





# LA NECESIDAD DE UNA CONSTITUCIONA- LIZACIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

**Lidia Casas Becerra**

Profesora Titular Facultad de Derecho,  
Universidad Diego Portales.



## **La necesidad de una constitucionalización de los derechos sexuales y reproductivos**

Una de las demandas que está en el ambiente y que podría materializarse con la aprobación del plebiscito de salida aprobando una nueva constitución es la consagración de los derechos sexuales y reproductivos.

Este trabajo busca establecer cómo la construcción de los derechos sexuales y reproductivos ha transitado desde las prácticas sociales hasta su manifestación en normas, políticas públicas o decisiones de órganos jurisdiccionales. El actual escenario es propicio para la incorporación de una multiplicidad de derechos en una eventual carta constitucional, entre ellos los derechos sexuales y reproductivos.

El movimiento hacia la positivización de los derechos se funda bajo la idea de que aquello que no se nombra no existe, una de las frases acuñadas por feministas para referirse a aquellos fenómenos que eran invisibles, o invisibilizados por carecer de palabras para su descripción. El acoso sexual sería uno de aquellos y en nuestros tiempos el reconocimiento del acoso callejero como un hecho punible siendo una forma de violencia prevalente y que hemos sufrido históricamente las mujeres, especialmente las niñas.

Algo similar ha ocurrido con los derechos sexuales y reproductivos. Sabemos o intuimos hacia lo que apuntan, los relacionamos con otros derechos, pero no se materializan en categorías jurídicas específicas, y que por ello, algunos dirían son irreconocibles. El nombrar tiene un efecto performativo, pero el lenguaje tiene efectos limitados. Ciertos fenómenos no siempre requieren nuevas configuraciones jurídicas sino que sean comprendidos en las existentes.

En la primera parte de este artículo, a modo de preámbulo daré cuenta de cómo estos derechos hacen parte de los derechos humanos que cada uno de nosotros tenemos. En la segunda sección revisaré su proceso de configuración en los documentos internacionales de Naciones Unidas, en el tercer lugar intentaré mostrar que ellos transitado entre las prácticas sociales el no derecho y el derecho, las normas, y que aun cuando no hubiera categorías jurídicas específicas para los derechos reproductivos, se nombran a través de interpretaciones de otros derechos. En la cuarta parte, intento responder a la pregunta del Por qué incorporar los derechos sexuales y reproductivos, advirtiendo que los cambios normativos, por sí mismos, no cambian la realidad. Por último, analizaré el momento-proceso constituyente y las oportunidades que nos brinda.

### **1. A modo de preámbulo**

La expresión derechos evoca una titularidad de potestades que poseen las personas por el hecho de ser tales, ya sea respecto de terceros o del Estado para su respeto. A su vez, cuando se dice que se trata de derechos humanos, decimos que es deber del Estado su promoción y aseguramiento en la medida en que el ejercicio de tales derechos o potestades representa la capacidad de auto-determinación de las personas frente al propio plan de vida.

Los derechos sexuales y reproductivos, en especial estos últimos, tienen antecedentes directos en la autonomía, la libertad de las personas de reproducirse o no, en tanto es una obligación de no interferencia de terceros, particularmente el Estado, frente a esa decisión. Así, estos derechos se enmarcan en la clásica visión liberal de no intromisión para que cada individuo desarrolle su propio plan de vida. A su vez, estos derechos traen aparejadas obligaciones positivas para los Estados, esto es asegurar la protección de la integridad física y psíquica, la vida y la salud. El acceso y el derecho a la planificación familiar acuñado a los finales de la década de los sesenta del siglo pasado daba cuenta de ambas dimensiones, la salud y la autonomía aun cuando esto no se hubiera formulado como un derecho reproductivo. La utilización de métodos anticonceptivos representa esa autonomía cuando no hay ni coerción ni violencia.

No se puede desconocer que el derecho a la planificación familiar en tanto como puerta de entrada a la autonomía reproductiva tiene elementos controversiales. La instalación de la misma aparece como política pública en el marco de la preocupación por el control demográfico, en el caso chileno, la preocupación por la salud y vida de las mujeres fue un factor decisivo entre salubristas y gineco-obstetras, en palabras de Benjamín Viel citado por Zárate “[...] donde había fracasado la educación religiosa y la actitud punitiva de la ley no cabía otra actitud que intentar disminuir la fertilidad, en especial en aquellas mujeres que por sus características hacían presumir un aborto inducido en caso de embarazo” (1, p. 219). La International Planned Parenthood Federation que realizó su Asamblea en Chile en 1967 la que tuvo como lema “Paternidad consciente, deber y derecho humano” (1).

