejuicios y que desprecia los derechos de las personas gestantes.

En el caso de la Argentina, hasta antes de la legalización del aborto en diciembre de 2020, no eran pocos los casos en que las personas entraban a un centro de salud en búsqueda de atención médica post-aborto para salvar su vida o preservar su salud y salían de ellos con procesos penales a costas o directamente a la cárcel. Esto a pesar de que la legislación argentina protege la confidencialidad en la atención médica y que los tribunales de justicia han establecido en reiteradas ocasiones la nulidad de los procesos penales iniciados de esta forma.²⁷

En 1966 el Pleno de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal dictó sentencia en el caso Natividad Frías y estableció el estándar seguido por los tribunales penales hasta la actualidad. En el caso, una mujer que se había realizado un aborto inseguro y concurrido a un hospital público para salvar su vida fue denunciada por el personal de salud del hospital y sometida a proceso penal. El Pleno de la Cámara declaró la nulidad de lo actuado y fijó como doctrina del fuero que “no puede instruirse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que otro se lo causare, sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo - oficial o no”.²⁸ El razonamiento expresado en el plenario Natividad Frías ha sido ratificado durante décadas por los tribunales penales superiores del país.²⁹

Aunque estos procesos son nulos, ello no ha disuadido a fiscales y jueces de continuar con la práctica ilegal de instruir sumarios e impulsar sanciones penales a aquellas mujeres y personas gestantes que ven sus cuerpos heridos al sistema de salud para salvar su vida. Esta persistencia es producto de conceptos y valoraciones discriminatorias arraigadas en la sociedad y el aparato persecutorio estatal, en las que el estigma social sobre el aborto tiene especial relevancia y ha habilitado una serie de violencias en contra de mujeres de lesbianas, personas trans y no binarias cuando buscan atención de salud o quieren ejercer plenamente sus derechos sexuales y reproductivos.

El deber de confidencialidad en la atención de la salud es uno de los principios éticos fundamentales de la medicina que tiene sus orígenes en el juramento hipocrático y en el respeto de la autonomía de las y los usuarios de esos servicios. Si bien fue considerado desde la antigüedad como un deber ético, los sistemas jurídicos del mundo lo acogieron por su importancia como una obligación legal, en tanto es uno de los requisitos centrales en la provisión

²⁷ Para un estudio de la legislación y jurisprudencia argentina, ver <https://www.cels.org.ar/web/publicaciones/confidencialidad-en-la-atencion-medica-aborto-y-derechos-humanos/>

²⁸ Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal en Pleno, Frías, Natividad s/ aborto, 26 de agosto de 1966

²⁹ Cfr. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, Torres Molina, Elisa s/recurso de casación. 7/03/06, Causa n°: 4192, Registro n° 7277.4; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, Cotto, Claudia Gloria s/recurso de casación. 22/06/06 Causa n°6998, Registro n° 9065.1; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, A., G. Y. s/rec. de casación. 13/07/12, Causa n° 10193, Registro n° 20278; C.N.Crim. y Correc. Sala VII, Sequeiros, Ismael, 4/05/95 c. 2.748; C.N.Crim. y Correc. Sala IV, Ferrara, Claudia Felisa, 4/03/03 c. 19.383; C.N.Crim. y Correc. Sala IV, Torre Molina, Elisa, 28/04/03 c. 20.973; C.N.Crim. y Correc. Sala I, Katz, Gladys. 8/03/04 c. 21.925; C.N.Crim. y Correc. Sala IV, Ferrara, Claudia Felisa 19/03/04 c. 19.383; C.N.Crim. y Correc. Sala VI, Ayardu, Adriana. 8/02/05 c. 24.916; C.N.Crim. y Correc. Sala I, N.N. 28/11/06 c. 30.008; C.N.Crim. y Correc. Sala I, A., G. Y. 11/09/08 c. 34.553; C.N.Crim. y Correc. Sala V, C., E. C.11/08/09 c. 37.271; C.N.Crim. y Correc. Sala I, S., H. y otros. 9/11/10 c. 38.797; C.N.Crim. y Correc. Sala VI, V., R. E. s/procesamiento. 20180313 Interlocutorio c. 11.790/2017.

de servicios de salud. Su garantía efectiva es la única forma de que las personas tengan confianza suficiente en las y los profesionales de la salud que les atenderán.

Sin embargo, cuando se trata de casos de aborto o de una emergencia obstétrica, la confidencialidad parece apenas una sugerencia para los profesionales de la salud, que pueden simplemente desoír. Esto se nutre además de la equivocada percepción de que la confidencialidad –lo que se conoce también como “secreto profesional”– es un privilegio del personal de salud, como si fuera una prerrogativa del médico, de la cual puede disponer libremente. Si bien es cierto que el personal de salud tiene derecho a no responder cuando es interrogado, tiene derecho a guardar secreto, la confidencialidad en la relación de salud obstétrica es un derecho estatuido primordialmente a favor de las mujeres y personas gestantes usuarias del sistema de salud. La confidencialidad es una garantía en este tipo de casos a favor de la persona que se acerca en búsqueda de una atención médica, única habilitada para levantar la reserva de la información sobre su propio cuerpo.

La Organización Mundial de la Salud ha sido enfática al señalar la importancia del respeto de la garantía de confidencialidad y ha señalado que el temor de que no sea respetado “disuade a muchas mujeres, particularmente a adolescentes y solteras, de que busquen servicios de aborto legal y sin riesgos y puede conducirlos a proveedores clandestinos de aborto inseguro”³⁰. También el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la Salud alertó que “la no confidencialidad puede disuadir a las personas de buscar asesoramiento y tratamiento, con el consiguiente perjuicio para su salud y su bienestar. Así pues, los Estados están obligados a tomar medidas eficaces para garantizar la confidencialidad y la privacidad de los servicios médicos”³¹.

Mientras, entre las situaciones de abuso y maltrato que sufren las mujeres en el sistema de salud, el Relator Especial sobre la Tortura ha destacado “la denegación del acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención posaborto”, “las infracciones del secreto médico y de la confidencialidad en entornos de atención de la salud, como las denuncias de mujeres presentadas por personal médico cuando hay pruebas de la realización de abortos ilegales”, así como “la práctica de intentar hacer confesar a una mujer como condición para que reciba un tratamiento médico que podría salvar su vida después de un aborto”³².

Respecto de esta práctica, por ejemplo, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas exigió al Estado de Chile que “investigue y revise las condenas dictadas en las causas en las que se hayan admitido como prueba las declaraciones obtenidas mediante coacción en estos casos y tome las medidas correctivas pertinentes, en particular la anulación de las condenas”³³. Respecto de Chile también, el Comité de Derechos Humanos advirtió que “la obligación legal impuesta al personal de salud de informar sobre los casos de mujeres que se han sometido a abortos puede impedir que las mujeres busquen tratamiento médico, poniendo en peligro sus vidas”, por lo que recomendó modificar las normas correspondientes³⁴.

A su vez, el Comité de los Derechos Humanos dijo ya que “cuando los Estados imponen a los médicos y a otros funcionarios de salud la obligación de notificar los casos de mujeres que se

³⁰OMS, Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud, segunda edición, 2012, p. 68.

