

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas*

Manuel Eduardo Góngora Mera**

1. INTRODUCCIÓN

A la luz del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), la discriminación ha sido definida, en términos generales, como toda diferencia de trato —tanto restricciones y exclusiones como preferencias— cuyos motivos sean ilegítimos —juzgados a partir de los objetivos y propósitos de los tratados internacionales de derechos humanos—¹ y que tenga por objeto

* Este artículo fue originalmente publicado en: Clérico, Laura; Ronconi, Liliana, y Aldao, Martín (eds.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 133-159. La presente versión contiene algunas actualizaciones puntuales.

** Manuel Góngora es investigador posdoctoral del *Lateinamerika-Institut (Freie Universität Berlin)* en el marco de la red *desiguALdades.net*. Es abogado y magister en Derecho Económico (Universidad Javeriana de Bogotá); magister en Economía Internacional y Políticas de Desarrollo (*Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg*) y doctor en Derecho Público (*Humboldt-Universität zu Berlin*).

¹ *Cfr.* Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, recomendación general 32, 2009, párrs. 7-8.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas.² Discriminación en la salud significa que el titular del derecho es discriminado en el ejercicio de su derecho a la salud (*v. gr.*, en el acceso a un servicio de salud o durante un tratamiento médico) por alguno de los motivos prohibidos en el DIDH: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.³ Adicionalmente, la discriminación *por* la salud puede definirse como aquella discriminación que es motivada por causas asociadas al estado de salud mismo del titular de derecho, incluyendo, entre otras: enfermedad, predisposición genética —o de otro tipo— a una enfermedad, edad o discapacidad. Sería el caso, por ejemplo, de un niño al que se le niega una plaza de estudios por ser portador del VIH.

El derecho a la no discriminación ha sido reconocido como derecho autónomo en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), lo cual impone a los Estados obligaciones correlativas de realización del derecho. Garantizar que el derecho a la salud sea ejercido sin discriminación alguna constituye una de las obligaciones inmediatas de los Estados —esto es, no se trata de una obligación de cumplimiento progresivo ni está sometida a la disponibilidad de recursos—.⁴ Más aún, garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria —en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados— ha sido considerada como parte del nivel mínimo de satisfacción del derecho a

² Cfr. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, No discriminación, observación general 18, 1989, párr. 7.

³ Cfr. Art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); art. 2(1) del PIDCP; art. 1(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH); art. 2 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁴ Cfr. art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Consúltese al respecto: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, observación general 14, 2000, párr. 30.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

la salud a cargo de los Estados.⁵ Estas garantías reforzadas frente al derecho a la no discriminación en la salud y la prohibición de discriminación por el estado de salud han abierto la vía judicial —nacional e internacional— para combatir su vulneración.

El presente texto es un estudio de casos de discriminación múltiple o interseccional en la salud y por el estado de salud en la jurisprudencia latinoamericana. Se tendrán en cuenta tanto sentencias nacionales como decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular, casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). El estudio de casos ofrece una radiografía de los debates nacionales y regionales en torno al tema y resulta especialmente útil para analizar cómo los jueces han resuelto algunas de las cuestiones centrales respecto de las relaciones entre el derecho a la salud y el derecho a la no discriminación: ¿Cómo se configura una discriminación interseccional en/por la salud? ¿Cómo abordar jurídicamente la intersección de motivos de discriminación en el marco de los sistemas nacionales de salud? ¿Quiénes son los sujetos que requieren medidas especiales de protección en consideración a las formas múltiples de discriminación en la salud y por el estado de salud? En la primera parte se hará una presentación sumaria del concepto general de discriminación interseccional a la luz del DIDH; en la segunda parte se aplica este concepto en relación con el derecho a la salud y se destaca el desarrollo judicial de la perspectiva interseccional; en la tercera parte se analizan algunos casos concretos de discriminación interseccional en la jurisprudencia latinoamericana (nacional y del Sistema Interamericano).

2. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL EN EL DIDH

Como se observa de la redacción de los artículos citados del DIDH, los motivos prohibidos de discriminación fueron originalmente concebidos como causas separadas, exclusivas o alternativas de discriminación —en particular, por el uso de conjunciones

⁵ Cfr. *ibidem*, párr. 43.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

disyuntivas o/u—. La evolución del DIDH muestra un tránsito de listas enunciativas y generales —como en la DUDH y el PIDCP— hacia el análisis separado y progresivamente detallado de un único factor de discriminación, por ejemplo, la discriminación basada en criterios raciales o étnicos en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR); la discriminación basada en el sexo, como en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM); o la discriminación basada en la discapacidad, como en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Tan solo desde la última década, algunos organismos de las Naciones Unidas empezaron a considerar formas de discriminación que combinan dos o más motivos prohibidos. Este cambio de paradigma puede constatarse a partir de la Conferencia contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia en Durban (2001).⁶ La Declaración de Durban incorporó el concepto de “discriminación múltiple” en el DIDH para referirse a “motivos conexos” que “agravan” la discriminación basada en criterios raciales, de color, linaje u origen nacional o étnico, citando enunciativamente el sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen social, situación económica o el nacimiento (*cfr.* párr. 2 de la Declaración). Desde entonces se han propuesto diversos términos para describir la discriminación basada en la concurrencia de dos o más motivos prohibidos: “discriminación múltiple”, “doble/triple discriminación”, “discriminación acumulativa”, “discriminación compuesta”, “discriminación multidimensional”, “discriminación agravada”, “discriminación intersectorial”, “discriminación interseccional”, etcétera.

La expresión “discriminación múltiple” se ha impuesto en el lenguaje del DIDH —particularmente en diversos mecanismos de las Naciones Unidas—, mientras que en un sector importante de la doctrina se ha preferido el enfoque de interseccionalidad

⁶ El Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial ya se había referido previamente a la Conferencia en Durban acerca de las posibles combinaciones entre motivos raciales y de género de la discriminación, pero subsumiendo la discriminación de género a la discriminación racial, *cfr.* recomendación general 25, relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, 2000.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

(*intersectionality*); esto tiene que ver en parte con el hecho de que este segundo concepto ganó reconocimiento en círculos académicos estadounidenses desde los años ochenta del siglo xx, en la medida en que resultaba especialmente útil para abordar las limitaciones procesales relacionadas con el tema en ese país.⁷ El adjetivo “múltiple” tiene una connotación matemática —semejante a la de conceptos como “doble” o “triple” discriminación— y hace énfasis en el carácter compuesto de las causas de discriminación, pero no sugiere nada acerca de cómo interactúan esas causas entre sí ni si operan separada o simultáneamente. Por ello, “discriminación múltiple” podría referirse a casos en los que una persona es discriminada por diferentes motivos prohibidos en diferentes circunstancias, por ejemplo, una mujer indígena puede ser discriminada en su acceso a la educación por el hecho de ser mujer o puede ser discriminada en el sistema público de salud por el hecho de ser indígena.⁸

En contraste, la metáfora de la *intersección* no solo describe una discriminación basada en diferentes motivos; en su acepción geométrica, evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos; esa discriminación puede tener un efecto sinérgico —superior a la suma simple de varias formas de discriminación— o puede activar/desencadenar una forma de discriminación que solo opera cuando se combinan varios motivos (*trigger effect*). Por ejemplo: una turista afroamericana en Ecuador proba-

⁷ El tít. VII de la Civil Rights Act de 1964 (base de la legislación antidiscriminatoria en Estados Unidos) solo permitía plantear demandas de discriminación racial o de género, pero no por ambas simultáneamente. Kimberly Crenshaw desarrolló el concepto de *intersectionality* para destacar que la legislación estadounidense no estaba diseñada para atender la particular experiencia de discriminación que sufren las mujeres negras, ya que las categorías de género y “raza” estaban diseñadas de manera excluyente; su metodología crítica consistía en examinar decisiones judiciales que rechazaron demandas presentadas con una perspectiva concurrente de “raza” y género.

⁸ Sobre esta interpretación del concepto de discriminación múltiple, *cfr.* Makkonen, Timo, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Institute for Human Rights-Abo Akademi University, 2002.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

blemente no sea tan vulnerable a la discriminación en ese contexto por el solo hecho de ser mujer o extranjera, mientras que una afrocolombiana desplazada que se dedica al comercio informal en las calles de Quito es mucho más vulnerable a la discriminación, en la medida en que la concurrencia de factores de género, nacionalidad y clase social puede desencadenar prejuicios y marginalización.