En este sentido, el derecho humano implica una titularidad en que toda persona tiene facultad para ejercer, aunque la idea de una paternidad consciente y deber podría estar asociado a decidir tener

hijos que se pueda mantener o criar. Esa noción entre derecho y responsabilidad se manifiesta en la Convención sobre Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (2), la que establece en su artículo 16:

*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: [...] e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; `... (el énfasis es mío).*

El documento oficial del Ministerio de Salud hasta la dictación de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad de 2006, se denominaba Normas de Paternidad Responsable, en que se enfatizaba el derecho de las parejas regular su fecundidad, promover los medios para evitar un embarazo no deseado, y concluye que cuando no hay conocimientos para prevenir los embarazos aumenta la probabilidad de que la pareja recurra a maniobras como el aborto, de alto riesgo para la salud y la vida de la mujer. (3)

El enfoque sobre la reproducción fue cambiando desde la cuestión demográfica hacia el derecho humano a decidir, alcanzado ese el hito en la Conferencias de Naciones Unidas de Población y Desarrollo realizada en El Cairo en 1994. El capítulo del documento cuyo foco es la salud sexual y reproductiva fue resistido desde El Vaticano hasta Argentina por la incorporación misma de derechos.<sup>1</sup> Los derechos reproductivos encontraron mayor apoyo no así los derechos sexuales que no fueron aceptados ni incorporados en el Programa de El Cairo (4), pues los derechos reproductivos se vincularon con el derecho a la salud (4). Durante la discusión se mantuvo una disputa si las parejas o las personas eran los titulares de los derechos reproductivos. El Programa de Acción (5) quedó redactado de tal manera que propició un cierto consenso entre las posiciones al señalar que los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas y todas las personas. La cuestión no queda resuelta la discordancia entre lo individual versus lo colectivo, pues la noción misma de derechos está anclada en derechos individuales y no colectivo<sup>2</sup>. La expresión “pareja” tensiona la autonomía de las mujeres frente a los varones que les permita decidir por sí mismas.

Sin embargo, el artículo 16 de la Convención de la CEDAW utiliza la expresión las mujeres en igual condición a los hombres dejando una ventana sobre el rol de los varones. En las regulaciones y las prácticas de profesionales de la salud subyacen ideas que entienden que ciertas decisiones deben ser resueltas por ambos miembros de la pareja. Esa fue la práctica común hasta el cambio regulatorio del año 2000 sobre esterilización voluntaria (6) en Chile. Bajo la Norma 003 de 1975,

1 La Santa Sede hizo reserva a todo el capítulo sobre salud reproductiva del Programa de Acción de El El Cairo.

2 En los instrumentos internacionales los derechos colectivos se relacionan con los pueblos originarios.

los requisitos para acceder a una esterilización se basaban en la edad y número de hijos vivos de la mujer, además de la autorización de la pareja. (3). Ello introducía, de facto, el veto del varón frente a la decisión de la mujer de no querer tener más hijos. Existe evidencia que pese a los cambios normativos de más dos décadas algunos profesionales, por una parte, mantienen conductas dirigidas más que aconsejar buscan inhibir la decisión de las mujeres porque consideran que no son aptas para decidir sobre su fertilidad. Por otra, también se observan prácticas en que profesionales deciden por las usuarias y son esterilizadas porque consideran que son buenas candidatas para no tener más hijos, ya sea por su edad, la cantidad de hijos que ya tienen u otras consideraciones (7). El Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2016 revela situaciones de mujeres que han solicitado la esterilización y que ésta ha sido programada en el parto por cesárea no se realiza, y otras que son esterilizadas sin su consentimiento (8).

Los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (9, 10) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que las esterilizaciones no consentidas vulneran no sólo el derecho a la privacidad, integridad física o psíquica sino también constituyen un trato cruel, inhumano o degradante (11). Tanto en el caso de ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de F.S. vs. Chile (10) como en el caso de I.V. vs. Bolivia (11) los médicos que atendieron los partos decidieron por las mujeres, en una por ser una mujer viviendo con VIH de una zona rural y pobre, y la otra por tener adherencias en su útero. En ambos casos, ellas fueron informadas pos parto y los intervinientes insistieron en señalar que las mujeres dieron su consentimiento en forma oral.

## 2. El proceso de nombrar los derechos sexuales y reproductivos

Cuando los órganos internacionales de derechos humanos establecen una violación a los derechos reproductivos y los vinculan a derechos ya reconocidos, lo hacen en virtud lo dispuesto internacionalmente. Estos quedaron explícitamente reseñados, se encuentran en el Programa de Acción de El Cairo de 1994 que indica:

*7.3 [...] los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. (5).*

Celorio (12) afirma que estos derechos comprenden tanto los derechos clásicos de raigambre liberal como los derechos económicos y sociales. Es la conjunción de ambos derechos, o dicho de otra manera, es que estos sean compuestos lo que permite asegurar los derechos sexuales y reproduc-

tivos. No es una mera cuestión de autonomía o libertad, sino el acceso a una serie de prestaciones en derechos sociales en el ámbito educacional y sanitario que hacen posible su ejercicio. Si bien esta es una mirada compartida en la literatura, ya veremos que también es refutada.

La Plataforma de Acción de El Cairo (5) se refiere a la salud reproductiva, el núcleo de ese derecho comprende 4 elementos gravitantes para que se pueda cumplir: disponibilidad, accesibilidad (geográfica, económica, informativa y no discriminatoria), aceptabilidad y calidad (13, 14).

La accesibilidad comprende no sólo la existencia de servicios disponibles y con amplia cobertura en distintas regiones y comunidades del país sino también que las instalaciones sean accesibles, o que las personas con discapacidad, por ejemplo sordomudas, puedan contar con servicios pensados en sus necesidades, y ciertamente que las condicionantes económicas no sean una barrera de acceso.