³¹ Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, par. 40

³² Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1 de febrero de 2013, A/HRC/22/53, par. 46.

³³ Comité Contra la Tortura, Conclusiones y recomendaciones sobre Chile, 14 de junio de 2004, CAT/C/CR/32/5, par. 7 m).

³⁴ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre Chile, CCPR/C/79/Add.104, 30 de marzo de 1999, par. 15

someten a abortos” no se respeta el derecho a la vida privada de las mujeres y que incluso pueden estar en juego los derechos a la vida y a una vida libre de violencia³⁵.

Por su parte, en términos generales, los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto del contenido y alcance de la garantía de confidencialidad en la atención médica son escasos.

Sobre esto punto la Corte Interamericana señaló que la información obtenida por profesionales de la salud en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. En un caso en que se perseguía penalmente a profesionales de la salud que se habían negado a denunciar a sus pacientes, la Corte explicó que el personal médico tiene el derecho y el deber de guardar la confidencialidad³⁶. En el mismo sentido se expresó la CIDH, notando que “la confidencialidad es un deber de los profesionales de la salud que reciben información privada en el ámbito médico, y el mantener en secreto o en privado la información que obtienen de sus pacientes es un interés crítico de la salud sexual y reproductiva”³⁷.

La resolución de este caso es una oportunidad para que la Corte desarrolle estándares sobre el contenido y alcance de la garantía de confidencialidad en la atención médica obstétrica de mujeres y personas gestantes a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Aplicación de estándares al caso de Manuela

Conforme lo establecido por la CIDH en su Informe de Fondo, el 27 de febrero de 2008 la médica que atendió a Manuela la denunció penalmente, al día siguiente prestó declaración testimonial en sede policial y en ambas ocasiones proveyó de información a la que había tenido acceso en virtud de la atención médica brindada. Del mismo modo, el 29 del mismo mes el director del hospital entregó a la fiscalía la historia clínica de Manuela, consignando sus antecedentes personales.

La CIDH estimó que esto implicaba una afectación del derecho a la vida privada de la víctima y que para evaluar su compatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos se debía analizar i) la legalidad de la restricción, ii) la existencia de un fin legítimo, iii) su idoneidad, iv) necesidad y v) proporcionalidad.

Más allá de los argumentos presentados por la CIDH, explicaremos que, aunque la restricción cumpliera con el principio de legalidad, estuviera dirigida a alcanzar un fin legítimo y fuera necesaria e idónea para ello, la violación de la confidencialidad podría ser considerada una restricción arbitraria a la luz de la Convención Americana, en tanto se trata de una medida que no supera el test de proporcionalidad.

En concreto, argumentaremos que, en todo caso, las restricciones a la confidencialidad en la atención médica son desproporcionadas si el único fin que se persigue con ello, en el caso de mujeres y personas gestantes que requieren atención de salud obstétrica, es la sanción penal de quien requiere esa atención médica, por los delitos que presumiblemente hubiera cometido.

La persecución penal es un fin social legítimo, para el cual todo Estado se organiza y destina recursos, pero no es un fin absoluto para cuya consecución se admitan cualquier tipo de medidas

³⁵Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 28 (2000), Artículo 3: La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, 29 de marzo 2000, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, pár. 20

³⁶Corte IDH, Caso “De La Cruz Flores Vs Perú”. Sentencia de 18 de noviembre de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), parr. 97 y 101, Corte IDH Caso “Pollo Rivera y O. vs Perú”, Sentencia de 21 de octubre de 2016 (Fondo, Reparaciones y Costas), parr. 236 y 237.

³⁷CIDH, Informe sobre Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, 22 noviembre 2011, pár. 76

de coacción. La persecución penal de delitos no admite, por ejemplo, la utilización de mecanismos inhumanos como la imposición de torturas para la averiguación de los hechos, mientras que institutos como la prescripción de la acción y la sanción penal son plenamente aplicables y tienen prioridad sobre la sanción de un hecho ilícito, salvo excepciones extraordinarias.

Una restricción desproporcionada

La garantía o el derecho a la confidencialidad en la atención médica, como todo derecho, no es absoluto. Puede ser legítimamente restringido en determinadas circunstancias, cuando se verifican supuestos excepcionales que se adecúen a los criterios exigidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como bien recordó la CIDH en su Informe de Fondo y esta Corte estableció en el precedente *Artavia Murillo* “un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.³⁸

En el caso bajo examen, la garantía de confidencialidad en la atención médica de una mujer fue desconocida con el propósito de que las autoridades judiciales tomaran conocimiento de un supuesto hecho ilícito cometido por quien requirió de atención médica de urgencia y para que se impulsara su persecución penal. En la vida social pueden existir otros fines legítimos distintos de la persecución penal que se pueden suponer como justificaciones válidas para restringir la garantía de confidencialidad en la atención médica. En distintas jurisdicciones se puede estimar, por ejemplo, que el control de enfermedades contagiosas o la protección de terceros cuando el o la paciente es un peligro cierto para otras personas o para ellas mismas, constituyen circunstancias que justifican una restricción legítima a este derecho.

No pretendemos proveer de un estándar o criterio comprensivo sobre todos y cada uno de los casos en que la restricción del derecho a la vida privada, en su expresión de garantía de confidencialidad de la atención médica, puede ser objeto de restricciones legítimas. Tampoco analizaremos el contenido y alcance de cada uno de los requisitos que una restricción debe cumplimentar para no ser considerada abusiva o arbitraria. Sino que nos centraremos en la **imposibilidad de cumplir con el requisito de proporcionalidad cuando la restricción de la garantía de confidencialidad en la atención médica obstétrica de una mujeres o persona gestante está justificada exclusivamente en el fin legítimo de habilitar la persecución penal y evitar la impunidad de los eventuales delitos que hubiera cometido quien requiere de atención médica.**

La persecución penal puede ser un fin legítimo que guíe la restricción, más o menos intensa, de ciertos derechos fundamentales, como la privacidad. Y una restricción al derecho a la privacidad puede estar debidamente regulada en una ley material y formal, estar dirigida a cumplir un fin social legítimo y ser a la vez necesaria e idónea para alcanzar ese fin social. Sin embargo, en casos como el que se encuentra ahora bajo conocimiento de la Corte IDH, esa restricción no supera el test de proporcionalidad exigido. De la ponderación de los bienes jurídicos e intereses en juego surge que, en casos como este, un Estado democrático debe dar preeminencia a la protección de la garantía de confidencialidad, asociado al derecho a la privacidad, a la salud, a la integridad física y psíquica, por sobre el interés de la simple persecución penal de hechos ilícitos.

³⁸ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) Vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012, párr. 273.

El análisis que proponemos que lleve a cabo la Corte consiste en establecer la incompatibilidad de una restricción legal de la garantía de confidencialidad justificada en la sola persecución penal de los delitos cometidos por aquellas mujeres y personas gestantes que buscan y reciben atención médica obstétrica.

Para los fines del análisis jurídico a la luz de las normas relevantes de la CADH, el escenario hipotético que planteamos es uno en el que la restricción es legal –establecida por una ley en sentido formal y material, lo suficientemente clara para guiar el actuar del destinatario de la norma–, persigue un fin social legítimo – el contribuir al funcionamiento del sistema judicial penal– y es idónea y necesaria para ese fin – en tanto existe una relación de causalidad lógica de medio y fin y no existen otras alternativas menos restrictivas para alcanzar el fin social de perseguir esos hechos ilícitos.