Pese a las diferentes connotaciones, las expresiones “discriminación múltiple” y “discriminación interseccional” en muchos casos se emplean indistintamente o bajo relaciones de género/especie.⁹ Para los propósitos de este texto se consideran sinónimas, si bien se prefiere emplear el segundo término por capturar mejor la idea de concurrencia e interacción sinérgica de motivos de discriminación conforme a la multidimensionalidad de las desigualdades. Adicionalmente, el concepto de interseccionalidad se enmarca en un debate mucho más amplio sobre identidad y desigualdad, con el cual se trata de ir más allá de meras connotaciones matemáticas —discriminación como suma simple de diversas experiencias separadas según el género, etnia, nacionalidad, etc.—. Las categorías y divisiones sociales que enmarcan desigualdades entre individuos o grupos —género, sexualidad, etnicidad, “raza”, clase social, religión, nacimiento, etc.— se intersectan de diversos modos en diferentes contextos, reforzándose mutuamente o contrarrestando efectos discriminatorios. Esta pertenencia multidimensional no se puede reducir analíticamente al ejercicio de sumar/acumular identidades, ya que la combinación es altamente contextual: depende de condiciones históricas, culturales, políticas y sociales específicas. La experiencia de discriminación de una afrocolombiana que fue desplazada por el conflicto armado y vive refugiada en Ecuador es diferente a la de los refugiados colombianos en Ecuador, a la de las mujeres ecuatorianas, a la de las mujeres afrodescendientes —ecuatorianas y extranjeras— en Ecuador, a la de los pobres en Ecuador —hombres y mujeres ecuatorianos o extranjeros—, etc. En este caso, las desigualdades de género, origen nacional y clase social son inseparables y se refuerzan mutuamente, configurando una experiencia muy particular de discriminación.

⁹ Cfr., v. gr., principio 12 de la Declaración de Principios para la Igualdad (Equal Rights Trust, 2008).

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

3. DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL RELACIONADA CON EL DERECHO A LA SALUD: DESARROLLO JUDICIAL DEL CONCEPTO

Como se mencionó previamente, el concepto de *interseccionalidad* tuvo su origen en las limitaciones procesales estadounidenses para responder a casos en que existía una discriminación conjunta por motivos raciales y de género. Ni la legislación doméstica de la mayoría de países ni los tratados internacionales obligaba —ni actualmente obliga— a abordar casos de discriminación múltiple con un enfoque interseccional.¹⁰ De ahí que el desarrollo del concepto haya estado en gran medida a cargo de los jueces, si bien de manera aislada y episódica.¹¹

¹⁰ Como excepciones se pueden citar el art. 4 de la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (Ley Federal Alemana de Igualdad de Trato), que regula el trato diferenciado por varios motivos —*unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe*—, según el cual la diferencia de trato solo se puede justificar si la justificación abarca todos los motivos por los que se da la diferencia de trato; también el art. 7 del anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación en España, que define la discriminación múltiple y establece una regla similar a la del art. 4 de la norma alemana en mención. En el DIDH se puede citar también el art. 25 de la Convención Internacional Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según el cual los Estados deben adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta intersecciones de discapacidad con género, pobreza (lit. a), edad (lit. b), y ruralidad (lit. c).

¹¹ En Estados Unidos, inicialmente las cortes fueron reticentes a aceptar casos planteados en términos interseccionales y tendieron a separar la evidencia planteada según si probaba discriminación racial o discriminación de género, como si no tuvieran relación entre ellas. El resultado generalmente era el fracaso de la demanda o la distorsión artificial de la experiencia de discriminación. Un primer paso hacia el reconocimiento de discriminación múltiple fue la doctrina de la discriminación *sex-plus*, mediante la cual se analiza la discriminación de género en concurrencia con una característica variable que afecte la igualdad de oportunidades en el empleo, como el matrimonio o la maternidad; *v. gr.*, en *Phillips vs. Martin Marietta Corp.*, 1971, un caso de discriminación en la contratación laboral de mujeres con hijos en edad preescolar, la Corte Suprema de los Estados Unidos concluyó que un empleador no puede justificar una política de contratación con el argumento de que no discrimina a una porción del grupo —en este caso, mujeres sin hijos en edad preescolar, cuya presencia era mayoritaria en

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

Una primera dificultad consiste en establecer a qué casos se puede limitar el concepto. No puede restringirse a combinaciones de género y “raza” solo porque ese fue su origen, pero tampoco debería extenderse a cualquier combinación, pues podría llegarse al absurdo de que, dado que prácticamente en toda discriminación concurren varias condiciones o circunstancias personales o sociales, toda discriminación tendría que calificarse como múltiple. No parece existir una manera de establecer *a priori* qué combinaciones deben ser tratadas como discriminación múltiple y en qué casos se subsumen factores de discriminación en una causa central de discriminación. La respuesta judicial a este interrogante ha sido establecer si la interacción de diversos motivos prohibidos genera una forma específica de discriminación; en caso afirmativo, el enfoque de interseccionalidad resulta útil como criterio de interpretación judicial, en la medida en que la apreciación interdependiente de los motivos prohibidos permite a los jueces tratar de manera integral experiencias de discriminación intragrupal usualmente invisibilizadas.

Siguiendo este criterio, a continuación se presentarán cinco situaciones en las que la concurrencia de dos o más motivos prohibidos genera una forma muy específica de discriminación

la fuerza laboral—. Sin embargo, la doctrina *sex-plus* solo aplicaba frente a subgrupos de mujeres en los que la característica adicional terminaba subsumida en la discriminación de género y no se consideraban otras formas de discriminación. El primer caso en que se aceptó un enfoque interseccional fue *Jefferies vs. Harris County Community Action Association*, 1980, en el que la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito sostuvo que la discriminación contra las mujeres afroamericanas podía existir incluso en ausencia de discriminación contra hombres negros o mujeres blancas. En *Hicks vs. Gates Rubber Company*, 1987, la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito consideró la evidencia de hostilidad racial conjuntamente con la evidencia de acoso sexual. Esto abrió la puerta a otros casos en los que comenzaron a analizarse las bases raciales de la discriminación de género y las bases sexistas de la discriminación racial, *v. gr.*, *Lam vs. University of Hawaii*, 1994, un caso sobre discriminación racial, sexual y de origen —se denegó la promoción de una mujer de ascendencia vietnamita como directora de un programa de estudios en la Universidad de Hawaii—, en el que se reconoció que las mujeres asiáticas estaban sujetas a estereotipos que no son compartidos ni con hombres asiáticos ni con mujeres blancas (*v. gr.*, “geisha”, “dragon lady”, “concubina”).

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

en o por la salud. Los tres primeros casos —esterilización forzada, restricciones en el acceso a servicios de salud, y mutilación genital femenina— ilustran graves prácticas de discriminación interseccional por género, etnicidad, edad y clase social en las instituciones y políticas públicas de salud sexual y reproductiva. Los últimos dos casos —personas discapacitadas en reclusión y pacientes con SIDA— representan formas de discriminación por el estado de salud con notorias intersecciones de color, clase social, orientación sexual y/o discapacidad.

4. CASOS DE DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL RELACIONADA CON EL DERECHO A LA SALUD EN AMÉRICA LATINA

4.1. Esterilización forzada

Las mujeres indígenas latinoamericanas han estado sometidas a tipos particulares de discriminación en los que se intersectan las desigualdades étnicas y de género con la vulnerabilidad por exclusión social y pobreza crónica: desde la violencia sexual cometida durante conflictos armados hasta el abuso estructural como empleadas domésticas. En materia de salud, uno de los ejemplos más dramáticos de discriminación interseccional contra mujeres indígenas es la esterilización forzada —definida como la realización injustificada de tratamiento médico o quirúrgico con el propósito de privar al paciente de su capacidad reproductiva sin su consentimiento o negándole intencionalmente la información debida—. La esterilización forzada surgió a mediados del siglo XIX en Estados Unidos como una política estatal dirigida principalmente contra hombres como “terapia” o punición por delitos o desórdenes sexuales; durante el movimiento eugenésico en boga a principios del siglo XX se empleó contra personas con discapacidades físicas o enfermedades mentales sin distinción explícita de género; sin embargo, en su desarrollo posterior terminó afectando primordialmente a las mujeres.¹² En el debate

¹² La legislación sobre esterilización forzada se aplicó en al menos 30 estados de Estados Unidos, en Indiana desde 1907 hasta principios de la