En el ámbito de la información, la educación en sexualidad ella es una acción que favorece el conocimiento sobre el propio cuerpo, el ejercicio de una sexualidad saludable y de la protección ante la violencia y respeto hacia los otros, la protección a la vida y salud. En *Guzmán Albarracín vs. Ecuador (2020)*, la Corte Inter Americana de Derechos Humanos (15) desarrolla la relación entre educación sexual con la salud, el ejercicio de la sexualidad, la protección a la integridad, y el acceso a la información, derechos que declara en interconexión. Allí, la Corte emplaza a Ecuador que los programas en educación sexual que dice tener deben ir más allá del papel y que debe mostrar con evidencia su implementación efectiva. Ello ayudará a erradicar la naturalización y incidencia del acoso sexual dentro de los establecimientos escolares, y hubiera permitido que la adolescente víctima de violencia sexual desde los 14 años advirtiera que la relación afectiva-sexual con el subdirector del establecimiento 50 años mayor que ella era una relación de subordinación y explotación sexual.

La educación sexual se relaciona a su vez con los derechos sexuales, los que no tuvieron la misma aceptación y no se detallan en el Programa de Acción de El Cairo como un término ni tampoco sucedió en la IV Conferencia Mundial de la Mujer realizada en Beijing en 1995 (16). No obstante, el documento final de la Conferencia de Beijing refiere que los derechos humanos de la mujer involucran el derecho a tener control sobre su sexualidad, su salud sexual y reproductiva, decidiendo sin coerción, discriminación y violencia, añadiendo que:

*Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual . (párrafo 96)*

Esta lectura que identifica los derechos sexuales y reproductivos en tratados de derechos humanos les da consistencia normativa convirtiéndolos en obligaciones internacionales a través de argumentación jurídica indirecta. Sin embargo, González (17) afirma que ella no es una vía idónea o eficaz. Este proceso de incardinación de los derechos reproductivos en otros derechos, como lo denomina esta autora los dejaría igualmente en el limbo conceptual, faltos de definición de su



alcance, o la forma de protección y que sólo deberían vincularse en forma simple con la autonomía. Se desprende de su análisis la explicitación de los derechos en textos positivos ayudaría en su formulación. Así como se buscaría legislar, constitucionalizar, e incluso algunos proponen su codificación en una convención internacional (17).

El problema de situar los derechos sexuales y reproductivos en un marco conceptual de autonomía –o en el marco de derechos como indica Parker (18)- no se hace cargo de las condicionantes biopsicosociales que limitan las opciones de las personas en el ámbito de la reproducción, especialmente cuando no hay un compromiso gubernamental en eliminar las desigualdades sociales.

Concordamos que la ausencia de conceptos puede ser problemático, pero la constante exigencia de consagrarlos para cristalizar los intereses de las mujeres, “se ha convertido en una cárcel en la que se han vistos presos [la judicatura y los y las promotores de derechos], ya que ha provocado un “congelamiento” de la imaginación conceptual, trayendo como consecuencia que las injusticias o experiencias de discriminación innominadas no puedan ser articuladas, o incluso conceptualizadas, en términos de derechos.” (19, p.298). Sin embargo, han existido cambios, la propia Corte Suprema (20) en un notable fallo reconoce la violación de los derechos de una comunera mapuche que dio a luz engrillada en una maternidad, y se configuró como una discriminación y violencia a una mujer privada de libertad por ser mapuche.

### **3. Entre el derecho y el no derecho. La necesidad de nombrar o de reinterpretar**

Valenzuela y Villavicencio (19) sostienen que la falta de explicitación de los derechos – la ausencia de nombrar- no es impedimento para considerar que los derechos sexuales y reproductivos no estén cobijados en la constitución de 1980. Ello se produciría bajo una correcta interpretación del principio de igualdad. Postulan que la igualdad sustantiva de las mujeres incluye la autonomía sexual, el reconocimiento del costo y la carga de la maternidad, reconocer los estereotipos de género que encasillan a las mujeres en determinados roles limitando el desarrollo de sus planes de vida. Las decisiones de altas cortes en distintos países acogen una noción de derechos reproductivos sin que haya ningún rastro sobre derechos sexuales y reproductivos en sus textos constitucionales sino a partir de la aplicación del derecho a la igualdad y no discriminación. Los autores ejemplifican con las decisiones de la Corte Suprema de Canadá (Morgentaler, 1988), la Corte de Colombia (C-355 de 2006) y su reciente decisión de despenalizar el aborto (C-055-22), e incluso el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos –Griswold vs. Connecticut (1965), Roe vs. Wade (1973) reconceptualizado en clave igualdad en Planned Parenthood vs. Casey (1992), todo ella antes de la nefasta decisión en Dobbs vs. Women’s Health Clinic de 2022.

Pese a que existe ya un corpus doctrinal sobre una interpretación integradora entre derechos civiles y sociales en la configuración de los derechos sexuales y reproductivos, los tribunales y las cortes se han quedado cortos, mudos o ciegos, frente a su reconocimiento. Vale recordar el voto de mayoría en la decisión del Tribunal sobre la anticoncepción de emergencia en que al pasar, hace referencia a los intereses –y no los derechos niñas y mujeres- que pudieran ser afectados (21). Ello nos retrotrae al inicio de este trabajo: lo que no se nombra no existe.