En estas condiciones, agotado el examen de los cuatro requisitos previos, sostenemos que la restricción del derecho a la privacidad, aunque también al derecho a la salud y a la integridad física y psíquica, en su faz de garantía de confidencialidad en la atención médica, **no puede ser considerado proporcional cuando el fin social que lo justifica es sólo el contribuir al funcionamiento de la justicia penal para evitar la impunidad de un delito que presumiblemente cometió una mujer o persona gestante que busca y recibe asistencia de salud obstétrica y cuando ese delito no sigue produciendo efectos dañosos que se puedan evitar mediante la vulneración de la garantía de confidencialidad.**

Por ello, cuando el único interés social subsistente consiste en la persecución penal de una mujer o persona gestante que presumiblemente habría cometido un delito, **la garantía de confidencialidad de la atención médica obstétrica debería ser inviolable.** Esto es así cuando existen presuntos hechos ilícitos consumados, respecto de los cuales ya no se derivarán consecuencias perjudiciales para terceros y el único interés subsistente es la persecución penal y castigo de una mujer o persona gestante, que es quien precisamente busca y recibe atención médica.

Aunque la persecución penal de los hechos ilícitos presumiblemente cometidos por la persona que busca atención médica constituye un fin social legítimo, en la ponderación de los bienes e intereses en juego se debe dar preeminencia a la confidencialidad de la atención médica. En estos casos la restricción del derecho a la confidencialidad de la atención médica resulta desproporcionada vis-a-vis el fin social que se persigue mediante dicha restricción.

Entendemos que una restricción de este tipo no es proporcional por tres razones principales.

Por un lado, porque una regulación en este sentido es inhumana en el caso concreto, en tanto enfrenta a la persona al dilema de salvar su vida o ir a la cárcel, lo que sujeta al ser humano a una condición de indignidad. En segundo lugar, porque una regulación de este tipo tiene efectos societales profundamente perjudiciales, en tanto socava la confianza que las mujeres y personas gestantes depositan en el sistema de salud. Por último, porque entraña una concepción instrumental del ser humano, en la que se privilegia el fin social de la persecución de hechos ilícitos por sobre el de la preservación de la integridad y vida de la mujer o persona gestante.

a) Es desproporcionada porque es inhumano en el caso concreto

La habilitación general a los funcionarios de salud para quebrantar la garantía de confidencialidad de la atención médica con el objeto de denunciar a mujeres o personas gestantes o aportar elementos de cargo en su contra (entregando su historia clínica, por ejemplo), enfrenta a las

personas heridas al inhumano dilema de ser sometidas a un proceso penal e ir a la cárcel si se busca atención médica o, de lo contrario, perder la vida por intentar evitar la persecución penal.

En el caso Natividad Frías referido al comienzo, uno de los jueces explicó que avalar el proceso penal que es iniciado con violación de la garantía de confidencialidad es “una forma larvada, cruel e innoble de conculcar” la garantía de no autoincriminación. Lo inhumano del proceso, señaló, se verifica pues implica “utilizar el ansia vital de la abortada para la denuncia de su delito, delito éste conocido o por una confesión que le ha sido prácticamente arrancada, o por un estado de desvalimiento físico y espiritual no aprovechable para esos fines”.³⁹

El juez razonó que “si es injusto obligar a quien delinquirió a que provoque, acusándose, su propia condena, es igual y, consiguientemente, injusto condenarla sobre la base de una autoacusación a la que se vio forzada nada menos que por la inminencia de perder su humano derecho a sobrevivir a su delito”.⁴⁰ Otros jueces también advirtieron que “si nadie está obligado a declarar contra sí mismo [...] menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación impuesta por necesidad insuperable”.⁴¹

En casos posteriores los tribunales argentinos también han señalado que esa autoacusación forzada no es admisible pues “no actúa por libre decisión quien requiere auxilio médico para salvar su vida, dado que en esas circunstancias la persona se encuentra forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación”.⁴²

Por su parte, la Cámara de Casación Penal de la Argentina, el máximo tribunal del país del fuero penal, refrendó este criterio y advirtió que “si la mayoría de los procesos encaminados a la investigación de hechos prima facie subsumibles en los arts. 88 y 85 del Código Penal [se refiere al delito de aborto consentido] tienen su origen en la ilegítima práctica institucionalizada de violar el derecho a la intimidad de las pacientes que asisten a hospitales públicos, lo que hay que procurar eliminar es aquella práctica, y no dejar de sancionarla”. Otro temperamento, dijo el tribunal, “en lugar de combatir fomentaría las prácticas” de violencia institucional y de violencia obstétrica”. Así, “permitir la continuación de un proceso originado en la infracción a los derechos de la mujer, aún si se limitara a la obligación de comparecer como testigo, sería contrario al deber del estado argentino de prevenir, investigar y sancionar los hechos de violencia contra las mujeres”.⁴³

Del mismo modo, en 2010 la Corte Suprema argentina anuló por unanimidad una condena por tráfico de estupefacientes en contra de una persona que había concurrido a un hospital luego de que un envoltorio de cocaína se le atascara en el intestino. Después de la intervención quirúrgica la policía incautó los envoltorios extraídos del cuerpo del paciente e inició un procedimiento en su contra. Allí el máximo tribunal advirtió que “el principio republicano de gobierno impide que el Estado persiga delitos valiéndose de medios inmorales, como sería aprovecharse del inminente peligro de muerte que pesa sobre el procesado que acude a la atención médica, mediante la imposición de un deber al médico que lo convierta en un agente de la persecución penal del Estado.”⁴⁴

³⁹ Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal en Pleno, Frías, Natividad s/ aborto, 26 de agosto de 1966, voto del juez Lejarza

⁴⁰ Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal en Pleno, Frías, Natividad s/ aborto, 26 de agosto de 1966, voto del juez Romero Victorica; C.N.Crim. y Correc. Sala V, Cotto, Claudia. 23/11/05 c. 28.183

⁴¹ Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal en Pleno, Frías, Natividad s/ aborto, 26 de agosto de 1966, voto del juez Frías Caballero, al que concurren los jueces Panelo y Quiroga

⁴² C.N.Crim. y Correc. Sala IV, Ferrara, Claudia Felisa, 4/03/03 c. 19.383; C.N.Crim. y Correc. Sala IV, Torre Molina, Elisa, 28/04/03 c. 20.973; C.N.Crim. y Correc. Sala VI, Ayardu, Adriana. 8/02/05 c. 24.916.

⁴³ C.N. Casación Penal. Sala II, A., G. Y. s/rec. de casación. 13/07/12, Causa n°10193, Registro n° 20278.

⁴⁴ CSJN, “Baldivieso, César Alejandro”, sentencia 20/04/2010, Fallos 333:405, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni y voto de los jueces Highton y Petracchi.