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

latinoamericano, el criterio de género no ha estado vinculado necesariamente con la discapacidad, sino con la etnicidad, ante diversas denuncias de esta práctica contra mujeres indígenas (v. gr., en Guatemala, Perú y Bolivia), aunque también existan reportes de vasectomías forzadas de indígenas (v. gr. en México).¹³

década de 1960 —aunque varias de estas leyes fueron derogadas solo en la década de 1980—. La esterilización fue aplicada con objetivos distintos según el género: los hombres esterilizados durante la segunda mitad del siglo XIX eran generalmente personas condenadas por crímenes como violación, sodomía o pedofilia, y se buscaba con ello controlar su agresión y eliminar su conducta criminal, *cfr.* Largent, Mark A., *Breeding Contempt: The History of Coerced Sterilization in the United States*, New Brunswick (NJ), Rutgers University Press, 2008, p. 6. Las mujeres en cambio, usualmente eran esterilizadas para controlar su sexualidad y con propósitos eugenésicos, *cfr.* Largent, Mark A., *op. cit.*, pp. 18-20. Con el tiempo se observa una feminización de la práctica: entre 1907 y 1920, el 42% de las esterilizaciones fueron efectuadas a mujeres, mientras que entre 1920 y 1940 ascendió a 58%; para 1961, de un total de 62 162 esterilizaciones oficialmente reportadas desde 1907 en Estados Unidos, el 61% correspondía a mujeres, *cfr.* Kluchin, Rebecca, *Fit to be Tied: Sterilization and Reproductive Rights in America, 1950-1980*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2009, p. 17. El programa estadounidense de esterilización forzada tuvo impacto directo en Puerto Rico (a través de la ley 116 de 1937, que implantó un programa de esterilización masivo que en 1965 había esterilizado a un tercio de las mujeres de la isla, *cfr.* Mass, Bonnie, “Puerto Rico: A Case Study of Population Control”, en *Latin American Perspectives*, vol. 4, núm. 4, 1977, pp. 71-74, e inspiró las legislaciones de diversos países europeos, incluyendo la Alemania nazi, Suiza, Francia, Gran Bretaña, Dinamarca, Noruega, Finlandia y Suecia, *cfr.* Schwartz, Michael, “Eugenik und «Euthanasie»: Die internationale Debatte und Praxis bis 1933/45”, en Henke, Klaus-Dietmar (ed.), *Tödliche Medizin im Nationalsozialismus: von der Rassenhygiene zum Massenmord*, Colonia: Böhlau, 2008, pp. 69-75. Especialmente en los países escandinavos es notoria la feminización, particularmente en Suecia, donde 93% de las esterilizaciones entre 1935 y 1975 fueron practicadas a mujeres, *cfr.* Broberg, Gunnar y Tydén, Mattias, “Eugenics in Sweden: Efficient Care”, en Broberg, Gunnar y Roll-Hansen, Nils (eds.), *Eugenics and the Welfare State: Sterilization Policy in Denmark, Sweden, Norway and Finland*, Michigan, Michigan State University Press, 2005, pp. 108-110. Actualmente existen reportes de un programa de esterilización en Uzbekistán que aprovecha las cesáreas para realizar histerectomías y ligadura de trompas sin el consentimiento de las pacientes.

¹³ Instituciones locales y federales de derechos humanos y ONG en México han denunciado diversos casos de esterilizaciones forzadas contra hom-

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

A la luz del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, al entrelazarse con criterios étnicos o raciales, la esterilización forzada sobrepasa las cuestiones de autonomía reproductiva y puede adoptar elementos de crimen de lesa humanidad (art. 7.1.g del Estatuto) o incluso genocidio (art. 6.d) del Estatuto, en armonía con el artículo II.d de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, si es parte de una práctica extendida o sistemática.

Este es un aspecto que ha sido discutido en Perú por hechos acaecidos durante el gobierno de Alberto Fujimori. Entre 1995 y 2000, a través de un plan de control de natalidad —financiado ampliamente con recursos de la USAID— denominado “Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar”, alrededor de 330 mil mujeres y unos 25 mil hombres fueron esterilizados según cifras oficiales. Durante su primer periodo, Fujimori ya había instaurado un programa nacional de población que efectuó las primeras reformas sobre la materia. El programa fue implementado en el segundo periodo de gobierno de Fujimori, después de su asistencia a la Conferencia Mundial de Beijing sobre los Derechos de la Mujer. La legislación fue reformada para autorizar la esterilización y se estableció su gratuidad. Estas normas fueron redactadas con un lenguaje de derechos humanos, prometiendo un mayor control de la mujer sobre su cuerpo y sus elecciones

bres y mujeres indígenas en Chiapas, Guerrero y Oaxaca al menos desde 1999. En algunas ocasiones, los funcionarios de salud responsables hicieron promesas y ofrecimientos (*v. gr.*, la construcción de un centro de salud, becas, despensas, etc.) para lograr la aceptación de los indígenas. En otros casos, los programas de transferencias sociales estaban condicionados con la esterilización o ingestión de anticonceptivos. Estas denuncias llevaron a la imposición de sanciones para quienes practicaran esterilización sin la voluntad del paciente y al establecimiento del bilingüismo en programas de información y orientación sobre planificación familiar en las comunidades indígenas (art. 67 Ley General de Salud). En las observaciones finales del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial a México, CERD/C/MEX/CO/15, 4 de abril de 2006, párr. 17, el Comité exhortó a México a adoptar todas las medidas necesarias para poner fin a la práctica de esterilizaciones forzadas, a que investigue y castigue a los responsables, y a velar por que las víctimas dispongan de recursos justos y eficaces.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

sexuales y reproductivas, así como un mejoramiento de la salud materna e infantil.¹⁴

Aunque no hay datos exactos sobre el número de esterilizaciones efectuadas sin el consentimiento informado de las indígenas, existen diversos indicios y casos documentados de la aplicación masiva, compulsiva y sistemática de la anticoncepción quirúrgica en el marco del programa de salud reproductiva:

1. se privilegiaba la esterilización como método anticonceptivo y se promovía como el único método eficaz;
2. no se ejecutó en áreas urbanas sobrepobladas, sino en espacios rurales aislados con prevalencia indígena;
3. la gran mayoría de las mujeres esterilizadas eran campesinas o amas de casa indígenas, analfabetas o con educación primaria, de escasos recursos;
4. el plan fijó sus metas exclusivamente en función de mujeres en edad reproductiva;
5. existen denuncias acerca de órdenes al personal de salud de efectuar las esterilizaciones de acuerdo con un sistema de cuotas e incentivos; quien alcanzaba un número determinado de esterilizaciones por mes recibía beneficios económicos y quien no cumplía con la cuota podía ser despedido, y
6. en muchos casos, las operaciones se efectuaban sin adecuado tiempo de espera y sin considerar la historia clínica de la mujer; esto fue particularmente grave durante los denominados “festivales de la salud”, destinados fundamentalmente a la promoción de ligaduras de trompas.¹⁵

Las denuncias acerca de las irregularidades del programa de planificación familiar comenzaron a llegar a los tribunales puerua-

¹⁴ Cfr. Boesten, Jelke, “Free Choice or Poverty Alleviation? Population Politics in Peru under Alberto Fujimori”, en *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, núm. 82, 2007, pp. 3-20.

¹⁵ Reyes, María Elena, “Intentando redefinir la justicia: el caso de las esterilizaciones forzadas en Perú”, en Waisman, Viviana (ed.), *Cuerpos nuestros: Redefiniendo la justicia*, Lima, CLADEM-Women’s Link Worldwide, 2004, pp. 19-31; y Vasquez, Ernesto, “Invisible Women: Forced Sterilization, Reproductive Rights, and Structural Inequalities in Peru of Fujimori and Toledo”, en *Estudios e pesquisas en psicologia*, Río de Janeiro, año 6, núm. 1, 2006, pp. 109-124.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

nos incluso durante el régimen de Fujimori. Ante la inoperancia de las vías judiciales nacionales, organizaciones de derechos humanos llevaron el caso al Sistema Interamericano. En 1999, la Comisión Interamericana tuvo conocimiento del caso de María Mamérita Mestanza Chávez, una indígena de escasos recursos que fue forzada a un procedimiento quirúrgico de esterilización por el personal médico de un centro de salud y que le ocasionó la muerte. En octubre de 2000, la CIDH declaró admisible la denuncia; el Estado peruano respondió las peticiones de la CIDH y en octubre de 2002 se firmó un acuerdo de solución amistosa en el cual el Estado reconoció su responsabilidad internacional por violación de los artículos 1.1 (prohibición de discriminación por múltiples motivos), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal) y 24 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, por la esterilización forzada de María Mestanza. En agosto de 2003 se firmó el acuerdo final sobre reparaciones y medidas preventivas, en las que Perú se comprometió a impulsar investigaciones judiciales para la sanción de los responsables, así como realizar modificaciones legislativas y de políticas públicas sobre los temas de salud reproductiva y planificación familiar, eliminando de su contenido cualquier enfoque discriminatorio y respetando la autonomía de las mujeres.¹⁶

Pese a este resultado favorable para las víctimas de las esterilizaciones forzadas, se han dado pocos avances en la investigación y sanción de estos hechos en Perú; de hecho, los delitos relacionados con la política de esterilizaciones masivas no fueron incluidos durante el procesamiento judicial de Fujimori después de su extradición desde Chile —pese a la denuncia de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso en junio de 2003 contra Fujimori por delitos de lesa humanidad y tortura— y la legislación nacional respecto del tipo penal aplicable sigue siendo vaga. En octubre de 2011, el Estado peruano anunció a la CIDH que reabriría el caso *Mestanza Chávez* y otros casos de esterilización forzada durante el régimen de Fujimori como delitos de lesa humanidad. En julio

¹⁶ CIDH, *María Mamérita Mestanza Chávez vs. Perú*, solución amistosa, informe 71/03, petición 12.191, 10 de octubre de 2003.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

de 2016, la fiscal a cargo de la investigación anunció el archivo del proceso, pero fue reabierto en noviembre de 2018, con denuncia penal al expresidente Fujimori y a cuatro exministros de Salud de su gobierno.