El sólo hecho de nombrar y explicitar en el texto constitucional aseguraría la comprensión de todos los actores de un sistema de justicia además de otros órganos del Estado o de los particulares – incluyendo las profesiones de la salud- acerca de lo que involucran. Ello evitaría tener que realizar, más o menos sofisticadas exposiciones, para informar, educar, sensibilizar o alfabetizar sobre aquello.

Zúñiga et al. (22) en su trabajo con profesionales de salud en el sur de Chile dan cuenta que éstos poseen un acervo conceptual y comprensión de nociones fundamentales acerca de lo que entrañan los derechos reproductivos, con formulaciones ancladas en la libertad de las personas para decidir si tener o no hijos y cuántos tener sin interferencia alguna. Pese a esta base conceptual, su reconocimiento en el ámbito clínico se difumina producto de un discurso médico-científico que monopolizaría las decisiones en la atención de salud (22).

Un civilista francés, Jean Carbonnier (23, p.29), presente desde la sociología jurídica una tesis del derecho y del no-derecho, argumentando que “el derecho es una espuma en la superficie de las relaciones sociales o interindividuales. Si hace falta una hipótesis lejos del panjurismo, debe ser la saludable hipótesis del no-derecho.” ¿A qué se refiere todo esto, y su conexión con lo que aquí discutimos? Hay cuestiones sobre las cuales hay sólo hechos, facticidad, una de ellas son las prácticas sociales identificadas en Europa mucho antes de la anticoncepción moderna que permitían con mayor o menor éxito regular su fertilidad a través de distintos métodos (24, 25). Estos son hechos: las personas antes de consagrar, reconocer o nombrar los derechos reproductivos simplemente realizaban ciertas conductas. Ello se expresa en el uso de condones con hilos de linaza, las esponjas con miel o vinagre, las duchas vaginales u otras constituían métodos cuyo fin eran evitar embarazos incluso para la prevención de enfermedades de transmisión sexual, y posteriormente en forma más organizada en la instalación de clínicas para entrega de información o métodos en Estados Unidos o en Europa (25).

El gran axioma del derecho es: si no está prohibido está permitido. Así las prácticas sobre sexualidad y procreación, a veces, se encontraban en una condición de no-derecho, o en las penumbras del derecho, pero luego la intervención del Estado o de la iglesia y sus poderes regulatorios en diversas dimensiones las llevaron al mundo del derecho con variadas respuestas. El orden médico-clínico constituye una forma de regulación formal-informal entrando al campo del derecho. En otros países, la facticidad –el no derecho- dio paso a legislación restrictiva como en Estados Unidos. Allí el uso de métodos fue prohibido penalmente como en el estado de Connecticut en la ley Comstock que prohibía el uso de cualquier droga, medicina o instrumento que evitara la concepción, ley declarada inconstitucional recién en 1965 por la Corte Suprema de Estados Unidos (26). Así la explicitación de éstos, sin llamarlos derechos, se instalaba en un ámbito del reconocimiento cambiando el paradigma del derecho formal que los había desautorizado.

#### **4. Por qué incorporar los derechos sexuales y reproductivos**

Los esfuerzos para introducir temas asociados a la anticoncepción se remontan a las demandas de los movimientos de mujeres en los años 30 –del siglo pasado en que se exigía aborto y acceso

a la anticoncepción. Era una cuestión de vida, salud y condiciones de vida para la mujer y su prole (27). Usar distintos métodos para controlar la fertilidad era una cuestión de prácticas y no estaba regulada por el derecho salvo la punición del aborto en el Código Penal de 1874 (28) salvando al facultativo quien, “sin abusar de su oficio” según el artículo 345 del Código Penal lo realizaba, más aún quien debía en cumplimiento de un deber realizar un aborto para proteger la vida o la salud de una gestante.<sup>3</sup>

La planificación familiar fue una política sanitaria en que las prácticas sociales quedaron guiadas –no querer tener más hijos– bajo un modelo sanitario para reducir la cantidad de muertes maternas.

Cubillos sostiene que la incorporación de las políticas en sexualidad y reproducción durante los gobiernos de los Presidentes Lagos y Bachelet I y II tuvieron un enfoque biomédico, “aunque matizado con una perspectiva de derechos humanos y de género” (27, p.98) aún cuando las políticas públicas se afirmaban en los derechos de todas las personas para decidir como queda manifestado en las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad (2007).

La caracterización del listado de políticas criticado por Cubillos por tener un enfoque biomédico aunque matizado quizá busca decir, pero es sólo una suposición de esta autora, es que no se nombran los derechos como derechos sexuales y reproductivos. Sin embargo, los ejemplos que da revelan que a su base están los derechos. La indicación de anticoncepción de emergencia en la Guía Clínica para el manejo de la violencia sexual es algo más que un documento con un enfoque biomédico, pues busca evitar las consecuencias de la vulneración de derechos, una violación (una transgresión a derechos sexuales), y que una niña o una mujer deba soportar los costos de una maternidad no deseada, pudiendo ser eventualmente evitada (derechos reproductivos). Declaro de antemano mi conflicto de interés por conocer muy de cerca el proceso y habiendo tenido algo de participación; esa Guía Clínica en tanto política pública, fue producto de una larga gestación, un embarazo postérmino, y luego un duro trabajo de parto, utilizando acciones tendientes a su aceleración gracias a la intervención de la Ministra del SERNAM de la época, Cecilia Pérez Díaz. Esta fue una política resistida en el corazón del Ministerio de Salud e impulsada por las profesionales biomédicas a quienes se les llamaba las técnicas comprometidas no sólo desde los derechos sino también con el conocimiento científicamente validado (29). Este fue un logro de la tenaz Dra. Soledad Díaz Fernández del Instituto de Medicina Reproductiva. Debo decir, que algo similar se produjo con el cambio de la Resolución relativa a la esterilización voluntaria que pasó el escrutinio político bajo el mando de la Ministra de la época, Michelle Bachelet. Efectivamente los derechos no se nombran, pero ahí están en su esencia.