También la Corte Suprema explicó que

“en abstracto puede entenderse que se trata de la ponderación entre el derecho a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la Nación que requiere asistencia a un profesional de la salud -una acción privada incluso para quien se encuentra realizando una conducta delictiva, en tanto parte integrante de su ámbito de autonomía individual (...) y el interés del Estado en la persecución de los delitos; pero, en concreto y en el caso, se trata nada menos que del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado.⁴⁵

Evitar la impunidad de un hecho ilícito es un interés social legítimo que puede requerir la restricción de ciertos derechos fundamentales, pero **en ningún caso** puede justificar el despojo de la dignidad del ser humano al punto de amenazarle de muerte. Cuando al personal de salud se le ordena denunciar a sus pacientes, en los hechos el Estado empuja a las personas a escoger entre preservar su vida e integridad física o perder su libertad. En estos casos, las personas que han cometido un delito que ha tenido consecuencias dañinas para su propio cuerpo y salud son sometidas a un dilema inhumano.

De esta forma, en la práctica, el Estado obliga bajo amenaza de muerte a que las personas se autodenuncien. De no autodenunciarse, serán expulsadas por el Estado para morir o ver deteriorada irreversiblemente su salud por haberles sido negado el cuidado que necesitaban. Aprovecharse del instinto de autoconservación y supervivencia del ser humano, para obligar a que las personas se autodenuncien bajo amenaza de muerte, encarna una política a todas luces inhumana.

Esa amenaza inhumana nunca es proporcional si el único interés subsistente es la persecución penal y castigo, como en el caso de una mujer, por un hecho ilícito respecto del cual ya no se derivarán consecuencias perjudiciales para terceros, como es en el caso bajo análisis.

b) Es desproporcionada porque tiene impactos sociales generalizados de desconfianza en el sistema de salud que no justifican la persecución criminal

Cuando las personas se acercan a un centro de salud para consultar sobre una dolencia o requerir atención médica lo hacen bajo el entendido de que la información que entregan sobre su propio cuerpo y su vida personal no será divulgada a terceros. La garantía de confidencialidad en la atención médica permite a las y los pacientes hacer una revelación completa y franca sobre su estado de salud y sus condiciones personales al profesional tratante, lo que es indispensable para un tratamiento y diagnóstico adecuados.

Aunque la confidencialidad médica está establecida para proteger al individuo que requiere atención en el caso concreto, esta garantía tiene impactos expansivos en toda la sociedad. El respeto de la garantía de confidencialidad permite que las personas que integran la comunidad tengan la confianza necesaria para buscar asesoría o atención médica cuando se ven enfrentadas a las inevitables vicisitudes de la frágil y finita vida humana. Si las personas no están seguras de que su información personal será tratada de manera confidencial, difícilmente se verifique la revelación franca necesaria para un diagnóstico y tratamiento adecuado, oportuno y efectivo.

En este respecto, la Cámara de Casación Penal de la Argentina ha explicado que “es interés del Estado proteger la salud pública y, con tal finalidad, se debe asegurar a las personas que si sufren una dolencia pueden acudir a los servicios de salud sin temer consecuencias no deseadas

⁴⁵ CSJN, “Baldivieso, César Alejandro”, sentencia 20/04/2010, Fallos 333:405, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni y voto de los jueces Highton y Petracchi.

como la divulgación de su intimidad o el inicio de un proceso penal en su contra, aún si han cometido un delito.”⁴⁶

Del mismo modo, respecto de los servicios de salud sexual y reproductiva, la CIDH alertó que “el temor de que la confidencialidad no sea respetada puede incidir en que las mujeres no busquen la atención médica requerida” y que “si la persona se siente segura y en confianza brindará toda la información requerida para que el profesional de la salud pueda realizar un diagnóstico y tratamiento más efectivo”⁴⁷. También, la Organización Mundial de la Salud ha sido enfática al señalar la importancia del respeto de la garantía de confidencialidad y ha señalado que el temor de que no sea respetado “disuade a muchas mujeres, particularmente a adolescentes y solteras, de que busquen servicios de aborto legal y sin riesgos y puede conducirlos a proveedores clandestinos de aborto inseguro”⁴⁸. El Comité CEDAW advirtió asimismo que la falta de confidencialidad “puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar”⁴⁹. Cuando el Estado decide despreciar la garantía de confidencialidad sin justificaciones legales, necesarias y proporcionales, esto tiene impactos negativos no sólo en la persona concreta afectada, sino en toda la comunidad.

En una sociedad democrática no es dable sacrificar el interés social de proteger la salud pública y que las personas mantengan su confianza en el sistema de salud por la simple persecución penal de un delito ya consumado que no acarrea peligros o daños ulteriores. El sacrificio de la confianza de la comunidad en el sistema de salud no es proporcional con el interés de evitar la impunidad de hechos ilícitos de los cuales ya no se derivarán consecuencias perjudiciales para terceros, como es el caso bajo análisis.

c) Es desproporcionada porque envuelve una concepción instrumental de la persona humana en que la vida puede ser sacrificada en pos de la persecución criminal

Permitir u ordenar que el personal de salud denuncie a sus pacientes por los presuntos hechos ilícitos que hubieran cometido implica que el máximo fin social de la comunidad es el de la aplicación implacable de la ley penal. Significa que, en esa sociedad, todo vale con tal de castigar un hecho ilícito, sin importar que la persona humana sea tratada de forma instrumental y despojada de su dignidad. Una definición social de ese estilo resulta incompatible con los postulados de la CADH fundada en el valor de la dignidad humana.

En el caso Natividad Frías referido más arriba, un juez advirtió que “el derecho a vivir —que no pierde quien ha delinquido— y el de no acusarse —que tiene precisamente en aquel caso su pleno sentido— no deben ser situados en posición de conflicto irreductible”. Así, recordó que la sociedad “reconoce como lo más valioso del bien común la vigencia de los derechos esenciales inherentes a la personalidad, y su primacía incluso sobre la facultad estatal de reprimir los delitos, la cual tiende a salvaguardar bienes jurídicos y no a allanar los más fundamentales”.⁵⁰

En el citado caso Baldivieso de 2010, la Corte Suprema argentina razonó que el procesado “se hallaba en la disyuntiva de morir o de afrontar un proceso y una pena” y que no había justificación para el levantamiento de la obligación de confidencialidad de la atención médica, en tanto no existía “ningún otro interés en juego, pues no mediaba peligro alguno ni había ningún proceso

⁴⁶ C.N. Casación Penal. Sala II, A., G. Y. s/rec. de casación. 13/07/12, Causa n°10193, Registro n° 20278.

⁴⁷ CIDH, Informe sobre Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos, 22 noviembre 2011, pár. 81

⁴⁸OMS, Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud, segunda edición, 2012, p. 68.