4.2. Acceso a servicios de salud en situaciones de violencia institucional castrense

Existen varios casos en la jurisprudencia mundial que abordan restricciones en el acceso a servicios de salud por la intersección de formas de discriminación racial, de género, de clase y casta.¹⁷ En Latinoamérica, los casos están típicamente relacionados con la falta de servicios de salud en zonas rurales pobladas primordialmente por comunidades étnicas, la prestación de servicios de salud sin tener en cuenta las especificidades culturales de los pueblos indígenas, o la atención discriminatoria de funcionarios de la salud que niegan a las mujeres indígenas o afrodescendientes ciertos servicios o los ofrecen sin la diligencia con la que se atiende a los hombres o a mujeres blancas. Por ejemplo, *Alyne da Silva Pimentel vs. Brasil*¹⁸ es un caso de discriminación en la atención obstétrica básica para el tratamiento de complicaciones comunes del embarazo en el que se concluyó que la falta de servicios apropiados de salud materna tiene efectos diferenciales sobre el derecho de la mujer a la vida y, por tanto, constituye una discriminación contra la mujer con arreglo a los artículos 2 y 12.1 de la CEDM.¹⁹ En este caso se constató además una situación genera-

¹⁷ Ilustrativos a este respecto son varios casos de la Suprema Corte de Delhi (India), *cfr. Laxmi Mandal vs. Deen Dayal Harinagar Hospital & Ors*, W.P.(C), 8853 de 2008; *Jaitun vs. Maternity Home, MCD, Jangpura & Ors*, W.P., 10700 de 2009; y *Court of its own Motion vs. U.O.I.*, W.P. (C), 5913 de 2010.

¹⁸ *Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, comunicación 17/2008 del CEDAW/C/49/D/17/2008, agosto 10 de 2011.

¹⁹ CEDM. Artículo 12. 1. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia [...].

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

lizada de discriminación interseccional contra mujeres afrodescendientes de bajos recursos en los servicios de salud en Brasil.²⁰

El fenómeno de discriminación interseccional en materia de salud sexual y reproductiva también es preocupante en el sur de México respecto de mujeres indígenas, no solo debido a que el riesgo de morir por causa materna es más del doble para una mujer indígena que una no indígena, sino a que las mujeres en general han sufrido desproporcionadamente la violencia en sus diferentes dimensiones.²¹ En este contexto, la discriminación en el acceso a la salud compromete no solo la integridad personal de la mujer indígena, sino también su acceso al sistema de justicia, especialmente cuando los responsables de los actos violentos son agentes del Estado.

²⁰ “El Comité toma nota del argumento de la autora de que la señora da Silva Pimentel Teixeira fue objeto de doble discriminación, por ser una mujer de ascendencia africana y sobre la base de su condición socioeconómica. A este respecto, el Comité recuerda sus observaciones finales sobre el Brasil, aprobadas el 15 de agosto de 2007, en que se señaló la existencia de la discriminación de hecho contra las mujeres, especialmente contra las mujeres de los sectores más vulnerables de la sociedad, como las mujeres de ascendencia africana. También señaló que esa discriminación se veía exacerbada por las disparidades regionales, económicas y sociales. El Comité también recuerda su recomendación general 28 (2010) sobre las obligaciones básicas de los Estados parte en virtud del artículo 2 de la Convención, en que reconoce que la discriminación contra la mujer basada en el sexo y el género está indisolublemente vinculada a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, la condición jurídica y social, la edad, la clase, la casta y la orientación sexual y la identidad de género. El Comité observa que el Estado parte no descarta que la discriminación pueda haber contribuido, en cierta medida pero no decisivamente a la muerte de la hija de la autora. El Estado parte también reconoce que la convergencia o asociación de los diferentes elementos descritos por la autora pueden haber contribuido a que no se prestara a su hija la atención de emergencia necesaria, lo cual ocasionó su muerte. En estas circunstancias, el Comité concluye que la señora da Silva Pimentel Teixeira fue objeto de discriminación, no solo por ser mujer, sino también por ser de ascendencia africana y por su condición socioeconómica.” *Ibidem*, párr. 7.7.

²¹ *Cfr.* Relator especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Cuestiones indígenas –derechos humanos y cuestiones indígenas– Misión a México, E/CN.4/2004/80/Add.2, 23 de diciembre de 2003, párr. 46.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

La dimensión interseccional de las violaciones sexuales contra mujeres indígenas en el sur de México ya había sido identificada en el Sistema Interamericano en 2001, en el caso de las *hermanas González Pérez vs. México*,²² por hechos ocurridos pocos meses después de la rebelión del EZLN en 1994. La Comisión Interamericana destacó que las víctimas —integrantes de la etnia tzeltal— habían sufrido una humillación agravada por su condición indígena, dado el desconocimiento del idioma de sus violadores y de las autoridades intervinientes, y por el repudio posterior de su propia comunidad.²³ Pero es en los dos casos de la Corte Interamericana fallados en agosto de 2010 contra México (*Fernández Ortega*²⁴ y *Rosendo Cantú*²⁵) en los que se debate efectivamente acerca de los efectos de la discriminación en la salud contra mujeres indígenas en contextos de “violencia institucional castrense”. Las circunstancias de hecho que originaron ambos casos son similares: la violación sexual de mujeres indígenas por parte de personal del Ejército en un contexto de importante presencia militar en el estado de Guerrero y de extrema vulnerabilidad de la población indígena en diferentes ámbitos, como los servicios de salud y la administración de justicia, particularmente por no hablar español y no contar con intérpretes, por la falta de recursos para trasladarse a lejanos centros de salud o a los órganos judiciales, y por la exposición a tratos abusivos ante estas instancias públicas. Esto restringe el acceso a la salud por desconfianza o miedo a represalias de los militares responsables estacionados en la zona, situación que se agrava para la mujer indígena, ya que la denuncia de violación sexual puede generar además el rechazo de su comunidad, sin mencionar el conflicto cultural que supone el sometimiento a exámenes ginecológicos a cargo de personal médico masculino. Y aun en el caso de que la

²² Cfr. CIDH, *Ana, Beatriz y Celia González Pérez vs. México*, informe 53/01, caso 11.565, 4 de abril de 2001.

²³ *Ibidem*, párr. 95.

²⁴ Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215.

²⁵ Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

víctima solicite atención médica sin denunciar la agresión, puede terminar sometida a revictimización en caso de que acuda posteriormente a las instancias judiciales y deba justificar su silencio. Ambas situaciones se pueden contrastar en los casos en estudio. En *Fernández Ortega*, la víctima denunció la agresión, pero hubo un retraso en su atención médica debido a la falta de personal médico especializado en la zona; las pruebas ginecológicas se extraviaron por deficiencias en la cadena de custodia, y no se efectuó dictamen psicológico alguno. Sobre estos hechos, México reconoció su responsabilidad.²⁶ Adicionalmente, el funcionario del Ministerio Público se rehusó inicialmente a recibir la denuncia de la víctima al enterarse que los acusados del delito eran militares y solo la recibió luego de la intervención de la Comisión de Derechos Humanos de Guerrero. Tampoco habían traductores que hablaran me'paa y por ello, la víctima tuvo que ser asistida por una persona de su comunidad para poder interponer la denuncia. La Comisión Interamericana subrayó que estos y otros obstáculos que enfrentan las mujeres indígenas para acceder a la justicia representan formas de discriminación “combinadas” por ser mujeres, indígenas y pobres; en casos de violación sexual, los investigadores frecuentemente rebaten las denuncias, hacen recaer la carga de la prueba sobre la víctima, y los mecanismos de investigación son defectuosos.²⁷ Con base en estas consideraciones y en el reconocimiento parcial de México, la Corte Interamericana concluyó que el Estado violó los derechos a la no discriminación, a garantías judiciales y a protección judicial de los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la CADH.²⁸

Por su parte, en *Rosendo Cantú*, la víctima caminó varias horas para recibir asistencia médica —los hechos ocurrieron en una zona montañosa aislada—, pero negó que hubiera sido violada al personal de salud —quienes hablaban un idioma que ella no dominaba—. Los representantes de la víctima alegaron, en primer lugar, que la violación sexual constituyó una forma extrema de discriminación agravada por su condición de niña e indígena en situación de pobreza, “lo que implicó que fuera víctima de una

²⁶ Cfr. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega vs. México*, *supra*, párrs. 16-19, 190.

²⁷ *Ibidem*, párr. 185.