3 Esta es la lectura sistemática de dos disposiciones en el Código Penal. La sanción al facultativo está estructurada de la siguiente manera: “El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare con él” y el artículo 10 N° 10 sobre eximentes de responsabilidad penal que establece “El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.” Así, si el profesional salva la vida o la salud, estaría exento de responsabilidad penal.

Es correcto afirmar que los esfuerzos encaminados en adoptar una ley de derechos sexuales y reproductivos no prosperaron<sup>4</sup>, pero siguiendo a Carbonniere, la política pública se incorporó al ámbito del derecho, no como una fuente formal, la ley, pero sino como reglas técnicas –una forma de derecho- en cuya base están contenidos los derechos. No es posible desconocer que las leyes –en tanto fuentes formales del derecho- tienen más estabilidad o pueden dar más seguridad en el tiempo y que son –o serían- menos mutables con los cambios de administración, y por lo mismo se busca cristaliza en leyes aquello que parece frágil.

Sin embargo, tener o no tener leyes no cambia el hecho que la implementación de políticas públicas o legislación que reconoce derechos pueden enfrentarse a múltiples barreras. Esto es lo que ha sucedido con la ley de aborto en tres causales –Ley 21.030. La escasa sino nula capacitación a profesionales de la atención primaria e inexistentes campañas de información a las usuarias dan cuenta que el derecho a decidir se reduce cuando quienes pueden poner en funcionamiento el sistema desconocen el marco legal, no puedan informar adecuadamente o que por desconocimiento o sesgos impongan requisitos inexistentes para acceder a un aborto (30).

La consagración constitucional o legal de los derechos sexuales y reproductivo se ha llevado a cabo en otros países de América Latina, Monte et al. (31) dan cuenta de los ejemplos en Argentina, Venezuela, Ecuador y Bolivia. En la Argentina la incorporación de los derechos reproductivos es indirecta, de la misma manera que en el actual texto constitucional de 1980, pues se hace una interpretación a través de la integración de los tratados internacionales de los derechos humanos a la Constitución. Los textos constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia los explicitaron–con más o menos detalle- en sus textos.

La constitución ecuatoriana contiene una norma central sobre derechos sexuales y reproductivos y luego un detalle en distintas cláusulas explicitando ámbitos donde son aplicables y deben protegerse como la salud ocupacional o el derecho a la salud. Sin embargo, Maira (32) destaca que la política pública diseñada después de su integración ha tenido más dificultades en hacer efectivos estos derechos. En Bolivia, las referencias constitucionales son más breves estableciendo “a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos”, pero es criticada por ser una cláusula limitada; las organizaciones feministas reclaman que ella no hace mención a una política pública en salud sexual y reproductiva que los materialice (32). En el caso de Venezuela, la única disposición relativa a los derechos se relaciona únicamente con la planificación familiar concebida como un derecho de la pareja y no como una potestad individual:

*Artículo 76. La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la*

4 Se presentó un proyecto de ley preparado por la sociedad civil sobre derechos sexuales y reproductivos en el año 2000 bajo el patrocinio y apoyo de la Diputada Fanny Pollarolo.

*información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos”. (33) (el énfasis es mío)*

## 5. El momento y el proceso constitucional

Chile nunca había contado con la elaboración de un texto constitucional en un proceso democrático, con participación ciudadana y menos aún paritario. Este momento constitucional trajo consigo varias revueltas, una de ellas la de feministas, quienes vieron (y vemos) en este proceso, la posibilidad que un nuevo orden constitucional de paso a cambios en la estructura del poder y la configuración de un orden social más inclusivo. En las palabras de la convencional Carrillo, es la posibilidad de desmontar el mandato de la maternidad obligatoria y de la política sexual (34).

La igualdad de género fue un componente en casi todos los programas de convencionales de regiones del centro-sur de Chile (Ñuble y Biobío) salvo el que aquellos convencionales de partidos de derecha quienes señalan expresamente que no debe incorporarse la perspectiva de género (35). Para las/os convencionales, la igualdad de género debía irradiar hacia todo el texto constitucional, desde las libertades y derechos, la distribución del poder a través de la paridad en los espacios de representación hasta el reconocimiento del trabajo doméstico y de cuidado. Algunos programas estipulaban la necesidad el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos (35).