⁴⁹CEDAW Recomendación General 24, La mujer y la salud (artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) pár. 12.d)

⁵⁰ Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal en Pleno, Frías, Natividad s/ aborto, 26 de agosto de 1966, voto del juez Romero Victorica; C.N.Crim. y Correc. Sala V, Cotto, Claudia. 23/11/05 c. 28.183

lesivo grave en curso que fuese necesario detener para evitar daños a la vida o a la integridad física de terceros”.⁵¹

Del mismo modo, en particular respecto de la denuncia en contra de mujeres que han abortado y buscan atención médica, la Cámara de Casación Penal de la Argentina ha indicado que “aceptar que la detección de abortos consumados sea justa causa para relevar el profesional de la salud del deber de guardar secreto, implica valorar la persecución penal por encima de la salud y la vida no solamente de la mujer sino de la confianza de la población en que recibirán un trato digno y respetuoso por parte de los servicios médicos.” La Cámara también explicó que la lesión a algún otro bien jurídico -como la persecución penal- producto de la prohibición de valorar pruebas obtenidas ilegítimamente -en violación del deber de confidencialidad- es “un dato completamente irrelevante a los efectos de determinar la eficacia procesal del acto de la denuncia del profesional de la salud.”⁵²

Como se adelantó, la persecución penal de hechos ilícitos es, por cierto, un bien jurídico que merece atención estatal. Los Estados se han organizado para la prevención, investigación y sanción de hechos que, conforme a su legislación local, se han calificado como delitos penales. Para ello, se organizan estructuras estatales y destinan recursos, en tanto la persecución y represión de delitos es un deber ineludible del Estado. Pero ello no quiere decir que este sea el fin social máximo de cualquier comunidad. El poder punitivo del Estado tiene límites, siendo uno de ellos la dignidad humana. En el cumplimiento de sus deberes para con las personas bajo su jurisdicción, para garantizar su seguridad frente a fenómenos delictivos, no vale cualquier tipo de medida. Aunque sean efectivas y no existan medidas menos gravosas, no es admisible que el Estado avasalle por completo la vida y dignidad de las personas.

En este caso concreto, de la ponderación de los bienes jurídicos e intereses en juego, no es proporcional la restricción de la garantía de confidencialidad en la atención médica, con el sólo objeto de perseguir y castigar penalmente a quien presuntamente ha cometido un delito y que requiere de atención médica para salvar su vida o preservar su salud. Una política de persecución criminal que otorga preeminencia a la sanción de hechos ilícitos por sobre la vida de las personas encarna una decisión deshumanizante del individuo y no solo es cruel e inhumana, sino además incompatible con las mandas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

AFECTACIÓN ARBITRARIA DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, EL DERECHO A LA SALUD Y LIBERTAD PERSONAL DE MANUELA

En su Informe de Fondo, la CIDH entendió que la violación de la garantía de confidencialidad de la atención médica implicó una restricción arbitraria del derecho a la vida privada de la víctima. Sin perjuicio de que ciertamente las circunstancias del caso evidencian una afectación arbitraria de la vida privada de Manuela, lo cierto es que otros derechos también le fueron vulnerados por la violación de la garantía de confidencialidad, en particular su derecho a la salud y su derecho a la libertad personal.

El respeto, protección y garantía del derecho a la salud exige el respeto de la garantía de confidencialidad en la atención médica, cuestión que en este caso no fue respetada por el Estado.

⁵¹ CSJN, “Baldivieso, César Alejandro”, sentencia 20/04/2010, Fallos 333:405, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Maqueda y Zaffaroni y voto de los jueces Highton y Petracchi.

⁵² C.N. Casación Penal. Sala II, A., G. Y. s/rec. de casación. 13/07/12, Causa n° : 10193, Registro n° 20278.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) ha señalado que los bienes y servicios de salud deben estar disponibles (en cantidad suficiente en todo el país, con personal capacitado y de acuerdo con las definiciones mínimas de la OMS), deben ser accesibles (en términos geográficos y económicos y sin discriminación), deben ser de calidad (científica y médicamente apropiada) y deben ser aceptables. Respecto del elemento de aceptabilidad, el Comité DESC ha señalado que el derecho a la salud exige que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser sensibles a los requisitos del género y edad y que deben estar concebidos para respetar la confidencialidad de la información de salud de las personas. Esta es una obligación respecto de tanto los servicios y bienes de salud en general, como de los referidos a salud sexual y reproductiva en particular.⁵³

El Comité DESC también ha expresado que el derecho de “a buscar, recibir y difundir información e ideas relativas a cuestiones de salud sexual y reproductiva”, como parte del elemento de accesibilidad, en caso alguno puede “menoscabar el derecho a que los datos y la información personales relativos a la salud sean tratados con carácter privado y confidencial”.⁵⁴ Por ello, también ha advertido que, como parte de la obligación de respetar el derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas bajo su jurisdicción, los Estados están obligados a “mantener la confidencialidad de los datos sobre la salud”.⁵⁵

Vale notar que los cuatro elementos del derecho a la salud que ha identificado el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad) han sido también reconocidos por esta Corte Interamericana como elementos que aportan a la delimitación del contenido y alcance del derecho a la salud a la luz de las normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.⁵⁶

La vigencia del derecho a la salud exige que cuando una persona recibe atención médica, la información recabada en ese proceso no sea divulgada sin consentimiento y de forma arbitraria. **En estas condiciones, la revelación de información confidencial, en este caso sobre la atención que recibió Manuela, además de una invasión arbitraria en su esfera de privacidad, implicó un menoscabo sustantivo en el pleno goce de su derecho a la salud, garantizado en los términos del artículo 26 de la CADH.**

Por otra parte, la violación de la garantía de confidencialidad de la atención médica de Manuela no sólo implicó la divulgación inconsulta de información personal que no estaba permitida –que implicó una violación del derecho a la vida privada y de su derecho a la salud– sino que, además, como consecuencia de dicha divulgación se inició un proceso penal que, convalidado por las autoridades judiciales, llevó a la privación de libertad de la víctima.

En tanto el proceso penal fue iniciado con violación de la garantía de confidencialidad, la detención a la que fue sometida Manuela luego de ser atendida en el hospital deviene arbitraria, cuestión prohibida por el artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Según ha señalado esta Corte, el artículo 7.3 de la Convención establece “una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos

⁵³Comité DESC, Observación General núm.14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4, par. 12.c); Observación General núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de mayo de 2016, E/C.12/GC/22, párs. 19, 40 y 49 d).

⁵⁴ Comité DESC, Observación General núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de mayo de 2016, E/C.12/GC/22, párrs. 18 y 19.

⁵⁵ Comité DESC, Observación General núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de mayo de 2016, E/C.12/GC/22, par. 40

⁵⁶ Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, sentencia del 8 de marzo de 2018, párrs. 118 y ss.

fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad.”⁵⁷

De esta forma, ha explicado la Corte que la prohibición de arbitrariedad de la detención tiene un “contenido jurídico propio”. Ello requiere “que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención” por lo que no es dable “equiparar el concepto de ‘arbitrariedad’ con el de ‘contrario a ley’, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad”.⁵⁸

En este caso, aunque la privación de la libertad a la que fue sometida Manuela pudiera reputarse legal por haber sido dictada por un órgano competente conforme la ley local, en concreto resulta arbitraria por ser la consecuencia directa de una restricción ilegítima al derecho de la vida privada y una vulneración del derecho a la salud de la víctima.