²⁸ *Ibidem*, párrs. 198, 200-201.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

intersección de discriminaciones”; por ello, solicitaron a la Corte que declarara al Estado responsable por la violación de los artículos 5 y 24 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.²⁹ En segundo lugar, los representantes alegaron que a la víctima se le impidió el acceso a los servicios primarios de salud inmediatamente después de la violación sexual, bajo el argumento de que no contaban con equipo técnico “y por temor a los militares” y, unos días después, por “no contar con cita médica”.³⁰ El Estado reconoció su responsabilidad respecto de la dilación en la atención médica especializada, la falta de atención especializada a su favor considerando su condición de niña, el retraso en la investigación de los hechos y la afectación que dicho retraso ha causado en su integridad personal. Sin embargo, el Estado controversió los argumentos del segundo grupo de alegatos advirtiendo que la víctima recibió atención médica cuando se presentó al sistema de salud público y que solo se le atendió por dolor abdominal al negar en dos ocasiones que había sido violada. La Corte consideró que el hecho de que no indicara que había sido violada en las dos primeras consultas médicas debía contextualizarse en las circunstancias del caso y la víctima —una menor de edad perteneciente a una comunidad indígena—, por lo que no debía desacreditar el conjunto de sus declaraciones.³¹ La Corte también observó que, una vez conocidos los hechos por las autoridades, la víctima no recibió atención psicológica y hubo un retraso en la atención médica especializada.³² Pese a lo anterior, la Corte no encontró elementos probatorios suficientes que le permitieran concluir que la víctima no fue atendida por las razones señaladas por sus representantes.³³

4.3. Mutilación genital femenina

La mutilación genital femenina (MGF) es una práctica con serias consecuencias inmediatas y permanentes para la salud física y

²⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, *supra*, párr. 82.

³⁰ *Ibidem*, párr. 129.

³¹ *Ibidem*, párr. 95.

³² *Ibidem*, párr. 103.

³³ *Ibidem*, párr. 130.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

mental de las mujeres. Sin embargo, durante décadas, el tema no fue abordado como tema de salud pública debido —entre otros factores— a la dificultad de atribuir responsabilidades directas por MGF al Estado —ya que la mutilación usualmente es efectuada en la esfera privada y no en centros públicos de salud y, además, ocurre por presión de la familia o la comunidad, mas no como política del Estado—. Por otro lado, cierto relativismo cultural criticaba la imposición neocolonial de construcciones occidentales sobre feminidad/género y reconocía el valor simbólico y social de la práctica en los contextos culturales donde se desarrolló —usualmente está relacionada con la identidad étnica de la mujer y su madurez o pureza sexual frente a la sociedad—. La acción estatal se limitó a promover que el procedimiento quirúrgico fuera efectuado de la manera menos lesiva y se atendiera adecuadamente a pacientes con complicaciones —hemorragias, infecciones, etc.—. Esto generó una tendencia a medicalizar la práctica en algunos países —especialmente en Eritrea, Mali, Mauritania y Egipto—. ³⁴

Desde la década de 1980, la campaña internacional para eliminar la MGF llevó a abandonar progresivamente el enfoque de salud individual por un enfoque de derechos humanos. ³⁵ Bajo esta perspectiva, la MGF representa una forma de discriminación de género cuya persistencia está vinculada a presiones culturales, tradicionales y económicas; ³⁶ constituye además una vio-

³⁴ Por ejemplo, en el caso de Egipto, se ha estimado que la proporción de operaciones efectuadas por personal médico entrenado se incrementó de 17 a 55% en 1995 —comparando la experiencia de madres e hijas en ese año— y a 61% en 2000. Cfr. El-Zanaty, Fatma *et al.*, *Egypt Demographic and Health Survey 1995*, Cairo-Calverton, Ministry of Health and Population-National Population Council-Macro International, 1996, pp. 173-177, disponible en <http://www.measuredhs.com/pubs/pdf/FR71/FR71.pdf> El-Zanaty, Fatma y Way, Ann, *Egypt Demographic and Health Survey 2000*, Cairo-Calverton, Ministry of Health and Population-National Population Council-Macro International, 2001, pp. 191-194, disponible en http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACL857

³⁵ Snow, R. C., “Editorial: Female genital cutting: distinguishing the rights from the health agenda”, en *Tropical Medicine & International Health*, vol. 6, núm. 2, 2001, pp. 89-91.

³⁶ Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general 14, 1990.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

lación a la integridad personal y una forma de violencia contra la mujer, por lo que es obligación del Estado erradicar los conflictos que puedan surgir entre los derechos de la mujer y las consecuencias perjudiciales de ese tipo de prácticas tradicionales,³⁷ así como prohibir la MGF en su legislación y elaborar programas educativos enfocados en su eliminación.³⁸ Esto ha llevado a la inclusión de un tipo penal contra la MGF en países africanos donde la MGF es practicada ampliamente,³⁹ pero también en varios países receptores de inmigración africana;⁴⁰ además, explica las recientes condenas por MGF en Estados Unidos⁴¹ y España⁴² —o los casos penales en Francia, que datan incluso de 1983—. ⁴³

En relación con los motivos de discriminación involucrados, es preciso hacer algunas aclaraciones. La MGF no está intrínsecamente asociada a una etnia y religión, pese a la falsa percepción de que se trata exclusivamente de un ritual islámico africano. Si bien en algunos contextos la práctica es el resultado de la combinación de la identidad étnica y la identidad musulmana,⁴⁴ la

³⁷ Cfr. Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, párr. 38.

³⁸ Cfr., v. gr. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995), Cuarta Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer, párrs. 124 (i), 232 (h), 277 (d), 283 (d).

³⁹ V. gr., en Senegal, Ghana, Togo, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinea, República Centroafricana, Egipto, Djibouti y Tanzania.

⁴⁰ Varios países no africanos han promulgado leyes para penalizar esta práctica, incluyendo Suecia, Gran Bretaña, Suiza, Nueva Zelanda, Australia, Canadá, Estados Unidos y España.

⁴¹ Cfr. *State vs. Adem*, núm. 04-B-01291-5, *Gwinnett County Superior Court Georgia*, fallo de 2006, que condenó a diez años de prisión al padre etíope de una niña sometida a MGF en territorio estadounidense.

⁴² Cfr. Audiencia Provincial de Teruel, rollo penal núm.12/2011, juzgado de instrucción núm. 1 de Alcañiz, fallo que condenó a seis y dos años de cárcel, respectivamente, al padre y madre gambianos de una niña que sufrió una ablación cuando tenía menos de un año.

⁴³ Cour de Cassation, sentencia de agosto 20 de 1983. Cfr. en detalle Winter, Bronwyn, “Women, the Law and Cultural Relativism in France: The Case of Excision”, en *Journal of Women in Culture and Society*, vol. 19, núm. 4, 1994, pp. 939-972.

⁴⁴ V. gr., en Guinea-Bissau, Senegal y Gambia, cf. Johnson, M., “Making Mandinga or Making Muslims? Debating Female Circumcision, Ethnicity, and

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

MGF también ha sido practicada en Europa y Estados Unidos⁴⁵ y se ha reportado en grupos cristianos, judíos y animistas; por otro lado, varios países musulmanes ni siquiera la practican. La combinación de edad y género, en cambio, sí juega un papel central, dado que en la mayoría de casos la MGF se realiza a niñas entre los 4 y los 12 años, esto es, opera bajo un sistema subordinado de relaciones de género y en una edad en la que la autonomía personal está restringida en la medida en que los padres pueden tomar decisiones médicas a su nombre, incluso en contra de su voluntad. La dimensión étnica de la MGF agrega complejidad al entrelazamiento edad-género, pues como rito de iniciación puede adquirir gran significado para la identidad étnica y el mantenimiento de tradiciones culturales de una comunidad. El caso de la MGF entre indígenas Emberá-chamí en Colombia ilustra las dificultades para abordar jurídicamente estas intersecciones de edad, género y etnicidad.

Si bien no existe claridad acerca de los orígenes de esta práctica entre los Emberá, contemporáneamente se interpreta como una forma de preparar a la mujer al matrimonio y prevenir el pecado de la infidelidad. La práctica ganó visibilidad en los medios tras el fallecimiento de una niña recién nacida como consecuencia de una ablación genital en 2007. En enero de 2008 se inició un proceso judicial para establecer si la MGF practicada a tres niñas indígenas constituía violencia intrafamiliar y maltrato infantil. Tres problemas jurídicos fueron objeto de debate en el proceso:

1. ¿está protegida la ablación bajo la regla general de respeto de la diversidad étnica y cultural (art. 7 de la Constitución)?;
2. ¿puede el Estado restringir la autonomía de las comunidades indígenas (que incluye el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el art. 246 de la Constitución) e intervenir en estos casos para juzgar y eliminar la práctica?, y

Islam in Guinea-Bissau and Portugal”, en Hernlund, Y. y Shell-Duncan, B. (eds.), *Transcultural bodies: Female Genital Cutting in Global Context*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2007, pp. 208-211.

⁴⁵ V. gr., por ginecólogos en Europa y Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo XIX como “terapia” para curar desórdenes sexuales y mentales.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

3. si la ablación no está protegida por la diversidad cultural y el Estado puede intervenir, ¿debe prohibirla terminantemente y perseguir penalmente a los responsables de estas prácticas?