Las alianzas entre convencionales y organizaciones externas confluyeron en la incorporación y modelamiento de normas, teniendo un rol central organizaciones (36) y académicas feministas. Un grupo de profesoras de derecho público confluimos en el año 2020, antes del proceso electoral, en una propuesta inicial frente a la nueva carta, entregando algunas ideas preliminares sobre lo que debía contener el nuevo texto, entre ellos los derechos sexuales y reproductivos (37, 38).

Para una de las convencionales feministas la consagración de los derechos sexuales y reproductivos es parte de un continuo de procesos de transformaciones y reivindicaciones en materia de género que buscan consolidar la protección y los derechos de la mujer (39).

Es destacable que no hubo una propuesta sobre derechos sexuales y reproductivo sino varias. Algunas iniciativas apuntaban a cuestiones relevadas desde movimientos identitarios que reclaman sus especificidades, por ejemplo, la presentada por un colectivo de mapuches feministas (40).

El articulado propuesto especificaba los derechos sexuales y reproductivos en clave de pertinencia cultural integrando educación, salud, violencia e investigación:

1. El Estado debe garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las personas pertenecientes a naciones originarias de acuerdo a las costumbres propias de cada pueblo, otorgando las condiciones materiales para su reparación, recuperación, difusión y ense-

- ñanza desde la primera infancia.
2. El Estado debe garantizar la incorporación de la variable intercultural a la propuesta de Educación Sexual Integral.
  3. Será deber del Estado velar por el respeto de la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres pertenecientes a los Pueblos Originarios de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, fiscalizando y sancionando cuando esto no ocurriese.
  4. A modo de reparación del ejercicio de la justicia propia, el Estado debe garantizar la instalación de un consejo de resolución de conflictos y problemas vinculados a salud sexual, responsabilidad parental sexual y afectiva, violencia de género, dedicado exclusivamente a las primeras naciones, con capacidad resolutive y vinculante, conectado con los otros poderes del Estado, que esté conformado por miembros de los distintos pueblos originarios sin cuestionamientos personales en relación a estas temáticas, con financiamiento y fiscalización permanente.
  5. El Estado debe promover la investigación referente a la sexualidad y diversidades en las primeras naciones a modo de reparación histórica.

También hubo iniciativas sobre educación sexual laica (41), sobre protección a la maternidad y co-parentalidad sobre el cuidado en los primeros tres años de vida (42). Esta última incluía una disposición cuya redacción es vaga, pues incorporaba la noción de maternidad deseada, y establecía la obligación para el Estado de asegurar los cuidados antes de la concepción. Podría pensarse que alcance iba dirigido a asegurar el cuidado de la salud de cualquier potencial gestante:

*2. El Estado velará porque a todos los niños y niñas, se les reconozca el derecho a ser deseados, a crecer en un ambiente tranquilo, y estos cuidados deben ser generados aún antes de la concepción, mediante el acceso a la información integral, en diversos ámbitos, como es la educación, derechos sexuales y reproductivos, derechos laborales, derecho a la salud, entre otros, de esa forma se puede propender a ser cuidados de manera digna, garantizando su seguridad, integridad y desarrollo de vínculos sanos.*

La norma de iniciativa popular sobre derechos sexuales y reproductivos levantada por la Asamblea permanente por el aborto legal (43) y la de un grupo de constituyentes mujeres (44) son las que más acercan a la que finalmente quedó plasmada en la propuesta constitucional.

Quedó en la redacción de la cláusula constitucional todas aquellas materias que han sido parte de la construcción de los derechos reproductivos y que hemos discutido a lo largo de este artículo: acceso a métodos anticonceptivos, educación, servicios de salud y disfrute al progreso científico sin discriminación y pertinencia cultural.

#### Artículo 61

1. Toda persona es titular de derechos sexuales y reproductivos. Estos comprenden, entre otros, el derecho a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción.

2. El Estado garantiza su ejercicio sin discriminación, con enfoque de género, inclusión y pertinencia cultural; así como el acceso a la información, educación, salud, y a los servicios y prestaciones requeridos para ello, asegurando a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar las condiciones para un embarazo, una interrupción voluntaria del embarazo, un parto y una maternidad voluntarios y protegidos. Asimismo, garantiza su ejercicio libre de violencias y de interferencias por parte de terceros, ya sean individuos o instituciones.
3. La ley regulará el ejercicio de estos derechos.
4. El Estado reconoce y garantiza el derecho de las personas a beneficiarse del progreso científico para ejercer de manera libre, autónoma y no discriminatoria estos derechos.

Esta sería la primera vez que el aborto queda incluido en una cláusula constitucional, lo cual ha generado mucha controversia y que será, sin duda, parte de la campaña del rechazo. Sin embargo, tal como lo ha afirmado las propias constituyentes haciendo cargo de que no hubiese límites, que el desarrollo y límites de estos derechos reconocidos los determinará el legislador (39).

La convencional Alondra Carrillo (34) alerta que las expectativas de la ciudadanía van allá que un texto jurídico, que ello será un momento pero lo que se busca es un proceso. Fernando Atria (45), otro convencional, diría que los textos escritos por sí mismos no cambian la realidad, lo mismo sucedería con el lenguaje, por lo cual lo declarativo no cambia la realidad sino que producirá la posibilidad de eliminar o reducir los obstáculos para alcanzar una igualdad sustantiva.