III. Las implicancias de la privación de la libertad de las mujeres para su familia

En los últimos años la tasa de encarcelamiento femenina ha crecido de manera acelerada en los países de América Latina, un 57,1% en los últimos 20 años. Este crecimiento es más acelerado que el de la población general privada de la libertad que es del 19,1%⁵⁹. En El Salvador entre 2002 y 2012 el aumento de las mujeres encarceladas fue de una 236% mientras que el de los hombres fue de 125%⁶⁰. Este acelerado crecimiento de la población femenina privada de la libertad tuvo como consecuencia el crecimiento de la sobrepoblación en las unidades penitenciarias de mujeres. Este fenómeno se debe al aumento de la persecución penal a las mujeres por delitos de subsistencia, como son algunos de los delitos ligados a la comercialización de drogas, o a la criminalización de comportamientos relacionados con la sexualidad y la reproducción⁶¹, tales como los abortos o eventos obstétricos.

La mayoría de las mujeres privadas de la libertad proviene de ámbitos de pobreza y situaciones vulnerables. Los sistemas penales enfocan su persecución en las poblaciones más vulnerables, muchas veces como una forma de controlar a esas poblaciones. En Latinoamérica casi un 90% de las mujeres encarceladas son madres y tiene una trayectoria laboral precaria puesto que el 27% eran desempleadas antes de ser detenidas⁶². Por tanto, en Latinoamérica actualmente, ser pobre y mujer es una condición que se repite dentro del universo de las personas privadas de la libertad.

La privación de la libertad de mujeres tiene un impacto desproporcionado en ellas por la serie de violencias que sufren estando detenidas y el aislamiento al que quedan sometidas muchas veces por no contar con personas que las visiten. En general, cuando un hombre es detenido son las mujeres del grupo familiar quienes lo visitan y le llevan comida y otros artículos necesarios para su vida cotidiana. En cambio, cuando una mujer está detenida los hombres no las visitan y las mujeres de las familias, muchas veces, no pueden hacerlo porque quedaron a cargo de sus hijos.

⁵⁷ Corte IDH, Caso Gangaram Panday Vs. Surinam, sentencia de 21 de enero de 1994, párr. 47.

⁵⁸ Corte IDH. Caso Yarce y otras Vs. Colombia, sentencia de 22 de noviembre de 2016, párr. 140; Caso Hernández Vs. Argentina, sentencia de 22 de noviembre de 2019, párr. 102

⁵⁹ Giacomella, C y García, T (2020), Presas en casa: Mujeres en arresto domiciliario en América Latina, <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/07/Presas-en-Casa.pdf>

⁶⁰ Observatorio de Seguridad Ciudadana de la OEA http://www.oas.org/dsp/espanol/cpo_observatorio.asp

⁶¹ Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, Castigos irracionales: leyes de drogas y encarcelamiento en América Latina (2017), https://www.tni.org/files/publication-downloads/folleto_cide_castigos_irracionales_v15_full.pdf

⁶² Safranoff, A., & Tiravassi, A. (2017). ¿Quiénes son las mujeres que están en prisión en América Latina? Características y desigualdades de género.

La falta de dinero puede resultar en que sea imposible o muy difícil poder visitar a la persona detenida. Trasladarse hasta el centro penitenciario puede implicar una serie de costos de transporte, alojamiento y comida que las familias no pueden enfrentar. Por tanto, las visitas espaciadas o directamente la falta de visitas afectan el contacto de los niños con sus madres ya que la ven muy poco o incluso dejan de estar en contacto con ella. Por supuesto, esto también afecta a las mujeres detenidas ya que la falta de contacto con sus hijos puede derivar en situaciones de depresión o ansiedad. Además, el hecho de que sus familias no puedan visitarla y llevarles comida y elementos de higiene afecta sus condiciones de vida dentro de la cárcel.

El encarcelamiento de las mujeres puede profundizar la situación de vulnerabilidad de las familias por la falta de una persona adulta que genera ingresos a la familia. A lo que se le suma el gasto extra que implica que haya una persona detenida en el núcleo familiar por el costo de traslado de las visitas, la compra de mercadería, los gastos legales, etc.

La condición de pobreza puede, entre otras cuestiones, ser un problema sumamente grave para garantizar una defensa adecuada cuando la defensa pública no funciona correctamente ya que no pueden afrontar el gasto que representa un defensor privado.

i. IMPACTO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN LOS HIJES

El impacto psicológico y material en los hijos es muy importante. Por supuesto, este impacto está presente cuando es el padre quien está detenido. Pero, como consecuencia de la desigualdad de género y de la estructura patriarcal de nuestra sociedad, en el caso de las mujeres este efecto es aún peor por ser ellas las encargadas de las tareas de cuidado, quienes tienen el contacto diario con los niños y porque muchas veces son el único sostén de la familia. Algunas investigaciones muestran que en la mayoría de los casos los niños con sus madres encarceladas no quedan al cuidado de su padre. En cambio, cuando es el padre el que está preso la mayoría continúa al cuidado de su madre. Según datos del 2010, solo el 10% de los niños con madres encarceladas quedaban al cuidado de sus padres⁶³. Cuando la mujer detenida es la única cuidadora de sus hijos, quedan desamparados con su detención. El encarcelamiento de la madre puede derivar en el desmembramiento familiar (por ejemplo, que los hermanos sean separados), incluso la institucionalización de esos niños⁶⁴, en situaciones de pobreza extrema o que los niños queden viviendo en la calle. Aunque en el caso de Manuela, sus hijos quedaron a cargo de los abuelos, su encarcelamiento tuvo un impacto negativo para ellos ya que implicó separarse de su madre hasta la muerte de ella.

Las consecuencias que tiene el encierro de mujeres para los niños quedan invisibilizadas y ellos como sujetos de derecho también. Las consecuencias del encierro dependen de un conjunto de factores sobre los cuales el/la niño no tiene ningún control. Los **factores endógenos** incluyen⁶⁵:

- a. el vínculo de parentesco y la dependencia de los cuidados del referente;
- b. la calidad y características de la relación con el referente privado de la libertad;
- c. la edad del niño o adolescente;
- d. el género del niño o adolescente, así como otros factores que inciden en su exposición a mayores riesgos de vulnerabilidad (por ejemplo, si tiene alguna discapacidad, si pertenece a una minoría étnica, etc.);

⁶³ Ver "Invisibles, ¿hasta cuándo?: una primera aproximación a la vida y derechos de niños, niñas y adolescentes con referentes adultos encarcelados en América Latina y el Caribe", Church World Service y Gurises Unidos, julio de 2014, p. 34

⁶⁴ CELS y otros (2011), *Mujeres en prisión, Siglo XXI*, Buenos Aires.

⁶⁵ Giacomello, Corina, "Me lo dicen desde lejos... que soy hija de traficante". El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con padres y madres privados de la libertad", en Plascencia-González, M., Fernandes, M. L., Pantevis, M. y Corvalán, F. (coords.), *Infancias: contextos de acción, interacción y participación* (pp. pendiente), Tuxtla Gutiérrez, Brasilia, Rosario, Neiva: Universidad Autónoma de Chiapas, Universidad de Brasilia, Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Rosario y Universidad Surcolombiana, 2020.

- e. las relaciones afectivas y de cuidado con otras personas, entre otros hermanes, familia extendida, la escuela y el entorno comunitario; y
- f. su nivel de salud física y mental, incluyendo el uso de sustancias y la autoestima.