En sentencia de julio de 2008,⁴⁶ el juez competente concluyó que: 1. la ablación no está protegida por el principio de diversidad étnica y cultural, puesto que pone en peligro el derecho a la vida y la integridad corporal, el cual pertenece al núcleo de derechos intangibles —reconocido como tal en los tratados de derechos humanos y sobre el cual hay consenso intercultural—.⁴⁷ En consecuencia, 2. si bien se aplica la regla de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas en consideración a que solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, en este caso se cumplen las condiciones fijadas por la Corte Constitucional colombiana (CCC) para restringir la autonomía de la comunidad.⁴⁸ Pese a que el artículo 4.2 de la ley 294 de 1996 ordena que la respectiva autoridad indígena sea la competente para conocer de los casos de violencia intrafamiliar en las comunidades indígenas, en casos de ablación la comunidad indígena no

⁴⁶ Sentencia del 24 de julio de 2008, Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblo Rico, Colombia.

⁴⁷ Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, *cfr.* sentencias T-349/1996 y C-139/1996, la diversidad étnica y cultural reconocida constitucionalmente en el art. 7 está limitada cuando su ejercicio implique el desconocimiento de objetivos constitucionales de mayor rango; tales límites incluyen cuatro derechos intangibles: 1. el derecho a la vida y la integridad corporal, 2. la prohibición de la esclavitud, 3. la prohibición de la tortura, y 4. el debido proceso —y en materia penal, la legalidad de los delitos y las penas—. Según la Corte Constitucional, este mayor rango se explica en que: 1. únicamente respecto de estos derechos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural, y 2. estos son derechos que, de acuerdo con el DIDH, no pueden ser suspendidos ni siquiera en eventos de conflicto armado.

⁴⁸ Según la Corte Constitucional colombiana, *cfr.* sentencia T-349/1996, solo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades étnicas cuando se cumplan las siguientes condiciones: 1. que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía, y 2. que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas. *Cfr.* además: sentencias T-254/1994, T-523/1997, T-9332/2001, T-1022/2001, T-1127/2001, T-048/2002, T-239/2002.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

tiene facultades para asumir el conocimiento de la causa y decidir independientemente sobre el tema, por no operar esa jurisdicción como manifestación de la autonomía étnica en casos en los cuales se desconocen los mínimos jurisprudenciales establecidos por la CCC para que prime la autonomía indígena y, en consecuencia, corresponde a la jurisdicción ordinaria determinar las medidas de protección si fueran procedentes. 3. Finalmente, en relación con la adecuada respuesta del Estado en estos casos, el juez fue contundente al expresar que las autoridades estatales no pueden implementar políticas públicas que busquen una transformación progresiva de la práctica, sino que deben prohibirla de inmediato. En este sentido, criticó las políticas del Ministerio del Interior y de Justicia, el Instituto de Bienestar Familiar y la Defensoría del Pueblo, diseñadas como “procedimientos pedagógicos interculturales para transformar la práctica”, por ser insuficientes, ineficaces y lentas para evitar que las niñas de la comunidad indígena corran riesgo en sus vidas e integridad personal con el argumento del respeto a la autonomía étnica. El juez sostuvo que la única decisión admisible a la luz de las consideraciones precedentes era la eliminación inmediata y urgente de la ablación.

Otro asunto diferente es que, una vez prohibida totalmente la práctica, no se acuda a la aplicación de sanciones penales contra las madres o parteras de la comunidad que incumplan la prohibición, ya que la ablación no puede considerarse como un acto meramente individual y, por tanto, su tratamiento debe sustraerse a la normatividad de la ley 294 de 1996 —ley contra la violencia intrafamiliar— y la legislación penal colombiana, por cuanto las conductas que allí se describen parten de la base de comportamientos dolosos o culposos dentro del ámbito individual que no existen en esos casos. Estas personas son inimputables, ya que en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no pudieron actuar culpablemente, pues no comprendían la ilicitud debido a una cosmovisión diferente derivada de su diversidad sociocultural.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana (*cfr.* sentencia C-370/2002), en tales circunstancias, con el fin de evitar que personas con cosmovisiones distintas a la mayoritaria puedan afectar bienes jurídicos considerados importantes, el Estado, en vez de utilizar la criminalización para imponer los

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

valores mayoritarios, puede recurrir a otros instrumentos, por ejemplo, el diálogo intercultural.

Como resultado de la sentencia y los diálogos con la comunidad promovidos por las Naciones Unidas bajo el proyecto “Emberá Wera”, las autoridades indígenas declararon públicamente en 2009 que prohibirían la ablación en su comunidad. Sin embargo, debido a que los Emberá han sido víctimas de desplazamiento forzado, aún se presentan casos individuales de MGF en las ciudades a las que han tenido que huir, donde se practica clandestinamente la ablación en espacios privados. En enero de 2018 falleció una niña Emberá en Bogotá tras complicarse la infección que contrajo luego de que su propia madre efectuara la ablación.

4.4. Discriminación interseccional contra personas con discapacidad mental recluidas en instituciones psiquiátricas

En entornos institucionales, las personas que se encuentran en circunstancias de privación de libertad de tipo punitivo⁴⁹ o de restricción a la autonomía por razones terapéuticas son particularmente vulnerables a formas perversas de discriminación múltiple. Las personas con discapacidad mental a menudo son objeto de discriminación en la sociedad a raíz de su condición; empero, cuando se encuentran bajo internación para recibir tratamiento de salud, no solo son vulnerables por los estigmas y prejuicios derivados de su estado de salud, sino por la conjunción con otras categorías de discriminación como la edad, el color de piel o el estatus social. Por ello, más allá de la exclusión cotidiana y las difíciles condicio-

⁴⁹ Cfr., v. gr., Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, *Malawi African Association and others vs. Mauritania*, comunicados 54/91, 61/91, 98/93, 164/97-196/97 y 210/98, 2000, sentencia de 11 de mayo de 2005.

El caso se basa en la denuncia de prácticas de esclavitud y discriminación racial institucionalizada contra la población negra en Mauritania, especialmente en centros de detención. La Comisión encontró que el estado de salud de los detenidos se deterioraba debido a las condiciones de reclusión, lo que hacía al Estado responsable por la violación de la prohibición de discriminación y del derecho a la salud de los presos.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

nes de vida en sociedad, ciertos grupos pueden resultar arbitrariamente segregados en y a través de instituciones psiquiátricas. Al respecto, la Corte Interamericana ha reconocido la existencia de un vínculo “directo y significativo” entre discapacidad, pobreza y exclusión social, y ha contado a los grupos de personas que viven en condiciones de extrema pobreza, los niños y adolescentes en situación de riesgo, y las poblaciones indígenas entre aquellos que enfrentan un riesgo incrementado de padecer discapacidades mentales.⁵⁰ También ha reconocido la “vulnerabilidad intrínseca” de las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos de salud en instituciones psiquiátricas a padecer torturas u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, debido al desequilibrio de poder entre pacientes y personal médico. Esta vulnerabilidad es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos de enfermedades psiquiátricas.⁵¹

Este pronunciamiento fue efectuado con ocasión del caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, el primer caso en el que la Corte analizó violaciones de derechos humanos contra personas con enfermedades mentales. Los hechos se referían a las condiciones inhumanas y degradantes de la internación de una persona con discapacidad mental y su fallecimiento como consecuencia de los ataques y golpes sufridos durante el tratamiento psiquiátrico. Si bien los hechos ocurrieron en un establecimiento de salud privado, la Corte consideró que cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la regulación y supervisión de la prestación de servicios de interés público, como la salud, los Estados no pueden escapar a sus obligaciones positivas a través de la privatización de los servicios de salud y, en consecuencia, retienen su responsabilidad por cualquier violación a derechos convencionales derivados de la mala praxis médica en instituciones privadas de salud.⁵² Más aún, según la Corte, los Estados tienen el deber

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149, párr. 104.

⁵¹ *Ibidem*, párrs. 106-107, 129.

⁵² En sentido similar se pronunció la Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 171, párrs. 117-137, donde la Corte se pronuncia sobre la responsabilidad estatal en eventos de mala praxis médica.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

de supervisar que la prestación de los servicios esté libre de discriminación y adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral, o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.⁵³ Los Estados tienen, además, obligaciones especiales de protección de la vida e integridad personal de las personas que están bajo el cuidado de centros de salud que funcionan dentro del sistema único de salud del Estado, en razón a que estas personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Estas obligaciones no solo se refieren a la abstención estatal de violar estos derechos, sino que conllevan la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. Entre estas medidas se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición.⁵⁴

Durante el caso, Brasil reconoció su responsabilidad respecto a la falta de supervisión adecuada del centro de salud privado en cuestión, y mostró evidencia de haber efectuado importantes reformas en la atención de salud mental tras abandonar el modelo de manicomios y adoptar un esquema descentralizado y regionalizado basado en la rehabilitación y reinserción social. También se creó en el nordeste brasileño una unidad ambulatoria macro-regional de psiquiatría para evitar la internación.⁵⁵

4.5. Discriminación interseccional contra pacientes con SIDA

Existe ya una amplia jurisprudencia en numerosos países respecto a la prohibición de discriminación contra personas con VIH

⁵³ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, *supra*, párrs. 96 y 105.

⁵⁴ *Ibidem*, párrs. 103-104.

⁵⁵ *Cfr.*, *ibidem*, párr. 46 (2), literales a y c (Declaraciones de José Jackson Coelho Sampaio y Luís Farah de Tófoli propuestas por el Estado).