En este sentido, hacemos propio el análisis de Valenzuela et al. (19) sobre la consagración de los derechos reproductivos previos a la instalación del proceso constitucional, que la pertenencia a medias de las mujeres a la comunidad constitucional no se resuelve solo con la consagración de derechos constitucionales sino que la participación activa de la judicatura (19) y otros actores políticos. No podemos perder de vista que la introducción de los derechos a la constitución no significa necesariamente su eficacia plena e inmediata, pero sin duda es un avance.

En resumen, la constitucionalización de derechos es parte de un continuo de transformaciones que le dará un cierto contorno, los haría eventualmente exigibles, pero lo más importante promoverá su materialización a través de regulaciones y, en particular, política pública. Habrá que esperar el resultado de este proceso, pero el reconocimiento de derechos ya había comenzado.

### Referencias bibliográficas

1. Zárate Campos MS, González Moya M. Planificación familiar en la Guerra Fría chilena: política sanitaria y cooperación internacional, 1960–1973. *Historia Crítica*, hist.crit. 2015; 55:207–230. <https://doi.org/10.7440/histcrit55.2015.09>
2. Naciones Unidas. Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. 1979
3. Chile. Ministerio de Salud. Normas de Paternidad Responsable. Santiago: MINSAL; 1993.

4. Galdós S. La conferencia de El Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos, como base para la salud sexual y reproductiva. *Rev Perú Med Exp. Salud Pública.* 2013;30(3):455-460.
5. Naciones Unidas. El Cairo: Programa de Acción aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo El Cairo, 5 a 13 de Septiembre de 1994.
6. Chile. Ministerio de Salud. Resolución Exenta 2326; 2000.
7. Santana Nazarit P, Peña Sánchez E. Esterilización quirúrgica voluntaria como práctica anticonceptiva de las mujeres en Chile: resistencias, intereses y estigma reproductivo. *Antropología Sexual.* 2019;1(10):105-123.
8. Casas L, Salas A, Álvarez JJ. La práctica de esterilización en niñas y mujeres competentes y con discapacidad psíquica o intelectual en Chile. En: Vial T, ed. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2016.* Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. p. 175-215.
9. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú. Petición 12191. Solución Amistosa. 10 de octubre de 2003.
10. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. F.S. vs. Chile, Informe de Admisibilidad 52/14. Petición 112-09. 21 de julio de 2014.
11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, I.V. vs. Bolivia, sentencia 30 de noviembre de 2016. Excepciones preliminares, Fondos, Reparaciones y Costas.
12. Celorio R. *Women and International Human Rights in Modern Times. A Contemporary Casebook.* Northampton: Elgar; 2022.
13. Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Observación General N° 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Ginebra, 25 de abril a 12 de mayo 2000. Ginebra: Naciones Unidas; 2000.
14. Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 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). Naciones Unidas; 2016.
15. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Guzmán Albarracín vs. Ecuador. Fondo, Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas. 24 de junio; 2020.
16. Naciones Unidas. Beijing: Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995 [Internet]. Nueva York: ONU; 1996 [consultado el 1 de julio 2022]. Disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>
17. González Moreno, JM. Los derechos sexuales y reproductivos como categoría jurídico internacional revisable. *Derecho Público. Universidad de los Andes (Colombia).* 2017;38:2-28. <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.38.2017.03>.
18. Parker WJ. The moral imperative of reproductive rights, health, and justice. *Best Pract Res Clin Obstet Gynaecol.* 2020;62:3-10.
19. Valenzuela C, Villavicencio L. La constitucionalización de los derechos sexuales y reproductivos. Hacia una igual ciudadanía para las mujeres. *Revista Ius et Praxis.* 2015;21 (1):271-314.
20. Recurso de Amparo. Sentencia rol 92-795-16 (Chile. Corte Suprema, 1 de diciembre; 2016).



21. Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia rol 740–2007. 18 de abril; 2008.
22. Yanira Zúñiga Y, Guerra D, Rebolledo S. Derechos reproductivos: autonomía y objeción de conciencia en el sur de Chile. *Revista Austral de Ciencias Sociales*. 2019;36:173–192.
23. Carbonnier J. *Derecho Flexible. Para una sociología no rigurosa del derecho*. Santiago: Editorial Olejnik; 2019.
24. Cleland J. Contraception in historical and global perspective. *Best Pract Res Clin Obstet Gynaecol*. 2009 Apr;23(2):165–76. doi: 10.1016/j.bpobgyn.2008.11.002.
25. Quarini CA. History of contraception. *Women’s Health Medicine*. 2005;2(5):28–30. <https://doi.org/10.1383/wohm.2005.2.5.28>
26. Corte Suprema de Estados Unidos. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479; 1965.
27. Cubillos JA. Continuidades y rupturas: la política de salud sexual y reproductiva chilena en cuatro gobiernos. *Polis*. 2019;18(53):140–166. DOI: 10.32735/S0718–6568/2019–N53–1387
28. República de Chile. Código Penal; 1874.
29. Casas L. *Del control a la autonomía reproductiva*. Santiago: Centro de Investigaciones Jurídicas. Universidad Diego Portales; 2004. (Informes de Investigación; No. 18, Año 6).
30. Casas L, Vivaldi L, Montero A, Bozo N, Babul J y Álvarez JJ. Primary Care and Abortion Legislation in Chile: A Failed Point of Entry. *Developing World Bioethics* [en prensa].
31. Monte ME, Gavernet L. La incorporación de los derechos sexuales y reproductivos en las constituciones de Argentina, Venezuela, Ecuador y Bolivia. *Cuerpos ceñidos a sexualidades reproductivas*. En: Morán Faúndes JM, Sgró Ruata MC. *Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos* [Internet]. Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad; 2012 [consultado el 1 de julio 2022]. Disponible en: <https://programaddsrr.files.wordpress.com/2013/05/sexualidades-desigualdades-y-derechos.pdf>
32. Maira G. *Cambios constitucionales y derechos sexuales y reproductivos*. Santiago: Corporación Humanas. [s/f, sin publicar].
33. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [Internet] (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre; 1999) [consultado el 1 de julio 2022]. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_venezuela.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf).
34. Carrillo A. *Articular una voz que siguiera manteniendo el sentido de la revuelta*. Ed. Symmes C, Aguilera S, Stippel J, Slachevsky P, eds. *Nuestros anhelos constituyentes*. Santiago: LOM; 2022. p. 9–21.
35. Universidad de Concepción. Observatorio Constituyente. Comisión de Género y Diversidad (Chile). *Informe de Programas Convencionales Constituyentes Distritos 19, 20 y 21*. Comisión de Género y Diversidad, Comisión de Género y Diversidad: primer informe [Internet]. UDEC; [s/f] [consultado el 1 de julio 2022]. Disponible en: <https://foroconstituyente.udec.cl/storage/2021/08/08-04-informe-comision-genero-001.pdf>
36. Andrade Zubia D, Miranda Leibe L. Una Constitución con perspectiva de Género para Chile: reivindicación de una inclusión sustancial de la mujer desde las autonomías. *El Mostrador* [Internet]. 8 de enero de 2021 [consultado el 1 de julio 2022]. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/braga/2021/01/08/una-constitucion-con-perspectiva-de-genero-para-chile-reivindicacion-de-una-inclusion-sustancial-de-las-mujeres-desde-las-autonomias/>

37. Henríquez M, Sarmiento C, Lagos C, Busch T, Salas C, Gauché X, et. al. Nueva Constitución con una perspectiva de género [Internet]; 2020 [consultado el 1 de julio 2022]. Disponible en: <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/Nueva-Constitucion-Perspectiva-de-Genero-1-1.pdf>
38. Casas L, Vivaldi L. Los derechos sexuales y reproductivos en la nueva constitución [Internet]. 2021 [consultado el 1 de julio 2022]. Disponible en <https://derechoshumanos.udp.cl/publicacion/los-derechos-sexuales-y-reproductivos-en-la-nueva-constitucion/>
39. Astudillo I. Entrevista a Tammy Pustilnick, abogada, activista y constituyente, Diario Constitucional [Internet]; 2022 marzo 28 [consultado el 1 de julio 2022]. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/entrevistas/tammy-pustilnick-abogada-activista-y-constituyente-en-el-caso-de-chile-ha-sido-central-en-nuestra-historia-reciente-las-reivindicaciones-en-materia-de-genero-y-derechos-sexuales-y-reprod/?fbclid=IwAR1Cptcfwb9ODy1rkxAuyEylrH9VtNf9teTylu6gG5MGrN6lOHg-ol3eboA>
40. Convención Constitucional. Kizungünewün kalül mew: Género, Derechos sexuales y reproductivos de las Primeras Naciones [Internet]. [consultado el 1 de julio 2022]. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/IPI-28-Kizungunewun-kalul-mew-Genero-Derechos-sexuales-y-reproductivos-de-las-Primeras-Naciones-completa.pdf>
41. Convención Constitucional. Iniciativa Convencional Constituyente que consagra el derecho a una educación sexual integral. Boletín [Internet]. 376-4 [consultado el 1 de julio 2022]. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/01/376-4-Iniciativa-Convencional-Constituyente-de-la-cc-Janis-Meneses-sobre-Educacion-sexual-integral-1040-hrs-24-01.pdf>
42. Convención Constitucional. Iniciativa Popular Constituyente que reconoce el derecho al cuidado de los primeros mil días de vida y protección de la maternidad y coparentabilidad (56422). Boletín [Internet]. 32-4 [consultado el 1 de julio 2022]. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/Iniciativa-Popular-32-56422-derecho-al-cuidado-de-los-primeros-mil-dias-de-vida.pdf>
43. Convención Constitucional. Iniciativa Popular Constituyente que reconoce y garantiza a todas las personas sus derechos sexuales y reproductivos (N°5938). Boletín [Internet]. 01-4 [consultado el 1 de julio 2022]. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/01/IPC-1-4.pdf>
44. Convención Constitucional [Internet]. Iniciativa Convencional Constituyente que otorga reconocimiento y protección a los derechos sexuales y reproductivos. Boletín. [Internet]; 221-4 [consultado el 1 de julio 2022]. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/01/221-4-Iniciativa-Convencional-de-la-cc-Ramona-Reyes-sobre-Derechos-sexuales-y-Reproductivos-2340-hrs.pdf>
45. Atria F. Estamos hablando del Chile que viene. En: Symmes C, Aguilera S, Stippel J, Slachevsky P. Nuestros anhelos constituyentes. Santiago: LOM; 2022. p. 57-60.