Los **factores exógenos**, en cambio, se desprenden del entorno socio-ecológico del niño o niña y del sistema penal y penitenciario y abarcan, entre otros:

- a. el nivel socio-económico del núcleo familiar y de la familia extendida, ya que esto influirá directamente en los impactos económicos de la privación de la libertad, sobre todo si se trata de un referente proveedor;
- b. las dinámicas familiares y cómo éstas reaccionan al evento, por ejemplo, si logran mantener juntos a hermanas o hermanos o bien si niñas, niños y adolescentes son alojados en hogares distintos o incluso institucionalizados;
- c. el tipo de delito del que es acusada la persona privada de la libertad, puesto que éste influye en el estigma o estatus a nivel comunitario, así como en la respuesta del sistema penal (por ejemplo, si aplica prisión preventiva, la duración del proceso y de la pena y el tipo y ubicación del centro de privación de la libertad);
- d. el sistema de justicia penal y el régimen penitenciario;
- e. el acceso (o no) a justicia expedita, de calidad y amigable para niñas, niños y adolescentes;
- f. el entorno comunitario y escolar y su solidaridad o bien estigma hacia la niña, niño o adolescente;
- g. la actuación de las autoridades (policías, defensores, jueces y autoridades penitenciarias);
- h. la frecuencia, modalidad y calidad del contacto con la persona privada de la libertad;
- i. las condiciones de vida en los centros penitenciarios.

Se estima que en 25 países de América Latina y el Caribe existen, por lo menos, alrededor de dos millones de niños con referentes adultos encarcelados⁶⁶. El costo del encarcelamiento para los niños no es un problema pequeño ni respecto al impacto en sus vidas ni respecto a la cantidad de niños que se encuentran en esta situación. Sin embargo, el problema continúa invisibilizado y millones de niños y familiares pagan el costo oculto de una política de encarcelamiento masiva que afecta desproporcionadamente a las mujeres.

ii. LA FALTA DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA A LA LUZ DEL ARTÍCULO 17 Y 11 DE LA CADH

La Corte IDH ha establecido que el reconocimiento del derecho de protección de la familia, plasmado en el artículo 17 de la Convención, implica que las autoridades deben procurar el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar⁶⁷. La separación de las personas privadas de libertad de sus familias de forma injustificada supone una afectación al artículo 17.1 de la Convención y eventualmente también al artículo 11.2⁶⁸. En *Norín Catrimán vs. Chile*, la Corte sostuvo que las visitas a las personas privadas de libertad por parte de sus familiares constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia, tanto de la persona privada de libertad como de sus familiares⁶⁹. A su vez, diversos instrumentos internacionales recomiendan velar por el sostenimiento de los vínculos familiares durante la privación de libertad.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Párr. 162 citando a la Opinión Consultiva OC-17/02, supra, párr. 66, y al Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador, supra, párr. 104.

⁶⁸ Corte IDH. Caso López y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396. Párr. 246.

⁶⁹ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Párr. 407.

El principio XVIII de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* establece que las personas privadas de libertad tendrán derecho a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, [...] especialmente con sus padres, hijos e hijas [...] ⁷⁰. En el sistema universal, la regla 79 de las *Reglas de Mandela* dispone que “se velará particularmente por el mantenimiento y el mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia, cuando éstas sean convenientes para ambas partes” ⁷¹; el principio 19 del *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de Naciones Unidas* reza “toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho” ⁷². Por último, la regla 26 de las *Reglas de Bangkok* establece que “se alentará y facilitará por todos los medios razonables el contacto de las reclusas con sus familiares, incluidos sus hijos, sus tutores y sus representantes legales [...]” ⁷³.

Este Tribunal ha considerado que el sufrimiento que genera la separación injustificada y permanente de una familia es tal que debe ser analizado dentro de una posible violación del derecho a la integridad personal de cada uno de sus miembros. Particularmente, la separación de niñas y niños de sus familias puede generar afectaciones específicas a su integridad personal de especial gravedad, las cuales pueden tener un impacto duradero. ⁷⁴

Como ha sostenido esta Corte en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, los Estados tienen la obligación de considerar la atención especial que deben recibir las mujeres por razones de maternidad, lo cual implica, entre otras medidas, asegurar que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madre e hijo ⁷⁵. En la misma medida, también ha establecido que la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del derecho de protección a la familia ⁷⁶. Más aún, este Tribunal ha dicho que cuando se trate de niños y niñas deberá tenerse en cuenta la protección específica que les corresponde en cuanto a no privarlos arbitrariamente del medio familiar ⁷⁷.

Así también, esta Corte ha referido el parecer del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, en sus Estándares del año 2002, revisados en el año 2015, donde estableció la importancia de contactos razonables del condenado con el mundo exterior, sobre todo la necesidad de salvaguardar las relaciones con la familia y amigos cercanos ⁷⁸.

Surge del informe de fondo que la familia de Manuela recibió intimidaciones por parte de las autoridades para abstenerse de visitarla en la cárcel ⁷⁹. Este Tribunal ha incorporado en su

⁷⁰ CIDH. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008

⁷¹ ONU. Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Regla 79.

⁷² ONU. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Resolución A/RES/43/173 aprobada el 9 de diciembre de 1988 por la Asamblea General. Principio 19.

⁷³ ONU. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). Resolución A/RES/65/229 aprobada el 16 de marzo de 2011 por la Asamblea General, Regla 26.

⁷⁴ *Ibidem* 2, párr. 365.

⁷⁵ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. Párr. 330.

⁷⁶ Corte IDH, Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 116.

⁷⁷ Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Párr. 128.

⁷⁸ Corte IDH. Caso López y otros Vs. Argentina. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Párr. 116.

⁷⁹ CIDH, Informe de Fondo Nro. 153/18, Caso 13.069. Manuela y Familia. El Salvador. Párr. 15.

jurisprudencia los altos estándares anteriormente mencionados sobre condiciones carcelarias y deber de prevención que el Estado debe garantizar en favor de las personas privadas de libertad, estableciendo en particular que las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios⁸⁰ pues la reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias⁸¹. Tanto el Tribunal Europeo como la Corte Interamericana han delineado una sólida línea jurisprudencial que reconoce que el hostigamiento sufrido por familiares de víctimas por parte de las autoridades estatales, no solo constituye una afectación a su integridad personal, sino que puede configurar trato cruel, inhumano y/o degradante⁸².

En consideración de los estándares antes referidos, consideramos que la Corte IDH debe tomar la oportunidad para estudiar el caso de Manuela bajo una óptica también de la intrusión y violación a la protección de la familia que, debido a su magnitud, conlleva a una violación a la intimidad e integridad personal.

iii. LAS REQUISAS VEJATORIAS A LA MADRE DE MANUELA

Los familiares e hijos pueden sufrir diversas situaciones de violencia al ir a visitar a su familiar detenida. La práctica de requisas puede implicar desnudos totales, inspecciones genitales y maltratos verbales. Estas son prácticas donde los servicios penitenciarios o la fuerza de seguridad a cargo ejerce su poder a través de la violencia y la arbitrariedad. Así, ir a visitar a un familiar a la cárcel puede significar vivir situaciones de profunda violencia y humillación y puede, incluso, ir en contra de la dignidad. Esto también demuestra que el castigo, lamentablemente, no es exclusivo para la persona privada de la libertad. Sino que se traslada a sus hijos y familiares que, inclusive, pueden vivir violencia directa sobre sus cuerpos como el sufrimiento de requisas vejatorias.