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

en diversos ámbitos —laborales, educativos, médicos, etc.—.⁵⁶ Pero más allá de los casos individuales, el uso de la vía judicial ha sido parte de las estrategias más generales destinadas a corregir y reformular políticas de salud y acciones de los Estados respecto de la atención a los enfermos de SIDA. Incluso en países como Chile, Perú y Venezuela, las sentencias judiciales nacionales y las decisiones interamericanas han sido trascendentales para el establecimiento mismo de programas masivos de atención. Este litigio de interés público ha sido promovido globalmente por diversas ONG de derechos humanos o de prevención de la enfermedad, y ha sido particularmente relevante en relación con la accesibilidad económica de medicinas,⁵⁷ el acceso universal a nuevos tratamientos⁵⁸ y el financiamiento externo de programas de prevención.⁵⁹

Con todo, el litigio de interés público también puede iniciarse a partir de la experiencia individual de discriminación contra una persona o un grupo de personas cuando refleja formas de discriminación generalizadas según el contexto cultural y social, por ejemplo, en países donde:

⁵⁶ *Cfr., v. gr.*, Corte Suprema de los Estados Unidos, *Randon Bragdon vs. Sidney Abbott et al.*, junio 25 de 1998 (discriminación en el acceso a servicios dentales); Tribunal Supremo de la Judicatura de Bombay (India), *A, C & Ors. vs. Union of India & Ors.*, writ petition N° 1322, 1999 (discriminación en el matrimonio); Corte Constitucional de Sudáfrica, *Hoffmann vs. S.A. Airways*, 2000 (discriminación en el empleo); Tribunal Industrial de Botswana, *Diau vs. Botswana Building Society (BBS)*, caso N° IC 50/03, 2003 (discriminación en el empleo); Tribunal Superior de Sudáfrica, *Perreira vs. Buccleuch Montessori Pre-School and Primary (Pty)*, caso N° 4377/02, 2003 (discriminación en la educación); Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-469 de 2004, T-238 de 2008 y T-273 de 2009 (discriminación en el empleo).

⁵⁷ *Cfr., v. gr.*, Corte de Justicia Administrativa de Egipto, caso N° 2457/64, demanda contra el decreto 373/2009 del Ministerio de Salud (nuevo sistema de precios de medicamentos), abril 27 de 2010.

⁵⁸ *Cfr., v. gr.*, Corte Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Health & Others vs. Treatment Action Campaign & Others*, 2002 (5) SA 721 (CC).

⁵⁹ *Cfr., v. gr.*, Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, *Alliance for Open Society International y otros vs. USAID y otros*, agosto 8 de 2008.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

1. se penalizan las prácticas homosexuales y por esta vía se restringe el acceso a la salud de pacientes homosexuales con SIDA;⁶⁰
2. se discrimina en la atención entre pacientes con SIDA y otros pacientes con mejores diagnósticos de salud;⁶¹
3. se niega el suministro de medicamentos antirretrovíricos a personas de escasos recursos,⁶² o
4. se interrumpe la entrega de estos medicamentos a pacientes afiliados al sistema de salud público⁶³ o privado.⁶⁴

Estos casos sugieren patrones de discriminación que no solo están basados en el estado personal de salud, ya que se intersecan con categorías de género, orientación sexual, “raza”, edad y condición económica que refuerzan actitudes y prejuicios clasistas, homofóbicos y racistas. En efecto, como lo destaca UNAIDS, la discriminación contra personas con VIH/SIDA no se debe solo a la enfermedad, sino a lo que esta connota.⁶⁵ En el contexto so-

⁶⁰ Suprema Corte de Delhi (India), *Naz Foundation vs. Government of NCT of New Delhi and Others*, W.P.(C), N° 7455 de 2001.

⁶¹ *Cfr.*, v. *gr.*, Corte de Apelaciones de Chile, sentencia de 28 de agosto de 2001, núm. 3.025-2.001; Corte Suprema de Chile, sentencia de 9 de octubre de 2001, rol 3.599-2001-10-16.

⁶² *Cfr.*, v. *gr.*, Tribunal Constitucional del Perú, exp. núm. 2945-2003-AA/TC, 20 de abril de 2004, y exp. núm. 2016-2004-AA/TC, 5 de octubre de 2004; Corte Suprema de Justicia de Venezuela, *NA y otros contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, exp. núm. 14.625, 14 de agosto de 1998, y *Cruz del Valle Bermúdez y otros contra Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*, exp. núm. 15.789, 15 de julio de 1999.

⁶³ *Cfr.*, v. *gr.*, Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Asociación Benghalensis y otros vs. Ministerio de Salud y Acción Social*, fallos 323:1339, junio 1 de 2000; CIDH, *Jorge Odir Miranda Cortez y otros vs. El Salvador*, informe 27/09, Fondo caso 12.249, 20 de marzo de 2009.

⁶⁴ *Cfr.*, v. *gr.*, Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Hospital Británico de Buenos Aires vs. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)*, s/amparo, fallos 324:754, 13 de marzo de 2001.

⁶⁵ “The stigma and discrimination that people with HIV/AIDS face are unusually multiple and complex. Individuals tend not to be stigmatised and discriminated against *only* on the grounds of HIV/AIDS status, but also in accordance with what this connotes. Recent UNAIDS sponsored research in India and Uganda shows that women with HIV/AIDS may be doubly stigmatised both as «women» and as «people living with HIV/AIDS» when their identity becomes known. Likewise, Black people with HIV/AIDS find

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

ciocultural y religioso latinoamericano, la enfermedad se ha asociado con pobreza, drogadicción, inmoralidad sexual o promiscuidad, estigmatizando particularmente a personas de color de escasos recursos y a miembros de la comunidad LGBT.⁶⁶ Durante mucho tiempo, la jurisprudencia de la región no se ocupó de estas intersecciones. Sin embargo, esto está cambiando, como lo muestra el *Caso Gonzales Lluy vs. Ecuador*. Allí la Corte Interamericana sostuvo que en el caso bajo estudio se produjo una discriminación interseccional. Se trataba de la violación del derecho a la educación de una niña de cinco años que fue expulsada del jardín infantil. La Corte concluyó que la niña sufrió una discriminación interseccional por su edad, su género, y su condición de pobreza y de persona con VIH, “derivando en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”.⁶⁷ El propio juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor citó en su voto concurrente la versión original de este artículo (2013) como base doctrinaria.

themselves stigmatised as both «infected» and «Black» (and by extension, Black women with HIV/AIDS as «infected», «women» and «Black»). [...] Intersectionality is therefore central to an understanding of how gender, race, age, social background and sexuality combine together to determine who is infected and, once infected, who is able to access medications and health care”. *Cfr.* UNAIDS/WHO 2000: 5, 8.

⁶⁶ Un caso ilustrativo a este respecto es la sentencia T-301 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia, en la que el accionante demandó a la Policía local por discriminación. Relató que él y un grupo de amigos había sido objeto de hostigamientos y retenciones por parte de miembros de la Policía debido a su condición homosexual y a ser señalados como portadores del VIH y expendedores de drogas. Las retenciones debían servir para implementar una base de datos y prevenir la propagación de la enfermedad. La Corte Constitucional concluyó que, con base en un juicio de proporcionalidad, la detención preventiva no puede sustentarse en que se tiene conocimiento de la presencia en un determinado sector de una persona con VIH; más aún, está prohibido que un ente administrativo como la policía cree bancos de datos que contengan este tipo de información. Para la Corte resulta inconstitucionalmente discriminatorio que las personas homosexuales sean arrestadas bajo fundamentos peligrosistas consistentes en que cometen ciertos delitos con ocasión de su opción sexual.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párr 290.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

5. CONCLUSIONES

El estudio de casos ha ofrecido información acerca de cinco materias relacionadas con la discriminación interseccional en ejercicio del derecho a la salud por razón de género, color/etnicidad, clase social, orientación sexual, edad y estado de salud. Esta lista de casos no puede entenderse taxativamente, pues existen diversas materias que podrían añadirse a este análisis (*v. gr.*, aborto y anticoncepción en adolescentes indígenas o afrodescendientes pobres; acceso a tratamientos de salud para niños migrantes indocumentados, etcétera).

La pregunta acerca de cómo se configura una discriminación interseccional en/por la salud ha sido resuelta de modos muy diversos por los jueces. La Corte Interamericana tradicionalmente ha seguido una tesis de conexidad —vinculación directa e inmediata— entre los derechos a la vida y a la integridad personal con la atención de la salud humana,⁶⁸ y a través de esta vía ha hecho responsable al Estado por violación a la no discriminación en la salud por motivos conexos.