Este tipo de trato, dependiendo de su intensidad, puede constituir tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. La Corte IDH en el caso Penal Castro Castro determinó que la supuesta “inspección” vaginal dactilar que sufrió una interna víctima del caso constituyó violación sexual y que por sus efectos constituye tortura⁸³ en los términos del artículo 5.2 de la Convención Americana y artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Más recientemente, la Corte determinó que, “[e]l Estado debe asegurarse que las requisas sean correcta y periódicamente realizadas, destinadas a la prevención de la violencia y la eliminación del riesgo, en función de un adecuado y efectivo control al interior de los pabellones por parte de la guardia penitenciaria, y que los resultados de estas requisas sean debida y oportunamente comunicados a las autoridades competentes. (...) Es criterio de la Corte que en ningún caso el uso de la violencia sexual es una medida permisible en el uso de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad”⁸⁴

Vale recordar que en las medidas provisionales de las Penitenciarías de Mendoza la Corte IDH sostuvo que el Estado debe asegurarse que las requisas sean correcta y periódicamente

⁸⁰ Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241. Párr. 67 punto g)

⁸¹ Corte IDH. Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 387. Párr. 91.

⁸² Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 267; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Párr. 104-105; Caso Gonzalez y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Párr. 435; European Court of Human Rights, Case Kurt v. Turkey (Application no. 24277/94) Judgment Strasbourg, 18 May 1998; Case Osmanoglu v. Turkey (Application no. 8804/99) Judgment Strasbourg, 24 January 2008.

⁸³ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 312.

⁸⁴ Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrs. 211 y 213.

realizadas, destinadas a la prevención de la violencia y la eliminación del riesgo, en función de un adecuado y efectivo control al interior de los pabellones por parte de la guardia penitenciaria, y que los resultados de estas requisas sean debida y oportunamente comunicados a las autoridades competentes⁸⁵. Más recientemente, en unas medidas provisionales la Corte IDH consideró imprescindible que el Estado adoptara medidas de corto plazo a efectos de eliminar la práctica de revisiones humillantes que afecten la intimidad y la dignidad de los visitantes⁸⁶.

Por su parte, la CIDH, al observar la práctica de las autoridades penitenciarias argentinas para llevar a cabo revisiones vaginales de las mujeres que ingresaban a los establecimientos carcelarios, citando a la Corte IDH sostuvo que "...la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio de los poderes públicos, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona..."⁸⁷.

La CIDH ha precisado que, para establecer la legitimidad excepcional de una revisión o inspección vaginal, es necesario que se cumplan cuatro condiciones:

- 1) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad del caso específico;
- 2) no debe existir alternativa alguna;
- 3) debería, en principio, ser autorizada por orden judicial; y
- 4) ser realizada únicamente por profesionales de la salud⁸⁸.

Estos requisitos se tornan imprescindibles e irrenunciables cuando se trata de familiares o visitantes dado que, por definición, las libertades personales que resultan restringidas son las de las personas privadas de libertad y por lo tanto, en ciertos casos, puede justificarse la inspección corporal e incluso la revisión física invasiva de los detenidos y presos, por métodos que igualmente respeten su dignidad humana⁸⁹.

Asimismo, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establecen en su principio XXI que "los registros corporales a las personas privadas de libertad y a los visitantes de los lugares de privación de libertad se practicarán en condiciones sanitarias adecuadas, por personal calificado del mismo sexo, y deberán ser compatibles con la dignidad humana y con el respeto a los derechos fundamentales" y que "los registros intrusivos vaginales y anales serán prohibidos por la ley"⁹⁰.

La madre de Manuela sufrió este tipo de violencias al visitar a su hija. Según se refiere en el informe de fondo de la CIDH "la madre de la presunta víctima fue sometida a inspecciones anales y vaginales al querer visitar a su hija en la cárcel y su familia sufrió intimidaciones para abstenerse de dichas visitas."⁹¹ Si bien la CIDH no hace mayor referencia a este punto, resulta sumamente grave que la madre de Manuela haya sido sometida a este tipo de vejaciones humillantes y, *prima facie*, no parece estar justificado conforme a estándares interamericanos.

⁸⁵ Asunto de las Penitenciarias de Mendoza, Medidas Provisionales, Resolución de la CIDH del 26 de noviembre de 2010, considerando 52.

⁸⁶ Corte IDH. Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2014. Cons. 20 punto e)

⁸⁷ Informe 38/96. Caso 10.506. Argentina, 15 de octubre de 1996, párr. 61.

⁸⁸ *Ibidem*, párr. 72.

⁸⁹ *Ibidem*, párr. 76.

⁹⁰ *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

⁹¹ CIDH, Informe No. 153/18, Caso 13.069. Fondo. Manuela y Familia. El Salvador. 7 de diciembre de 2018. Párrafo 15.

En atención al principio *iura novit curiae*, la Corte Interamericana tiene competencia para declarar violaciones distintas a las alegadas por la CIDH en su informe de fondo⁹². La Corte IDH debe tomar la oportunidad y hacer un examen sobre la violación a la Convención Americana de este tipo de prácticas y, en el caso puntual, declarar que el Estado incurrió en un trato cruel, inhumano y degradante en perjuicio de la madre de Manuela por la requisita vejatoria y humillante.

IV. Conclusión

Los gravísimos hechos que sufrió Manuela y su familia desde el momento que se desvaneció en la letrina hasta el día que falleció dan cuenta de un entrecruce de estigma y discriminación sumamente arraigada en El Salvador a mujeres que padecen una emergencia obstétrica. La normativa salvadoreña de penalización extrema a mujeres por abortar no deja ningún margen para el respeto a los derechos humanos, puesto que la persona gestante debe enfrentarse al dilema de morir o ser encarcelada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene la oportunidad de pronunciarse por primera vez sobre la normativa salvadoreña restrictiva sobre aborto, sobre las obligaciones de los Estados frente a emergencias obstétricas y el deber de confidencialidad. Este paradigmático caso representa un hito para el futuro de la lucha de los derechos sexuales y reproductivos de mujeres en toda la región y para su derecho a una vida libre de violencias, de forma que puedan gozar plenamente de sus derechos y garantías en condiciones de igualdad y sin discriminación. Es imprescindible contar con un pronunciamiento claro y contundente con perspectiva de género para Manuela y su familia y ordenar las reparaciones necesarias para evitar que situaciones del calibre tan trágico como este se repitan.

Saludos cordiales,

Paula Litvachky
Directora Ejecutiva

Diego Morales
Director del Área de Litigio y Defensa Legal

Lucía de la Vega
Área Litigio y Defensa Legal

Andrés López Cabello
Área Litigio y Defensa Legal

Vanina Escales
Coordinadora de la Agenda Feminista

Macarena Fernández Hofmann
Equipo de Política Criminal y
Violencia en el encierro

Teresita Arrouzet
Equipo de Política Criminal y
Violencia en el Encierro

Bárbara Juárez
Área de Justicia y Seguridad

⁹² Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, párr. 163, y Caso Hernández Vs. Argentina, párr. 54