En los últimos años, la Corte Interamericana ha empleado la figura del “agravante”: una forma de discriminación que se acumula a otra y agrava la violación de los derechos de la víctima (*v. gr.*, *Fernández Ortega vs. México* y *Rosendo Cantú vs. México*). Adicional a la tesis de agravación, en otros casos, la Corte Interamericana ha reconocido la existencia de vínculos directos entre diversas formas de discriminación y ha reconocido a ciertos grupos de personas como población en situación de riesgo incrementado a padecer discriminación (*v. gr.*, *Ximenes Lopes vs. Brasil*). Por su parte, para establecer si se configura una discriminación múltiple, la Comisión Interamericana y diversos jueces en el continente parecen preferir una metodología de argumentación contrafáctica: si no hubieran concurrido los motivos prohibidos, separadamente no se habría llegado a un resultado discriminatorio —como se vio en los casos *Alyne da Silva Pimentel vs. Brasil*, y el de las *hermanas González Pérez vs. México*—.

En otros casos, los jueces abordan la conexidad entre los derechos a la vida, la integridad personal y la salud para resolver

⁶⁸ *Cfr.*, *v. gr.*, Corte IDH. *Caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador*, *supra*, párr. 117.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

conflictos con el derecho a la diversidad étnica y cultural y el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas y afrodescendientes —como se vio en el caso de MGF en Colombia—. Los jueces también pueden encontrar en el derecho internacional los instrumentos para procesar hechos de discriminación interseccional como delitos de lesa humanidad —como lo ejemplifica la reapertura del caso *Mestanza Chávez* en Perú—. Y finalmente, en muchos otros casos, los jueces aún se limitan a constatar que existieron diversas formas de discriminación, pero no necesariamente las abordan concurrentemente y más bien prefieren subsumirlas en una causa central de discriminación.

Lo que debe destacarse del análisis previo es que el enfoque de discriminación interseccional resulta particularmente útil para abordar jurídicamente las situaciones de discriminación que ocurren en el marco de los sistemas nacionales de salud, especialmente respecto de la atención en salud sexual y reproductiva, el tratamiento de enfermedades altamente estigmatizadas como el SIDA, y la internación y tratamientos de salud en instituciones psiquiátricas. Particular supervisión sobre potenciales discriminaciones múltiples debería efectuarse también frente a la atención en la salud en zonas rurales pobladas primordialmente por comunidades étnicas históricamente desfavorecidas y a la formación profesional adecuada de los funcionarios de la salud en estas zonas para que tengan en cuenta las especificidades culturales de las poblaciones que atienden.

En relación con los sujetos que requieren medidas especiales de protección en consideración a las formas múltiples de discriminación en y por la salud a las que están expuestos, los casos previamente analizados sugieren que los Estados deberían considerar mecanismos reforzados de protección en la salud a las mujeres indígenas y afrodescendientes latinoamericanas, así como a las personas con discapacidades y en situación de reclusión —tanto punitiva como terapéutica—, debido al alto riesgo de discriminación interseccional. Se sugiere además una mirada sistemática a las formas particulares de discriminación que padecen los pacientes con SIDA, sobre todo cuando las categorías de orientación sexual, clase social y etnicidad se intersectan.

El enfoque interseccional no es inmune a críticas. Posinterseccionalistas han señalado los riesgos del enfoque, por ejemplo

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

dificultar la cohesión entre grupos sociales ante el problema de regresión infinita —la tendencia de grupos sociales a dividirse en cada vez más pequeños subgrupos—;⁶⁹ también ha sido cuestionado por no capturar adecuadamente la complejidad de relaciones de poder y subordinación involucradas en eventos de discriminación,⁷⁰ descuidando el estudio de instituciones, discursos y regímenes disciplinarios. Sin embargo, el enfoque puede ser valioso en la medida en que sea capaz de visibilizar situaciones muy particulares de discriminación que no se detectan si no se abordan integralmente. Los jueces deberían prestar mayor atención a la concurrencia de formas de discriminación y acudir a la interseccionalidad como criterio de interpretación judicial en contextos como el latinoamericano, donde ser mujer afrodescendiente o indígena supone diversas formas de discriminación que no se agotan simplemente en el género, el color de piel o la cultura, sino que han estado históricamente entrelazadas con la exclusión social, política y económica. Frente a situaciones como las estudiadas aquí, la discriminación no debería abordarse a partir de una sola categoría de análisis, sino que cada categoría involucrada en el caso concreto —étnica, etaria, de clase, de género, etc.— debería ser valorada en su real dimensión y apreciada integralmente. Por supuesto, esto también supone desde el plano de las políticas de salud un esfuerzo adicional por dar respuesta adecuada a los retos que imponen estas complejas formas de discriminación en el contexto de sociedades tan diversas como las latinoamericanas.

BIBLIOGRAFÍA

Boesten, Jelke, “Free Choice or Poverty Alleviation? Population Politics in Peru under Alberto Fujimori”, en *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, núm. 82, 2007.

⁶⁹ Ehrenreich, Nancy, “Subordination and Symbiosis: Mechanisms of Mutual Support Between Subordinating Systems”, en *University of Missouri-Kansas City Law Review*, núm. 71, 2002, pp. 251-324.

⁷⁰ Levit, Nancy, “Theorizing the Connections among Systems of Subordination”, en *University of Missouri-Kansas City Law Review*, núm. 71, 2002, pp. 227-250.

Derecho a la salud y discriminación interseccional: una perspectiva judicial...

- , *Intersecting Inequalities: Women and Social Policy in Peru 1990-2000*, University Park-Pennsylvania State University Press, 2010.
- Broberg, Gunnar y Tydén, Mattias, “Eugenics in Sweden: Efficient Care”, en Broberg, Gunnar; Roll-Hansen, Nils (eds.), *Eugenics and the Welfare State: Sterilization Policy in Denmark, Sweden, Norway and Finland*, Michigan, Michigan State University Press, 2005.
- Caetano, André J. y Potter, Joseph E., “Politics and Female Sterilization in Northeast Brazil”, en *Population and Development Review*, vol. 30, núm. 1, 2004.
- Ehrenreich, Nancy, “Subordination and Symbiosis: Mechanisms of Mutual Support Between Subordinating Systems”, en *University of Missouri-Kansas City Law Review*, núm. 71, 2002.
- El-Zanaty, Fatma et al., *Egypt Demographic and Health Survey 1995*, Cairo-Calverton, Ministry of Health and Population-National Population Council-Macro International, 1996, disponible en <http://www.measuredhs.com/pubs/pdf/FR71/FR71.pdf>
- y Way, Ann, *Egypt Demographic and Health Survey 2000*, Cairo-Calverton, Ministry of Health and Population-National Population Council-Macro International, 2001, disponible en http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACL857.pdf
- Johnson, M., “Making Mandinga or Making Muslims? Debating Female Circumcision, Ethnicity, and Islam in Guinea-Bissau and Portugal”, en Hernlund, Y. y Shell-Duncan, B. (eds.), *Transcultural bodies: Female Genital Cutting in Global Context*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2007.
- Kluchin, Rebecca, *Fit to be Tied: Sterilization and Reproductive Rights in America, 1950-1980*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2009.
- Largent, Mark A., *Breeding Contempt: The History of Coerced Sterilization in the United States*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2008.
- Levit, Nancy, “Theorizing the Connections among Systems of Subordination”, en *University of Missouri-Kansas City Law Review*, núm. 71, 2002.

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

- Makkonen, Timo, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore*, Institute for Human Rights-Abo Akademi University, 2002.
- Mass, Bonnie, “Puerto Rico: A Case Study of Population Control”, en *Latin American Perspectives*, vol. 4, núm. 4, 1977.
- Reyes, María Elena, “Intentando redefinir la justicia: el caso de las esterilizaciones forzadas en Perú”, en Waisman, Viviana (ed.), *Cuerpos nuestros: Redefiniendo la justicia*, Lima, CLADEM-Women’s Link Worldwide, 2004.
- Schwartz, Michael, “Eugenik und Euthanasie: Die internationale Debatte und Praxis bis 1933/45”, en Henke, Klaus-Dietmar (ed.), *Tödliche Medizin im Nationalsozialismus: von der Rasenhygiene zum Massenmord*, Colonia, Böhlau, 2008.
- Snow, R. C., “Editorial: Female genital cutting: distinguishing the rights from the health agenda”, en *Tropical Medicine & International Health*, vol. 6, núm. 2, 2001.
- Torres, Mary Ann, “The Human Right to Health, National Courts and Access to HIV/AIDS Treatment: A Case Study from Venezuela”, en *Chicago Journal of International Law*, vol. 3, núm. 1, 2002.
- Toubia, Nahid, “Female Circumcision as a Public Health Issue”, en *The New England Journal of Medicine*, núm. 331, 1994.
- UNAIDS/World Health Organization, *Fighting HIV-Related Intolerance: Exposing the Links between Racism, Stigma and Discrimination*, Ginebra, UNAIDS-WHO, 2000.
- Vasquez, Ernesto, “Invisible Women: Forced Sterilization, Reproductive Rights, and Structural Inequalities in Peru of Fujimori and Toledo”, en *Estudios e pesquisas en psicologia*, Río de Janeiro, año 6, núm. 1, 2006.
- Winter, Bronwyn, “Women, the Law and Cultural Relativism in France: The Case of Excision”, en *Journal of Women in Culture and Society*, vol. 19, núm. 4, 1994.